

ESQUISSE D'UNE APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

Par

Jean-Louis BERGEL

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille
Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*

Tandis qu'ils souscrivent sans sourciller à l'idée de recherche scientifique ou médicale, les profanes ne reçoivent qu'avec incrédulité celle de recherche juridique. Pour eux, tout est dans "les lois" qu'il suffirait d'apprendre et d'appliquer mécaniquement.

Les juristes eux-mêmes semblent méconnaître la recherche juridique : celle-ci n'apparaît même pas dans la plupart des ouvrages d'introduction au droit ... Il faut fouiller les revues les plus théoriques pour trouver des réflexions spécifiques sur la recherche juridique (1). Encore certains juristes éminents y raillent-ils un effort de promotion de la recherche juridique universitaire et de ses moyens qui a, au moins le mérite d'exister (2). Il n'y a ni narcissisme, ni illusion à réfléchir à la recherche juridique : cela peut même contribuer à "la découverte" ..., même si l'on a pu dire que la recherche n'a "pas à être systématiquement et naïvement associée à la notion d'invention" et que "la recherche, ce n'est pas le concours Lépine" (3).

La recherche a pour but de faire progresser la connaissance. Elle s'appuie sur les connaissances acquises et s'oriente vers des connaissances nouvelles. Connaître, approfondir, rajeunir et enrichir l'objet auquel elles s'appliquent, voilà l'enjeu véritable de la recherche, en droit comme dans toute autre discipline.

Si l'idée de recherche scientifique est souvent méconnue en droit, cela tient d'abord au postulat selon lequel les lois au sens juridique ne sont pas universelles mais variables et procèdent d'un choix (4) et, ensuite, à l'objet du droit qui n'est ni

(1) V. p. ex. : "Doctrines et recherche en droit", Revue *Droits* n° 20, 1994 ; E.-P. Haba, "Sciences du droit - Quelle science ? Le droit en tant que science : une question de méthodes", in "Droit et science", *Arch. de philo. du droit*, T. 36, 1991, p. 165 et s.

(2) Ph. Conte, "La réflexion sur la recherche juridique universitaire ou l'art de faire prendre des vessies pour des lanternes (éloge de la découverte)" in "Doctrines et recherche en droit", Revue *Droits* n° 20 p. 143.

(3) L. Favoreu, "La recherche collective en droit", *ibidem*, p. 149.

(4) Ph. Jestaz, *Le droit*, Dalloz, Coll. "Connaissance du Droit", 3° éd., 1996, p. 93.

abstraction pure, ni vérité absolue, mais recherche de solutions acceptables et praticables à des problèmes liés à l'infinie diversité et la complète plasticité des réalités humaines et sociales.

Cela devrait pourtant justifier, encore plus que toute autre, la recherche juridique. Si le phénomène social est sans cesse diversifié et renouvelé, le phénomène juridique n'est pas dénué de constance et d'universalité. C'est la conjonction de ces phénomènes qui est multiforme, polychrome et toujours mouvante. Mais chaque règle de droit est la résultante de facteurs multiples qu'il faut analyser et conjuguer pour réinventer à tout moment le contenu du droit. Cette infinie diversité et cette perpétuelle mutation rendent la recherche plus nécessaire encore et doivent stimuler davantage l'investigation créatrice. Nul doute alors que "la recherche juridique, quelle que soit sa finalité, vise à la connaissance du droit" (5) et qu'elle doit être d'autant plus riche, intense et renouvelée.

On peut certes discuter le caractère scientifique de la recherche juridique, si l'on considère que la science a pour seul but de découvrir des lois scientifiques, au sens de corrélations nécessaires de valeur universelle, encore que l'on puisse en découvrir au sein des systèmes juridiques et entre ceux-ci. Mais, en droit, à tout propos, tous les points d'équilibre entre les impératifs en cause sont concevables. Il n'y a pas de solution immuable. Mais il y a des problématiques, des instruments, des mécanismes, des finalités permanentes et universelles. Tous les modèles qu'offrent l'histoire, le droit comparé, le droit positif, la doctrine méritent considération et inspirent les diverses solutions concevables. La science a plus généralement pour but une observation rigoureuse des phénomènes.

La recherche juridique tend ainsi à faire progresser la connaissance par l'observation des modes d'appréhension juridique des relations et des phénomènes sociaux. Dès lors qu'elle se caractérise par un objet et une méthode déterminés et qu'elle repose sur des études vérifiables destinées à la découverte de connaissances nouvelles, la recherche juridique est bien une recherche scientifique.

Elle se distingue du savoir courant par les exigences plus rigoureuses auxquelles elle soumet la pensée. Il lui faut des méthodes appropriées pour la recherche, des modèles de raisonnement et des méthodes de contrôle et de vérification de ses connaissances.

Un problème comme celui du divorce, par exemple, peut se régler par tous les points d'équilibre possibles entre la stabilité et la foi conjugale, d'une part, et la liberté individuelle de chaque époux, d'autre part. Il doit être étudié à la lumière de l'observation sociologique, psychologique, morale du phénomène du divorce dans une société donnée à une époque donnée, fondée sur des données statistiques et des sondages d'opinion ... Il peut se traiter à la lumière des modèles que livrent l'histoire et le droit comparé, en prenant en considération toutes leurs implications humaines, morales, économiques ... Les solutions et les choix retenus s'intègrent dans le système juridique par le filtre des binômes inhérents à la pensée juridique : liberté/contrôle, conditions/effets, droit substantiel/droit processuel, procédures gracieuses/procédures contentieuses, relativité/opposabilité, décision/exécution ...

La méthodologie des activités de recherche juridique n'est pas aisée à définir. Elle puise à toutes les sources les apports des disciplines les plus diverses : biologie, histoire, philosophie, économie, sociologie, démographie ... Elle utilise toutes les techniques, des plus traditionnelles aux plus récentes. La place qu'a prise l'informatique est à cet égard révélatrice. Elle ne néglige ni les expérimentations, ni les simulations, ni les évaluations ... Mais la recherche juridique ne recourt pas à

(5) J. de Lamberte, "Réflexions sur la recherche en science du droit", Revue *Droits* n° 20, 1994, op. cit., p. 160.

une méthodologie uniforme. Ses méthodes et ses cadres varient avec l'objet de chaque recherche.

On peut discerner pourtant des constantes dans les objectifs que s'assignent les chercheurs et les procédés auxquels ils ont recours.

Tant ces diversités que ces constantes alimentent une indispensable réflexion sur la méthodologie de la recherche juridique.

Cela n'exclut d'ailleurs pas le paradoxe : "trouver d'abord, chercher ensuite", disait Cocteau ! Cela signifie que "l'inspiration ou le flair ont, dans la découverte, le principal rôle" (6). Le juriste a acquis des réflexes et n'exclut pas les intuitions. Mais il lui incombe de les vérifier par des recherches systématiques. Le plus souvent, les juristes respectent la chronologie véritable des opérations que préconisait déjà Platon : chercher d'abord et trouver ensuite (7).

Ils commencent toujours par rassembler les matériaux et la documentation qui leur sont nécessaires, puis se livrent ensuite à une réflexion indispensable pour adapter cette documentation et ces données aux exigences propres de la question posée afin d'y apporter la meilleure réponse possible. C'est là que l'imagination créatrice trouve sa véritable place et que les qualités propres des chercheurs profitent à la recherche. Mais, législateur, universitaire ou praticien, tout juriste doit passer par ces diverses opérations. Puis après la conception, viennent l'explication et l'exposé des résultats acquis. Les méthodes d'expression sont ici essentielles. Il faut convaincre, communiquer, être clair, rigoureux et précis. La méthodologie de la recherche juridique exige aussi, probablement plus que toute autre, des techniques et des qualités d'expression particulières.

Nul doute cependant que les méthodes de recherche varient selon la nature, le but et l'ampleur de la recherche. Il est des *recherches générales et fondamentales* sur le droit lui-même ou sur une institution, un concept, un mécanisme, un régime juridique ... qui exigent, à côté de la documentation et de la réflexion juridique, des études complexes de toutes les données humaines, scientifiques, techniques, politiques, économiques, sociales, philosophiques ... des problèmes à traiter. Tel n'est pas le cas pour une *simple recherche de droit positif* ou la mise au point d'un procédé de technique juridique destiné à atteindre un résultat ponctuel, dans une situation particulière (8).

La méthodologie n'est pas la même pour des *recherches fondamentales* à des fins législatives ou de type universitaire, pour une thèse, pour l'élaboration d'un article, voire d'une note de jurisprudence, et pour des *recherches appliquées* auxquelles doivent se livrer les praticiens, magistrats, avocats, notaires, services juridiques des entreprises ou des administrations ... Les moyens mis en oeuvre et les contraintes de temps ne sont pas non plus les mêmes ... Mais, dans tous les cas, la recherche implique une recherche et une analyse des données puis une synthèse, ce qui marque au-delà de sa diversité, une certaine unité méthodologique de la recherche juridique.

Cela montre d'ailleurs la part d'artifice qui s'attache à la distinction de la *recherche fondamentale* (I) et de la *recherche appliquée* (II) : il n'y a guère de recherche fondamentale qui soit dénuée de perspectives d'application et il n'y a pas de bonne recherche appliquée qui ne se nourrisse de données théoriques.

On ne saurait pourtant méconnaître cette distinction.

(6) A. Dunes, Documentation juridique, Dalloz, Collection "Méthodes du droit", n° 1.

(7) Ibidem.

(8) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit (2° éd.) Dalloz, Collection "Méthodes du droit", n° 53.

I - ÉLÉMENTS DE MÉTHODOLOGIE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE FONDAMENTALE

Toute recherche fondamentale, en droit, exige une détermination particulièrement scrupuleuse de son objet et de sa problématique (A). Mais la recherche fondamentale, dont l'ambition est plus large, les implications plus générales, profondes et durables et le rythme plus serein, doit permettre un choix plus approprié et diversifié des moyens et des méthodes à mettre en oeuvre (B).

A - DÉTERMINATION DE L'OBJET ET DE LA PROBLÉMATIQUE DE LA RECHERCHE

La détermination de l'objet de la recherche et le choix de la méthode de recherche sont étroitement liés : la définition du sujet commande l'appréciation des méthodes susceptibles de s'y appliquer car la méthode n'est qu'un moyen à mettre en oeuvre pour parvenir à un but déterminé.

Le droit ne se limite pas à des normes. Il est également fait de valeurs et d'expériences (9). La réflexion fondamentale suppose alors une méthode "critique", fondée sur l'observation qui doit porter à la fois sur le phénomène social et sur le phénomène juridique, sans s'enliser dans un idéalisme trop abstrait, ni dans un illogisme pervers. Elle doit conduire à des hypothèses qui, une fois suffisamment étayées et vérifiées, peuvent conduire à des solutions (10).

Cette détermination de l'objet de la recherche suppose d'en définir la matérialité et le contenu par une précision suffisante de tous les termes du sujet choisi et d'en tracer les limites, en excluant tout ce qui sort de son champ d'application et en dressant l'inventaire de toutes les questions et les débats qui y sont compris. A cet égard, en cas de doute, c'est la conception restrictive du sujet qui doit, en principe, l'emporter. Le sujet se caractérise par son "génitif", si l'on peut dire sans trop abuser de cette référence grammaticale : "le droit de la famille" se délimite à partir de concept de famille et non de celui de droit qui conduirait à y introduire de considérables "hors sujets" ...

La recherche suppose ensuite de caractériser autant que possible les spécimens significatifs dont le recensement s'impose et sur lesquels portera l'analyse. Ainsi, une étude de l'émergence de normes prétorienne suppose de déterminer d'emblée le type de décisions juridictionnelles susceptibles d'engendrer de véritables normes jurisprudentielles, c'est-à-dire dotées, sinon d'une généralité, d'une portée et d'une signification suffisantes. On se limitera alors, par exemple, à des décisions de principe émanant des juridictions supérieures. Mais cela implique de caractériser les décisions dites "de principe" par des critères formels et matériels adéquats, et d'énumérer les juridictions à retenir et les matières prises comme tests. On conviendra alors, par exemple, de ne retenir que des arrêts de la Cour de cassation, des arrêts de cassation pour violation de la loi et des arrêts comportant un "chapeau" et un "visa" explicites et empruntant une formulation générale. Cela permet un échantillonnage rigoureux, susceptible de limiter rationnellement l'objet des recherches, de garantir la cohérence de l'analyse et d'engendrer une réflexion exacte et rigoureuse. Seuls les éléments significatifs peuvent être retenus et seules les observations spécifiques au sujet choisi méritent une réflexion approfondie.

Or, cette réflexion dépend de la *problématique* propre à l'objet des recherches. Les recherches juridiques fondamentales ou théoriques impliquent généralement un

(9) E.-P. Haba, op. cit., p. 169.

(10) Ph. Jestaz, op. cit., p. 94 et s.

éclairage historique et comparatif pour saisir la genèse des normes, les finalités qu'elles poursuivent, les modèles et les réponses que le droit y a apportés dans le passé et dans des contextes ou des pays comparables. Cela s'impose pour comprendre et apprécier les évolutions et les modèles connus, pour profiter de ces expériences et puiser au mieux à leur source.

Cette démarche est indispensable pour dégager la problématique inhérente aux objets à étudier, pour déterminer les valeurs, les enjeux, les convergences ou les divergences à retenir, et pour apprécier, expliquer ou imaginer les solutions les plus appropriées.

Les investigations dans d'autres domaines de connaissance et le recours à d'autres disciplines ou d'autres techniques sont souvent inéluctables. Comment, par exemple, traiter les problèmes juridiques de la bioéthique sans l'apport et le secours des scientifiques concernés ?

Ce n'est qu'une fois que la question traitée a été étudiée dans son contexte social, politique, historique et technique qu'elle peut être reconsidérée dans le système juridique à travers les qualifications possibles et les règles et mécanismes susceptibles de s'y appliquer. La problématique ainsi dégagée conduit généralement à l'articulation rationnelle des solutions possibles et dicte l'architecture de la présentation qui en sera faite, si l'on veut être clair et exact.

La finalité, l'ampleur et la nature des recherches qu'exige l'objet étudié imposent enfin aux chercheurs des méthodes particulières.

B - APPRÉCIATION DES MOYENS ET MÉTHODES DE LA RECHERCHE

Elles dictent d'abord aux chercheurs le type de documentation et d'informations qu'il convient de réunir : documentation juridique pure, documentation d'autres disciplines, données quantitatives, données qualitatives, bibliographie, textes, jurisprudence, périodes sur lesquelles portent les recherches, concepts à rechercher, revues à dépouiller, axes de la recherche ...

Si fastidieuse soit-elle, l'importance de cette phase de documentation n'a rien de subalterne ou de méprisable. Elle suscite souvent, par intuition ou associations d'idées, voire par hasard, des pistes imprévues de réflexion : "l'invention doit être partout jusque dans les plus humbles recherches des faits, jusque dans l'expérience la plus simple", disait Bergson (11).

Mais la nécessité d'exhaustivité et de rigueur et l'abondance des sources d'information rendent désormais insuffisante la recherche manuelle, sans pour autant lui ôter des vertus irremplaçables (12). Cela implique de recourir à des moyens de recherche automatisée, en particulier à toutes les banques de données (13) appropriées, maintenant aussi aux réseaux "internet" ...

L'exploitation d'une masse considérable d'informations ne permet plus, bien souvent, de se contenter de la perception et de l'appréciation personnelle des chercheurs. Elle implique parfois des procédés complexes de traitement informatique, des grilles d'analyse et des tris fort subtils, des techniques très élaborées d'aide à la décision, des "systèmes-experts" ...

Tout cela peut prendre beaucoup de temps, coûter fort cher et exiger beaucoup d'efforts que seuls d'importants moyens matériels et un travail d'équipe peuvent permettre.

(11) Cité par A. Dunes, op. cit. n° 6.

(12) Y. Tanguy, La recherche documentaire en droit, PUF, Collection "Droit fondamental", 1991.

(13) X. Linant de Bellefonds, L'informatique et le droit, PUF, Coll. "Que sais-je ?", p. 73 et s. ; H. Manzanares et Ph. Nectoux, L'informatique au service du juriste, Litec, 1987.

Les débats que suscite la question de la recherche collective en droit sont parfois désuets et inutilement vifs. Les exigences de la formation à la recherche, l'importance des équipements nécessaires et la masse considérable des informations à réunir et à traiter justifient manifestement aujourd'hui des recherches collectives au sein d'équipes, pluridisciplinaires ou non, ponctuelles ou permanentes, mais que la structure de laboratoires de recherche permet plus aisément de coordonner (14). Mais pourquoi y opposer la réflexion individuelle et l'isolement fructueux qui seuls garantiraient la qualité de la recherche et la découverte et seraient compatibles avec la tradition universitaire des juristes (15) ?

Les incomparables apports de Domat ou de Pothier forcent encore l'admiration. Mais ce n'est pas une raison pour bannir la photocopie et l'ordinateur ...

Dans la recherche juridique, la recherche individuelle et la recherche collective ont toutes deux leur place et leurs mérites. Les mêmes personnes peuvent parfaitement pratiquer alternativement l'une ou l'autre. L'intensité et l'originalité de la réflexion personnelle peuvent d'ailleurs être aiguës, aiguillonnées, enrichies par le débat, ... la discussion et des objections immédiates. Cela n'enlève rien à l'intérêt des publications individuelles dont nul ne saurait contester la nécessité et les mérites.

Tout dépend, en réalité, du type de recherche considéré, de l'importance et de la diversité des investigations qu'il requiert, des techniques de documentation ou d'exploitation qu'il suppose, du temps et des moyens dont on dispose pour le mener à bien ... Tout dépend aussi de la finalité des recherches : simple soit intellectuelle du chercheur, démonstration de son aptitude, élaboration législative, publications en vue de l'enseignement du droit, instrument de travail pour les praticiens, élaboration de techniques nouvelles, réflexions fondamentales sur le droit lui-même, publications engagées et militantes ou présentations impartiales, exercices de style ... On peut enfin distinguer schématiquement dans l'exploitation des données deux méthodes bien différentes, une méthode dite "empirique" et la méthode dite "dogmatique". La première se fonde sur l'expérience des solutions déjà explorées, et non sur une théorie générale, pour choisir entre elles, les transposer ou les adapter. La méthode dogmatique au contraire s'appuie essentiellement sur les diverses écoles de pensée, sur l'histoire, les principes généraux, la dogmatique juridique, la philosophie, le droit comparé ... pour élaborer une théorie générale du droit ou d'une institution.

La réflexion juridique recourt donc, alternativement voire cumulativement, à des méthodes inductives ou déductives, selon qu'elle veut mettre en évidence des hypothèses ou dégager des solutions.

La démarche empirique et déductive paraît plus particulièrement adaptée à la recherche juridique appliquée.

II - ÉLÉMENTS DE MÉTHODOLOGIE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE APPLIQUÉE

Par recherche juridique appliquée, on peut entendre toute recherche opérationnelle destinée à la mise en oeuvre d'activités déterminées, selon des cadres et impératifs juridiques appropriés, ou à la solution de cas particuliers.

La recherche juridique appliquée paraît s'intégrer le plus souvent dans un processus de décision et, donc, dans l'itinéraire d'élaboration d'une décision autant que dans la décision proprement dite. Ce processus de décision serait représenté,

(14) L. Favoreu, op. cit.

(15) Ph. Conte, op. cit.

selon H.-A. Simon (16), par le modèle "ICS (Intelligence, Conception, Sélection). "Ce processus s'amorce par une phase de diagnostic et de formulation d'un problème, se poursuit par une phase de conception et d'évaluation de solutions possibles alternatives, à partir de laquelle une phase de sélection conduira soit à ... poser différemment le problème ou ... concevoir et évaluer d'autres solutions possibles, soit ... à mettre en oeuvre la solution retenue, tenue pour satisfaisante compte tenu des objectifs du système de décision et des contraintes, notamment de délais, dans lesquelles il s'exerce" (17).

En droit, ce processus de décision résulterait de la conjonction de trois opérations systématiques : "la construction" des problèmes, "leur projection sous forme de plans", et "la sélection de la bonne solution, au sens de la solution la plus satisfaisante" (18).

Plus simplement, la méthodologie de la recherche juridique, en dépit de son immense diversité, paraît comporter deux phases successives qui se décomposent elles-mêmes en de multiples opérations : une *phase de diagnostic* (A) et une *phase de traitement* (B).

A - LA PHASE DE DIAGNOSTIC

Comme le médecin détermine une maladie d'après ses symptômes, le juriste identifie dans les situations de fait et de droit qui lui sont soumises, les éléments et les critères permettant de les rattacher à des notions, des catégories, des mécanismes, des institutions, des normes ou des cas connus dans le système juridique. Cette identification suppose d'isoler les éléments significatifs de ceux qui n'ont ni importance, ni signification propre. Elle consiste en opérations de qualification juridique des données concrètes retenues, pour leur appliquer les mêmes solutions que celles qui régissent les concepts et catégories abstraites auxquels on les rattache.

La qualification juridique repose sur l'idée simple que des choses identiques doivent être traitées de la même façon (19), autrement dit sur le mécanisme de l'analogie (20). Cette opération intellectuelle d'analyse juridique est un outil essentiel de la pensée juridique, "une activité centrale du juriste, absolument décisive dans l'exercice de la pratique juridique" : Il s'agit de "donner un nom aux choses" (21). Il faut bien commencer par dire si le passage d'un bien des mains d'une personne à celles d'une autre doit être qualifié de vente, de donation ou de vol, avant de lui appliquer le régime approprié que prévoit le système juridique (22). Mais il n'y a pas une loi particulière pour chaque cas, ni même souvent de précédents jurisprudentiels.

La réalité est complexe, toujours mouvante, souvent tout à fait novatrice ou originale. Les situations concrètes relèvent souvent de multiples rattachements à des éléments très divers du système juridique dont la conjonction des règles

(16) H.-A. Simon, *Administrative behavior*, Free Press, Publ. NY 1945, 3^e éd. 1977 ; "The new science of management decision", Prentice Hall Publ., Englewood Cliffs NJ 1961, 3^e éd. 1977.

(17) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., V^o Décision (Processus de ...) par André-Jean Arnaud.

(18) J.-L. Le Moigne, *La formalisation des systèmes complexes*, Paris, Dunan, 1990, p. 132.

(19) Sur la qualification juridique, V. "La qualification", *Revue "Droits"* n^o 18, 1993, notamment O. Cayla, "La qualification ou la vérité du droit", p. 3 et s.

(20) V^o "Analogie et méthodologie juridique", *Cahiers de méthodologie juridique*, n^o 10, 1995, RRJ 1995-4, p. 1020 et s.

(21) O. Cayla, op. cit.

(22) *Ibidem*.

correspondantes risque d'être contradictoire, irrationnelle, injuste, illogique, dangereuse, impraticable ...

Ce processus d'identification juridique que permet la qualification ne saurait donc se limiter à un simple constat passif. Il implique des choix entre diverses qualifications possibles, des conjonctions souvent difficiles, des appréciations de valeurs, des exigences d'opportunité, des anticipations nombreuses ... Il se réfère à des données et des considérations extra-juridiques relevant souvent de l'appréciation d'experts, de spécialistes, auxquels les juristes ont recours et dont ils doivent exploiter les données.

Le recensement des données significatives et leur qualification juridique supposent une analyse rigoureuse des informations brutes fournies en vrac aux praticiens, une appréciation exhaustive des diverses qualifications juridiques concevables, un tri souvent subtil des données de fait et de droit susceptibles d'être retenues, des recherches documentaires suffisantes pour détecter les solutions concevables, discerner leurs implications respectives et opérer des choix judicieux, afin de parvenir dans les meilleures conditions à la solution recherchée.

B - LA PHASE DE TRAITEMENT

Toujours comme le médecin détermine et applique aux maux qu'il a diagnostiqués la thérapeutique appropriée, le juriste applique aux situations considérées, en fonction du diagnostic qu'il en a fait, le traitement qui lui paraît le plus adéquat.

Souvent ce traitement lui est clairement dicté par les solutions connues du droit positif dont il déduit l'application à des cas identiques. Dans certains cas, au contraire, il lui faut innover, imaginer, inventer ...

Sous réserve de l'exactitude du diagnostic opéré et des aléas inéluctables de son application, la simple transposition de solutions habituelles à des cas similaires paraît assez facile. Des situations similaires sont logiquement traitées de façon semblable. Dans de telles hypothèses, les solutions à mettre en oeuvre sont bien connues et éprouvées.

Mais, inversement, toute différence de nature entraîne des différences de régime (23). Des situations ne peuvent être traitées de manière tout à fait identique que si elles sont strictement semblables. Leurs dissemblances ne peuvent être ignorées et nécessitent des mesures particulières, souvent originales et parfois inédites. Cela peut tenir à un contexte matériel, social, économique ou même seulement psychologique propre, alors que la situation considérée est tout à fait banale. Le traitement de telles situations suppose alors des accommodements, une certaine stratégie, des solutions de rechange ...

Quand les questions à traiter sont véritablement inhabituelles ou inexplorées, leur traitement exige non seulement une réflexion approfondie et des choix éclairés, mais une imagination, une faculté d'anticipation, une compétence technique et des intuitions juridiques et extra-juridiques particulières. C'est là que les bons juristes, disposant à la fois d'une solide culture théorique et d'une expérience pratique éprouvée, peuvent apporter le plus.

Il convient alors de ne pas reculer devant des solutions audacieuses tout en privilégiant les garanties nécessaires et en réduisant les risques non calculés et les aléas. Cela s'impose pour neutraliser des effets pervers prévisibles, des comportements frauduleux ou déloyaux, des évolutions imprévisibles ... Mais toutes les

(23) V° p. ex. J.-L. Bergel, Différence de nature égale différence de régime, RTD Civ. 1984 p. 255 et s.

matières fourmillent d'exemples où la pratique judiciaire, la pratique administrative, la pratique notariale, la pratique bancaire, toutes les pratiques professionnelles ont su innover... Que de contrats, d'opérations économiques, d'activités, de mécanismes fructueux et accomplis sont issus de ce génie créateur des praticiens ... S'il faut en citer quelques exemples, pourquoi ne pas évoquer le compte-courant, l'affacturage, les actes de notoriété, les opérations de promotion immobilière ...

Mais un minimum d'humilité s'impose. Rien n'est jamais créé "ex nihilo". Toute recherche et toute entreprise puise sa substance dans les connaissances, les expériences et les apports accumulés au cours du temps. La recherche juridique, comme toute autre, ne peut avoir pour ambition que de faire progresser la connaissance et d'en améliorer la mise en oeuvre.