



HAL
open science

Droit et sciences sociales

Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

| Baudouin Dupret. Droit et sciences sociales. Manuscrit original, pp.108, 2006. halshs-00197135

HAL Id: halshs-00197135

<https://shs.hal.science/halshs-00197135>

Submitted on 8 Jan 2008

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

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

Droit et sciences sociales

Baudouin DUPRET

INTRODUCTION

Le droit constitue l'une des formes majeures d'ordonnement des relations sociales. A ce titre, il a fait l'objet d'élaborations philosophiques, doctrinales et techniques extrêmement variées et abondantes, qui visaient à exploiter ses ressources d'instrument d'intervention dans le domaine de la vie en société. C'est avec la naissance des sciences sociales que le regard sur le droit s'est déplacé, qu'il est passé, pour reprendre l'expression de François Ost et Michel Van de Kerchove (Ost & Van de Kerchove, 1991), de la scène au balcon. Le droit est alors devenu, non plus seulement une source de véridiction ou un instrument normatif, mais un objet d'enquête sociologique, anthropologique et linguistique. La multiplication des revues portant sur le droit dans une perspective non juridique atteste de l'importance de cette interrogation nouvelle. Ceci ne signifie naturellement pas que les sciences sociales du droit se présentent aujourd'hui de manière unifiée. La combinaison de plusieurs disciplines (le droit et les sciences sociales) et traditions juridiques (civiliste et anglo-saxonne, pour ne parler que d'elles) a entraîné l'apparition de multiples « foyers » (Serverin, 2000) de production sociojuridique.

Il serait toutefois réducteur d'opposer trop radicalement les sciences sociales du droit telles qu'elles se sont développées à l'ombre de la *Common Law* à celles qui se sont inscrites dans des contextes juridiques de tradition civiliste. Dans les deux cas, il faut bien constater l'obstacle constitué par le dogmatisme juridique sur le chemin d'une analyse du droit informée par les sciences sociales. Dans les deux cas, il convient également de constater une double réticence : celle des juristes, qui hésitent à emboîter le pas des sciences sociales ; mais aussi celle des sciences sociales, qui ne parviennent pas vraiment à « prendre le droit au sérieux » (Dworkin, 1977), se cantonnant souvent dans une attitude critique de soupçon et de dénonciation. C'est ainsi que l'étude de l'ontologie du droit reste encore largement à faire. Comme le souligne Bruno Latour, « dire du droit qu'il est symbolique, qu'il est une chose mentale, une production du cerveau humain, une construction sociale arbitraire, reviendrait à capituler d'entrée de jeu en renonçant à découvrir l'ontologie propre qui lui convient » (Latour, 2002 : 295-296).

L'ouvrage qui suit entend présenter les différentes façons, pour les sciences sociales, de faire du droit leur objet. Il a semblé possible de les regrouper en quatre tendances. Tout d'abord, le *culturalisme*, qui fait du droit un reflet des différentes cultures propres au genre humain et le porteur de leurs structures profondes et valeurs essentielles. Nous regroupons, sous ce label, les écoles historiques du droit (école historique allemande, école des sciences juridiques historiques et comparatives, courants évolutionnistes), l'anthropologie du droit (anthropologie coloniale, anthropologie culturelle, anthropologie interprétative) et les courants se réclamant du pluralisme juridique (le droit vivant, le nouveau pluralisme juridique, la polycentricité, le nativisme). La tendance *critique*, ensuite, qui, interrogeant le droit en tant que fait de société, y voit principalement l'instrument de l'organisation et de la reproduction du pouvoir et des rapports de domination. Dans cette mouvance, nous considérons la sociologie du droit dans la tradition française (l'œuvre de Durkheim et de ses héritiers, la juristique, la sociologie politique du droit), la sociologie dans la tradition anglo-saxonne (la *sociological jurisprudence*, le courant *Law and Society*), les traditions critiques (marxisme, théorie de l'agir communicationnel, théorie des champs, postmodernisme, *Critical Legal Studies*, psychanalyse). Nous identifions également une tendance *institutionnaliste*, qui, sous des formes très diverses, s'interroge sur le droit en tant que système positif de régulation des rapports sociaux et en traite donc comme d'une institution sociale. Sous ce label, nous regroupons les différentes formes de positivisme juridique (Austin, Kelsen, Hart), les théories

compréhensives (Weber et son héritage) et les tendances fonctionnalistes et systémiques (Malinowski, Parsons, autopoïèse). La quatrième tendance est, pour sa part, d'inspiration *pragmatique* ou *praxéologique*. Elle tend à saisir le droit tel qu'en lui-même, dans son déploiement contextuel, ses interactions, son activité de production de sens, ses pratiques. Nous y plaçons la philosophie du langage (Wittgenstein, Austin), les courants réalistes (réalisme américain, réalisme scandinave, nouveau réalisme), les tendances interactionnistes et constructivistes (interactionnisme symbolique, sémiotique juridique, théorie narrative, sémiotique latourienne) et les études praxéologiques du droit (ethnométhodologie, analyse de conversation, ethnographie du travail juridique).

A l'exception du dernier de ces courants, il faut constater que les sciences sociales, parce qu'elles ont cherché à expliquer le droit en termes de traduction symbolique d'une culture intériorisée, de modernité et de rationalisation ou de rapports de force, de pouvoir et de domination, n'ont cessé d'avoir sur le droit, ses manifestations, les phénomènes qui s'y rattachent et ses pratiques un regard extérieur qui en fait la ressource explicative de vastes théories du social plutôt qu'un objet de recherche légitime en lui-même et pour lui-même. Entre l'aporie culturaliste, la dissolution du phénomène juridique dans la critique ou l'oubli du contexte, ces trois grands courants ont eu tendance à tourner autour du droit sans vraiment s'y attaquer pour lui-même, en tant qu'il est un phénomène social à part entière. Tout au contraire, le quatrième de ces courants, celui qui s'intéresse au droit en action (Travers et Manzo, 1997), c'est-à-dire au droit en tant qu'il est une activité pratique, vise à tenir le droit, non pour une ressource, mais pour un objet d'investigation « de plein droit ». Là où, dans la recherche sociologique traditionnelle, la phénoménologie du droit constitue une zone d'ombre, l'étude du droit en action s'attache précisément à ce « quelque chose qui manque » (Garfinkel, 1967).

Tout en passant en revue la littérature qui s'est intéressée au droit dans la perspective des sciences sociales, il convient de développer une critique des traditions sociojuridiques qui, dans leur vaste majorité, ont manifesté une tendance aux généralisations théoriques et abstraites, à la dissolution du droit dans la notion de contrôle social et à l'oubli du fait que le droit est, avant tout, un phénomène qui se saisit dans ses pratiques (en action) et dans ses différents environnements (en contexte). L'on tentera donc de rendre compte, de manière aussi fidèle, systématique et synthétique que possible, des traditions de recherche, de leurs fondements et de leurs développements, mais l'on proposera aussi, en conclusion des trois premières parties, une critique raisonnée du courant en question et une reformulation de son questionnement qui permette de mieux saisir l'objet premier de son interrogation, à savoir le droit. La quatrième partie sera consacrée à une analyse détaillée de cette reformulation et, en conclusion, à ses implications fondamentales.

Il s'agit donc de parcourir les sciences sociales du droit pour aboutir à une respécification des études sociojuridiques qui, faisant du droit un objet d'investigation en lui-même et pour lui-même, produise une description fine et en contexte des modalités d'exercice des professions et activités liées au droit, d'établissement des faits, de mise en œuvre des règles, de référencement des faits à des règles, dans le cours routinier du travail ou des rencontres avec la justice (Dupret, 2006). L'on vise bien, de ce fait, à décrire le droit dans sa réalité phénoménologique la plus précise. Le reproche est parfois fait à ce type d'analyse de ne pas ouvrir à une connaissance nouvelle ni d'inciter véritablement à la réflexion (Bouvier, 1999 : 14). L'on prétend, tout à l'inverse, que le retour au droit, en tant qu'objet d'étude « de plein droit », que le souci de l'empirie, en tant que seul objet de la sociologie, et que l'attention donnée aux pratiques, en tant que lieu unique d'accomplissement du social, non seulement nous sauvent des sociologies juridiques sans phénoménologie, mais représentent une

contribution fondamentale à l'intelligence de ce phénomène de part en part social qu'est le droit.

Droit et culture

Sous cet intitulé, l'on regroupe toutes ces tendances de l'étude du droit qui font de celui-ci le reflet des différentes cultures propres au genre humain et le porteur de leurs structures profondes et valeurs essentielles. Sous-jacente à cette perspective, il y a l'idée que le droit est un langage spécifique à un ensemble culturel et qu'il traduit les modes d'organisation spécifiques aux différents groupements humains. On peut remarquer, dans cette perspective, un penchant explicite ou implicite pour une forme d'évolutionnisme qui verrait dans le droit une réponse spécifiquement adaptée à chaque particularisme culturel, l'état du droit aujourd'hui étant le produit de l'ajustement « indigène » adéquat à des besoins exprimés localement.

Cette perspective culturaliste est partagée par les écoles historiques du droit, l'anthropologie du droit et les différentes démarches se réclamant du pluralisme juridique. Nous passerons en revue ces multiples courants en tâchant de rendre justice à leur contribution à l'intelligence du droit, gardant pour la conclusion nos remarques sur le caractère particulièrement problématique de l'essentialisme et de l'évolutionnisme propres à toute approche culturaliste.

Chapitre I: Les écoles historiques

Sous l'inspiration des théories de l'évolution de Darwin, le XIX^{ème} siècle a vu s'épanouir des théories évolutionnistes du droit. Bien que le darwinisme juridique soit tombé en disgrâce au XX^{ème} siècle, on peut observer la permanence de ses prémices fondamentales sous des formes moins explicites et plus sophistiquées.

I.1. L'École historique allemande

En réaction aux théories du droit naturel, deux grands mouvements de pensée émergent au dix-huitième siècle : le *positivisme* et le *romantisme*. Le mouvement romantique, qui doit être mis en perspective du classicisme auquel il s'oppose, met en avant les idées de sentiment, d'imagination et de force collective. En Allemagne, le romantisme trouve chez Herder et Hegel ses plus brillants représentants. Pour le premier, chaque période historique, chaque civilisation, chaque nation est dotée de ses caractéristiques uniques, irremplaçables, non fongibles. Toute tentative visant à réduire ces manifestations innombrables à rentrer à la norme unique d'un droit naturel ne peut que se solder par la violence faite au particularisme et au développement libre et harmonieux de l'« esprit » de chaque peuple (*Volksgeist*). Pour le second, c'est à la construction d'un État souverain et autonome, représentant d'une nation, que doit aboutir l'esprit d'un peuple.

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) est la figure la plus connue de ce qu'il est convenu d'appeler l'École historique allemande, excroissance du mouvement romantique dans le domaine du droit. Spécialiste de droit romain, cet auteur s'oppose aux théories du droit naturel qui, pour lui, font courir aux peuples le risque de se détourner de leur « droit authentique » : « Le droit positif vit dans la conscience générale d'un peuple et c'est pour cela que nous devons l'appeler le droit d'un peuple (*Volksrecht*). Il ne faut en aucune façon penser que ce sont les membres particuliers d'un peuple qui ont promu la loi par leur volonté arbitraire [...]. C'est bien l'esprit d'un peuple qui vit et œuvre dans tous les individus qui donne naissance à un droit positif, lequel est dès lors nécessairement et non accidentellement un et unique dans la conscience de chaque individu » (Savigny, cité par Freeman, 2001 : 921). Savigny tire de sa science du droit romain, elle-même inspirée des travaux de Gustav Hugo, la conviction que le droit est avant tout le produit de la société dans laquelle il trouve à se formaliser.

Pour Savigny, le droit ne trouve donc pas ses origines dans des règles exprimées dans une forme verbale, mais dans l'intuition collective d'un peuple quant au mode de fonctionnement de ses institutions sociales. Autrement dit, le droit ne procède pas de l'État, il investit l'État. Il ne faut en conséquence pas procéder par voie législative, mais plutôt retrouver ce qu'il y a de plus authentique dans chaque nation. C'est donc dans les traditions culturelles des peuples qu'il convient de chercher les formes originelles du droit, dans ce qui est constitutif de l'esprit des peuples. De ce point de vue, Savigny considère qu'une attention toute particulière doit être prêtée au droit coutumier qui, seul, traduit adéquatement la symbiose d'un peuple et de ses institutions.

Les écrits de Savigny doivent être replacés dans le contexte de l'émergence d'un nationalisme allemand qui trouve un écho, en linguistique par exemple, chez Jakob Grimm. Dans ses études sur les dialectes populaires, celui-ci tend ainsi à promouvoir l'existence d'un « esprit du langage » (*Sprachgeist*). C'est, en droit comme en linguistique, l'idée d'un développement organique de la collectivité, le peuple, auquel seraient attachés des qualités essentielles et originelles, qui émerge. Cette attribution aux peuples d'un esprit renvoie la question de leur droit dans l'ordre métaphysique.

Savigny établit toutefois une distinction entre le droit tel qu'il réside originellement dans la conscience collective du peuple et le droit ultérieurement dévolu aux juristes qui représentent en la matière la communauté. Le droit des juristes demeure une part de l'existence organique de la communauté, mais l'évolution sociale entraîne l'émergence d'activités spécialisées. « Le droit, qui était à l'origine la propriété commune du peuple collectif, s'est développé, du fait des relations étendues de la vie active, d'une manière à ce point particulière qu'il ne peut plus être maîtrisé par le savoir uniformément répandu chez les gens. Dès lors, un ordre spécial des personnes compétentes en droit se constitue, qui, en tant que partie intégrante du peuple, représentent le tout dans cet ordre d'idée » (*ibid.* : 925). On trouve donc chez Savigny les bases d'une conception évolutionniste du droit qui, à partir de la communauté organique du peuple, tend à se spécialiser et à mener une double vie, celle de la conscience collective du peuple dans ses grands traits, d'une part, et celle de l'univers technique particulier des juristes dans son détail, de l'autre (Jackson, 1996 : 61).

Pour Freeman (Freeman, 2001 : 907), il faut reconnaître à l'École historique le mérite d'avoir montré que « le droit n'est pas un ensemble abstrait de règles simplement imposé à la société, mais une part intégrale de cette société, qui plonge des racines profondes dans les habitudes sociales et économiques et les attitudes de ses membres passés et présent » et d'avoir également souligné que « les juges et les juristes, en général, en tant qu'ils font partie de la société dans laquelle ils vivent et trouvent leur existence, tout ou partie des habitudes et attitudes fondamentales de leur société, de telle sorte que le développement du droit, bien qu'il soit entre leurs mains, se conforme probablement de manière large et générale aux schèmes de comportement qui sont largement approuvés, ou du moins acceptés, dans cette société ».

Pour Louis Assier-Andrieu (Assier-Andrieu, 1996 : 127-129), l'École historique allemande a eu pour principal avantage, dans le contexte français, d'affranchir la recherche juridique du dogmatisme de l'École de l'exégèse. Ainsi en va-t-il d'Henri Klimrath et de son projet de géographie coutumière de la France, qui trace au couteau « les différences d'esprit juridique » des cinquante-deux coutumes générales de France, projet repris, affiné et systématisé plus tard par Emmanuel Le Roy Ladurie dans un chapitre sur le « système de la coutume » (Le Roy Ladurie, 1973).

En somme, l'apport de Savigny et de l'École historique tient à leur volonté d'assimiler le droit à « un fait de culture inscrit dans l'histoire et en cela capable de caractériser la société dont il émane » (Assier-Andrieu, 1996 : 119). On trouve un écho de cette vision chez des auteurs anglo-saxons comme Edmund Burke, pour qui la science de la jurisprudence n'est pas à chercher dans le travail des institutions du droit, mais dans « la raison recueillie au cours des âges [...] qui] combine les principes de la justice primitive avec la variété infinie des intérêts humains » (discours à la Chambre des Communes, 7 mai 1782). Ce sont ainsi les bases du culturalisme juridique et, partant, du pluralisme juridique qui sont jetées. Le droit est le produit de la culture d'un peuple ; il est donc aussi pluriel qu'il y a de peuples dont procéder. Savigny constitue un jalon important dans l'une étude du droit en tant que phénomène social et culturel. En même temps, il fixe durablement cette étude dans la conviction que le droit constitue le reflet normatif de la culture d'une société.

1.2. *Science historique et comparative du droit*

Dans le contexte de l'Angleterre victorienne, Henry Maine (1822-1888) représente une autre forme d'opposition à la tendance rationalisatrice du droit naturel et au positivisme utilitariste fondée sur une lecture historique des origines du droit, de son évolution et de ses

transformations et sur une lecture anthropologique du droit des sociétés « primitives ». C'est en tant que professeur de droit romain et de doctrine juridique (pour autant que le terme anglais *jurisprudence* puisse être traduit) et qu'administrateur colonial en Inde qu'il s'intéresse particulièrement au droit de l'Ancien Testament, de la Grèce et de Rome, ainsi qu'au droit indigène indien. Maine dit ainsi de l'Inde qu'elle est « tout un monde d'institutions aryennes, de coutumes aryennes, de lois aryennes, d'idées aryennes, à un stade de croissance et de développement bien antérieur à celui qui lui a survécu en dehors de ses frontières » (Maine, cité par Freeman, 2001 : 909).

La pensée de Maine se caractérise donc par son culturalisme et son évolutionnisme (il publie son livre *Ancient Law* seulement deux ans après Darwin, dont il se réclame d'ailleurs explicitement pour justifier sa théorie). Culturalisme, en ce sens que le droit y est présenté comme le reflet de la société, l'expression directe de la culture primitive de celle-ci : « Les usages qu'on observe comme étant ceux qu'une communauté a adoptés dans son enfance et dans ses formes primitives sont généralement ceux qui, au total, s'accordent le mieux à son bien-être physique et moral » (Maine, 1906 : 16). Evolutionnisme, parce que le droit, de cette forme idéale primitive, est supposé connaître une marche en avant : « Si [ces usages] sont intégralement maintenus jusqu'à ce que de nouveaux besoins sociaux aient enseigné de nouvelles pratiques, la marche ascendante de la société est quasiment assurée » (*op.cit.* : 16). Le droit suit, à partir des formes premières de la pensée juridique, des schèmes de développement typiques : une première étape spontanée et organique ; une phase de développement qui procède d'une adaptation consciente (qui résulte de l'édition des jugements royaux) ; l'avènement du droit coutumier préservé par une aristocratie ou un groupe sacerdotal ; l'âge des codes. Ces codes ne sont toutefois pas à entendre au sens moderne du terme, mais comme la fixation du droit coutumier préexistant : « Le code romain n'était que la simple énonciation en mots des coutumes existantes du peuple romain » (*ibid.*).

Si les trois premiers stades de développement du droit sont considérés par Maine comme universels, il n'en va pas de même des évolutions ultérieures. Seules les sociétés « progressistes » ont été au-delà, et ceci en fonction des conditions du passage au droit codifié. Alors que les Tables romaines ont servi de « protection [...] contre la spoliation spontanée et le délitement des institutions nationales » (*ibid.*), les codes orientaux ont davantage représenté un idéal juridique qu'un instrument effectif. Ceci tient au fait, selon Maine, que le passage à la codification est intervenu en temps utile, c'est-à-dire avant que la coutume n'ait eu tendance à une inflation par analogie de ses règles premières, ou qu'il est au contraire survenu tardivement, alors que l'analogie avait déjà mené à l'adoption d'une multitude de règles fantaisistes.

Les sociétés « progressistes » sont celles qui ont éprouvé le besoin de techniques permettant de réaliser l'harmonie du droit et de la société et travaillant à réduire l'écart entre le conservatisme spontané du droit et les besoins évolutifs de la société. « Ces instruments me semblent être au nombre de trois : les fictions juridiques, l'équité et la législation » (*op.cit.* : 31). Par fiction juridique, Maine entend « toute hypothèse qui dissimule ou affecte de dissimuler le fait qu'une règle de droit a subi des modifications, sa lettre demeurant inchangée, son mode opératoire ayant été modifié. [...] [Le] droit a été complètement changé ; la fiction tient à ce qu'il demeure comme il a toujours été » (*op.cit.* : 32). Par équité, Maine vise « tout corpus de règles existant à côté du droit civil originel, fondé sur des principes distincts et revendiquant incidemment sa supériorité par rapport au droit civil en vertu de son caractère sacré supérieur tenant à ces principes » (*op.cit.* : 34). L'équité intervient directement dans l'administration du droit, elle est un ensemble de principes auxquels le droit est tenu de se conformer. Elle est, par exemple, le droit des gens romain, c'est-à-dire le droit naturel fondé

sur la raison : « Les idées de simplification et de généralisation ont toujours été associées à la conception de la Nature : simplicité, symétrie et intelligibilité en sont dès lors venues à être considérées comme les caractéristiques d'un bon système juridique » (*op.cit.* : 63). C'est l'équité qui « a fourni au juriste les moyens de la généralisation, les méthodes d'interprétation, l'élucidation des premiers principes et toute cette masse de règles limitatives avec lesquelles le législateur interfère rarement, mais qui contrôlent sérieusement l'application de tout acte législatif » (*op.cit.* : 73). Le troisième instrument permettant au droit de suivre le développement social est constitué par la législation, à savoir « les promulgations d'un législateur qui, sous la forme d'un prince autocrate ou d'une assemblée parlementaire, est l'organe présumé de la société entière » (*op.cit.* : 33). La législation, qui émane d'une agence humaine définie, intervient pour amender le droit en place.

L'évolutionnisme de Maine apparaît également dans la thèse que l'histoire du droit se caractérise par un passage d'un droit statutaire à un droit contractuel. Dans les sociétés prémodernes, le statut qui s'attachait aux individus déterminait le droit auquel ils étaient soumis. L'apparition du contrat traduit l'émergence de la capacité à créer un droit propre et innovateur, seul en mesure de garder au contact l'un de l'autre la société et son droit. Cette insistance sur le contrat oppose radicalement Maine et les positivistes, comme Bentham et Austin, qui sont à l'origine de la théorie impérative du droit en vertu de laquelle la caractéristique première de la règle de droit est d'émaner d'une autorité souveraine (Hunt, 2002 : 19).

Un des apports de Maine tient à ce qu'il tente de substituer à la pensée philosophique et spéculative sur le droit une recherche fondée sur une méthode empirique, systématique et historique (Pospisil, 1971 : 150). En dépit de son culturalisme et de son évolutionnisme, la pensée de Maine pose les jalons d'une façon nouvelle de considérer le droit, une façon qui reconnaît à celui-ci son inscription historique et, plus encore, sa nature humaine et sociale fondamentale. C'est, dès lors, la porte de la sociologie et de l'anthropologie du droit qui s'ouvre.

1.3. Évolutionnisme et processus de civilisation

Bien qu'elle ne s'y soit jamais directement intéressée, la perspective sociologique de Norbert Elias (1897-1990) reflète une tendance profonde de la sociologie du droit, outre qu'elle en a fortement influencé l'étude récente. La thèse principale d'Elias, énoncée dans *La Civilisation des mœurs* et reprise tout au long de ses travaux, tient au couplage des processus d'individualisation et d'autocontrainte, c'est-à-dire l'évolution en parallèle d'un individu toujours plus individualisé, indépendant et maître de lui-même et d'un individu conforme à l'opinion, normal au sens statistique, hygiénique et social du terme, intégré à la moyenne. Bien que l'on puisse trouver chez Elias un intérêt pour l'analyse des mécanismes de perception de la réalité sociale, du sens commun, des interactions verbales et de l'action, c'est pour l'essentiel l'identification d'une dynamique sociale historique, évolutionniste et déterministe qui retient son attention.

Dans *Le Processus de civilisation*, Elias revient de manière systématique et quasiment incantatoire sur l'affirmation d'une relation étroite entre les processus de centralisation politique, de spécialisation fonctionnelle, d'interdépendance des individus et d'autocontrainte de ces derniers : « Or, la stabilité particulière des mécanismes d'autocontrainte psychique qui constitue le trait le plus typique de l'habitus de l'homme 'civilisé' est étroitement liée à la monopolisation de la contrainte physique et à la solidité croissante des organes sociaux centraux. C'est précisément la formation de monopoles qui permet la mise en place d'un

mécanisme de 'conditionnement social', grâce auquel chaque individu est éduqué dans le sens d'un autocontrôle rigoureux. C'est là l'origine du mécanisme d'autocontrôle individuel permanent dont le fonctionnement est en partie automatique » (Elias, 1975 : 188).

Interdépendance et autocontrainte selon Norbert Elias

Pour Elias, si interdépendance et autocontrainte vont de pair, c'est avant tout parce que, d'une part, le concept individu n'a de sens sociologique qu'au pluriel, dans l'interrelation des individus, et que, d'autre part, on ne peut rendre compte de la société comme d'une abstraction, qui ne serait pas également la somme de ses individus. Telle est l'affirmation principale de *La Société des individus* :

« C'est seulement lorsqu'il grandit dans la société des hommes que le petit individu humain apprend le langage articulé. C'est seulement dans la société des autres, plus âgés, que se dégage en lui progressivement une certaine forme de vision à long terme et de régulation des instincts. Et la langue qu'il parlera, le schéma de régulation des instincts qu'il adoptera, le type de comportement adulte qui se développera en lui dépendent de l'histoire et de la structure de la communauté humaine au sein de laquelle il naît aussi bien que de sa propre histoire et de sa position au sein de cette communauté [...] À l'intérieur d'un même groupe humain, les destins relationnels de deux êtres, leurs histoires individuelles ne sont jamais tout à fait identiques. Tout homme se dirige vers sa mort à partir d'un lieu unique dans le réseau de ses relations en suivant le cours d'une histoire unique. [...] Même si en l'état actuel de la pensée cela peut paraître paradoxal au premier abord, individualité et dépendance par rapport à la société ne sont pas uniquement en opposition ; le découpage et la différenciation des fonctions psychiques d'un être, ce que nous exprimons par le terme 'individualité', ne sont rendus possibles qu'à partir du moment où l'individu grandit au sein d'un groupe d'individus, dans une société »

Norbert Elias, *La société des individus* Paris: Fayard, 1991, pp. 58-59

L'évolutionnisme d'Elias se traduit par l'emploi de métaphores empruntées à la psychologie de l'enfant, ce qui traduit l'influence au moins diffuse des idées de Piaget. En outre, la relation qu'il établit entre interdépendance et autocontrainte procède d'une tendance à l'établissement de codes de comportement, à leur élévation au statut de signe distinctif, à leur diffusion, à leur usage partagé et finalement à leur assimilation au travers du processus de socialisation que vivent tous les individus d'une société. Ces codes de comportement et ces codes moraux sont donc le produit d'une autocontrainte croissante qui, elle-même, traduit une individuation marquée. L'individu « individualisé », celui de l'hypertrophie de la conscience de soi, est un individu qui a poussé à l'extrême le contrôle de ses instincts et l'imposition à soi-même d'un code moral, un individu qui a largement différencié les impératifs et prohibitions de la société, d'une part, transformées en contraintes internes, et, de l'autre, ses aspirations et inclinations personnelles, qui persistent mais sont contrôlées (Elias, 1991 : 65).

Les théories de l'individuation, en général ou sur le droit en particulier, suivent toutes, à un degré ou à un autre, un schéma comparable à celui établi par Elias. L'étude de Mauss sur la notion de *personne*, par exemple, nous décrit un grand mouvement évolutif qui, d'une simple mascarade au masque, d'un personnage à une personne, à un nom, à un individu, de ce dernier à un être possédant une valeur métaphysique et morale, d'une conscience morale à un être sacré et de cet être sacré à une forme fondamentale de pensée et d'action, aboutirait à cette catégorie fondamentale de l'entendement contemporain : la personne (Mauss, 1938).

C'est dans cette même perspective que quelques notions récurrentes des discours kantien et freudien, comme celles d'autonomie, de liberté, de volonté, de conscience et d'intention, sont

classiquement désignées comme marqueurs de la conception moderne de la personne. La volonté, définie comme la « faculté de se déterminer librement à agir ou à s'abstenir », constitue, avec l'autonomie, l'une des pièces angulaires de la philosophie et de l'épistémologie modernes. Dans la pensée de Kant, le sujet est devenu un principe de cause d'une certaine force appelée action ou processus intentionnel. « Le sujet, le 'cogito' kantien, est une *instance autonome* assignant aux objets du monde une certaine objectivité – les objets en tant que tels ne devenant connaissables qu'en fonction du sujet qui, justement, leur donne un certain sens, un sens qui n'est jamais déterminé une fois pour toutes, en soi, mais qui est toujours l'expression de l'*intentionnalité* du sujet dans ses actions et interactions » (Stockinger, 1993: 48). La liberté est aussi classiquement associée à la volonté : « L'être humain ne peut juger de ce qui est convenable que par l'usage d'une faculté qui se nomme volonté ; or, l'idée de volonté suppose l'existence d'autres facultés par le moyen desquelles elle s'exerce, et notamment la liberté. On appelle liberté la faculté par laquelle la volonté peut s'exprimer » (Pufendorf, cité par Arnaud, 1993: 345). Le principe juridique de l'autonomie de la volonté, véritable assise du droit des obligations, traduit probablement au mieux l'importance de cette conception philosophique dans le droit. Volonté, autonomie, liberté, intentionnalité forment ainsi les fondements mêmes de l'économie philosophique du droit moderne et l'on perçoit immédiatement toutes les implications que cette conception du sujet agissant libre et autonome peut avoir en termes de responsabilité, d'imputation, de préméditation, de décision ou de jugement, toutes notions dont la présence massive s'impose sur un simple parcours des codes.

La place qu'occupe la responsabilité en philosophie du droit procède, quant à elle, de la philosophie kantienne de la causalité et de l'imputation, en vertu de laquelle chacun doit se considérer comme point unique et ultime de ce qui lui arrive, avec la notion de faute pour point d'articulation. Si l'on ne peut manquer de souligner à quel point la théorie de la responsabilité a connu une forte évolution, au cours du XX^{ème} siècle, qui non seulement lui voit se substituer en certains domaines un principe de solidarité et débouche en d'autres sur son émiettement (p.ex., avec la notion de risque en droit du travail), mais marque également le passage d'une philosophie de la faute individuelle à une philosophie de la réparation collective, il n'importe pas moins de remarquer que cette extension dans l'espace et cet allongement dans le temps de la philosophie juridique de la responsabilité n'opère pas dans le sens d'une désindividuation, mais bien dans celui d'un renforcement de l'exigence de prévision et de la collectivisation de la réparation. Il n'est en effet plus seulement question d'imputation de faute, mais également, en amont, d'exigence de précaution et de prudence et, en aval, de prise en charge des effets potentiels des actes de chacun. C'est le principe de l'autonomie de l'individu qui semble être le point de convergence de nos jugements de responsabilité. Le fait de lier la responsabilité à l'engagement volontaire de l'acteur ou à sa capacité d'atteindre un certain niveau d'anticipation et de réflexion dans ses interactions sociales s'explique par « une décision fondamentale de notre système de responsabilité en faveur de l'individu maître de ses choix, capable d'orienter son comportement en conformité ou en désaccord avec un système de normes » (Neuberg, 1996 : 1309).

L'ensemble de ces conceptions de l'individu procèdent d'un évolutionnisme le faisant aboutir à « un monde moderne dans lequel la personne devient un être sacré, le propriétaire d'une valeur métaphysique et morale ainsi que d'une conscience morale – le détenteur de droits et responsabilités, une source de motivation autonome et de décision rationnelle qui valorise l'intimité et est capable d'autodéveloppement » (Lukes, 1985 : 294). Dans cette fresque qui tente de reconstituer les trajectoires de la catégorie de la personne, le point d'aboutissement est constitué des « cultures modernes occidentales » et de leur mode spécifique de pensée articulé autour des notions de volonté, d'autonomie, de liberté, de

conscience, d'intentionnalité, toutes notions que l'on retrouve dans le discours du droit des livres. La volonté, qui est définie comme la capacité de librement se déterminer soi-même à agir ou à s'abstenir de le faire, en forme la pierre d'angle. Le sujet est établi comme principe causal de l'action, qui est elle-même un processus intentionnel. Ce sujet devient ainsi une instance autonome assignant aux objets du monde leur objectivité, un sens qui n'est pas déterminé une fois pour toutes, comme tel, mais qui est toujours l'expression de l'intention du sujet dans ses actions et interactions (Stockinger, 1993 : 48). La sociologie évolutionniste relève ainsi davantage de la philosophie de l'histoire, une histoire déterministe dont nos sociétés sont l'aboutissement.

1.4. Evolution du droit et développement cognitif

C'est dans la perspective de l'évolutionnisme sociologique et historique qu'il faut situer nombre de travaux relativement récents mettant en parallèle développement juridique et développement psychologique. Bernard Jackson considère que c'est du côté de la psychologie cognitive expérimentale qu'il convient de chercher les prolongements des écoles historiques du droit (Jackson, 1996 : 75-82). Des auteurs comme Piaget ou Kohlberg ont repris à leur compte le parallèle entre développement de l'individu et histoire des sociétés. Pour le premier, il existe, « dans la pensée européenne, [...] une loi d'évolution des jugements moraux analogue à celle dont la psychologie aperçoit les effets au cours du développement des individus » (Piaget, 1932 : 321). De même, il observe une tendance à passer de relations unilatérales à des relations bilatérales (Piaget, 1965 : 117), qui n'est pas sans rappeler le passage, chez Maine, d'un droit statutaire à un droit contractuel. Quant à Kohlberg, il considère que les stades de l'évolution morale de la culture s'apparentent sous bien des aspects aux stades de développement individuel (Kohlberg, 1971 : 76).

L'évolutionnisme psychologique se veut universel, contrairement à celui de l'école historique du droit qui restreint l'accession à la modernité juridique aux seules sociétés « progressistes ». C'est toutefois fondamentalement un même principe qui anime les deux courants de pensée.

Enfants, sociétés primitives et responsabilité collective selon Piaget

Piaget explique, à propos de la responsabilité collective, les différences entre les sociétés primitives et les enfants par le fait que l'enfant, à l'âge égocentrique, est dépourvu du sens de l'unité et de la solidarité avec le groupe :

« La responsabilité collective des sociétés inférieures suppose la réunion de deux conditions qui sont précisément toujours dissociées chez l'enfant : la croyance en la nécessité mystique de l'expiation et le sentiment de l'unité et de la solidarité du groupe. Le 'primitif' est un adulte vivant en sociétés organisées. Il a beau conserver, sous l'influence de la gérontocratie, l'essentiel de la morale de la contrainte, y compris les notions les plus intangibles en fait de justice rétributive, il a, par le fait même de la puissante structure du groupe, un sentiment extrêmement fort de la participation des individus à la collectivité. La responsabilité est donc collective en même temps qu'elle est objective et que la sanction est expiatoire. Chez l'enfant, [il en va] au contraire [...] Dans nos sociétés, l'enfant en grandissant se libère toujours davantage de l'autorité adulte, au lieu que, dans les civilisations inférieures, la puberté marque le début d'un asservissement de plus en plus poussé de l'individu aux anciens et à la tradition. C'est pourquoi, nous semble-t-il, la responsabilité collective manque au tableau des réactions morales de l'enfant, alors que cette notion est fondamentale dans le code des éthiques primitives »

Jean Piaget, *Le Jugement moral chez l'enfant*, Paris, PUF, 1932, pp. 199-200

Ce positionnement de la psychologie développementale est manifestement influencé par les travaux de la sociologie durkheimienne (et même explicitement chez Piaget, qui cite directement Durkheim et Fauconnet). Ainsi peut-on lire dans dans *La Division du travail social* que c'est le propre du « droit primitif » et de son avatar pénal que de lier étroitement les dimensions juridique et morale (droit répressif, à opposer au droit rétributif) et que l'évolution historique va dans le sens d'un processus de désacralisation et de disjonction (Durkheim, 1960), tandis que, dans *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, il est dit que l'évolution historique atteste davantage d'un processus de déplacement de la sacralité vers l'individu et d'une dualité opposant droit collectif (domestique, corporatif, etc.) et droit individuel (contractuel, etc.) (Durkheim, 1895).

L'évolutionnisme n'a pas manqué de faire débat en anthropologie. Si la théorie d'Eliade a fait l'objet de remises en cause virulentes, il est des auteurs qui soutiennent vigoureusement l'application des arguments fondés sur la psychologie de l'enfant aux peuples primitifs. Pour Hallpike, par exemple, « Dans notre propre société, le développement cognitif, telle la maîtrise des relations logiques, cesse pour l'enfant moyen à approximativement seize ans [...] Nous pouvons dire que, cognitivement parlant, l'adulte a, dans notre société, la mentalité d'un adolescent. Mais le savoir, les compétences et la maturité du jugement continuent à se développer sur une période d'une longueur indéfinie, et ce sont ces réalisations qui distinguent l'adulte de l'enfant et de l'adolescent dans toute société. Dans les sociétés primitives, toutefois, parce que le stimulus à la croissance cognitive en provenance de l'environnement social et naturel est moindre, la psychologie développementale affirme que la croissance cognitive s'arrête plus tôt et que la pensée formelle et les opérations concrètes avancées, en particulier, ne sont pas développées [...] Nous ne prétendons pas que les adultes, dans la société primitive, sont intellectuellement équivalents aux enfants dans notre société, mais que les compétences cognitives dans les sociétés primitives, de type principalement préopératoire, sont développées à un très haut degré de compétence, à quoi s'ajoute l'accumulation d'expérience et de sagesse tout au long de la vie de l'individu » (Hallpike, 1979 : 39-40).

Bernard Jackson se fait le promoteur de l'application des modèles développementaux à l'étude de l'histoire des systèmes juridiques. Mettant en parallèle les travaux des écoles historiques et ceux de la psychologie développementale, il propose une interprétation sémiotique du droit (*cf.* chapitre XIII) remplaçant les différentes formes de celui-ci dans le contexte du stade historique de développement des sociétés en cause. Les dispositions du droit ancien relèveraient d'une cognition juridique présupposant la coopération des gens et viseraient donc à fournir aux parties à un conflit des repères leur permettant de résoudre une question sans avoir recours au jugement d'un tiers. Le droit moderne, pour sa part, sous l'effet de l'alphabétisation et de la bureaucratie croissantes, serait celui d'une lecture sémantique de la règle de droit (tous les cas rentrant dans le spectre d'une lecture littérale d'une proposition normative tombent sous le coup de la règle qu'elle énonce), d'un contexte d'interaction non coopérative et d'une évolution vers des « systèmes juridiques » séparés de leurs utilisateurs. « De la même façon que certains affirment que 'l'ontogenèse récapitule la phylogenèse' (le développement de l'individu reflète le développement de l'espèce), le développement des capacités individuelles dans des domaines spécialisés (ou nouveaux) d'activité reflète largement le développement général de l'individu. Dans ce nouveau domaine – celui de l'écriture du droit –, c'est comme si la culture aussi avait à revenir aux premiers stades du développement, avant de pouvoir atteindre des stades cognitifs supérieurs » (Jackson, 1995 : 265).

Chapitre II: Anthropologie et culturalisme

Dans le prolongement des écoles historiques et en phase avec l'essor des sciences sociales, l'anthropologie s'est engagée dans l'étude du droit des sociétés colonisées. L'étude anthropologique du droit s'est organisée autour de deux paradigmes principaux : le *culturalisme* et le *fonctionnalisme*. Bien que ceux-ci ne soient pas radicalement distincts l'un de l'autre, on procédera à leur analyse séparée, l'anthropologie culturelle faisant l'objet du présent chapitre et l'anthropologie fonctionnaliste étant renvoyée au chapitre XI.

II.1. Les débuts de l'anthropologie du droit

Le fait colonial a profondément marqué l'étude anthropologique du droit. Celui-ci a en effet été convié à fournir aux nouvelles autorités les instruments d'une administration tenue de prendre en considération les droits locaux. Ceux-ci répondaient aux différents types de gouvernement mis en place par les colonisateurs : gouvernement indirect pour la Grande-Bretagne, favorisant les autorités traditionnelles ; administration directe pour la France, visant davantage l'assimilation. Le premier cas pousse à l'émergence d'une anthropologie appliquée, tandis que le second cherche, par la compilation des règles coutumières, à absorber les droits locaux dans le cadre codifié du colonisateur. On a déjà eu l'occasion d'évoquer les travaux de Maine, mentionnant au passage son parcours d'administrateur colonial des Indes britanniques : vice-chancelier de l'Université de Calcutta, membre du Conseil du gouvernement général de l'Inde, membre de la commission de codification du droit indien. Dans les Indes néerlandaises, c'est l'école juridique des *adat* qui se développe (*cf.* ch. III). Dans les colonies françaises, ce sont principalement les juristes qui ont entrepris d'étudier les droits locaux, accentuant ainsi un phénomène d'ethnocentrisme juridique (on relèvera de ce point de vue les Coutumiers d'Afrique occidentale ou la tentative de codification du « droit musulman » de Marcel Morand, en Algérie).

Face à cette anthropologie appliquée, une autre façon de concevoir le droit de l'« outre-mer » et des « peuples primitifs » voit progressivement le jour. Elle s'inscrit naturellement dans le prolongement des thèses évolutionnistes (Morgan et ses ouvrages sur le droit ancien et sur les systèmes de parenté ; Spencer, qui combine l'évolution de l'organisation sociale et la quasi-disparition du droit ; Tylor, qui accepte l'idée de processus de « rétroévolution » et préfigure le néo-évolutionnisme de Stewart, Naroll et Hoebel) ou dans l'opposition à celles-ci, comme pour Malinowski (théorie fonctionnaliste – *cf.* ch. X) et, derrière lui, l'anthropologie anglo-saxonne de la résolution des conflits (Bohannan, Nader, Roberts, Abel, Comaroff – *cf.* section 4) et de l'étude de cas (*case method*).

Dans le contexte français, c'est l'école de Durkheim qui s'impose, avec Marcel Mauss tout d'abord, avec Henri Lévy-Bruhl, René Maunier et Georges Gurvitch, ensuite. Mauss (1872-1950), bien qu'il n'ait jamais mené d'enquête ethnographique de terrain, s'attache à étudier les phénomènes d'échange et d'association entre individus. C'est ainsi qu'il étudie les systèmes de vengeance, dans *La Religion et les origines du droit pénal*, en tant que rapport de réciprocité entre les groupes impliqués, ou qu'il s'intéresse aux effets de l'environnement sur le droit. Lévy-Bruhl (1884-1964), pour sa part, spécialiste de droit romain, se tourne vers l'ethnologie pour résoudre des problèmes que le manque de sources l'empêche de traiter autrement. C'est donc l'idée que les « sociétés primitives » représentent un stade archaïque de l'évolution du droit qui justifie sa démarche : « Les sociétés primitives ne connaissant pas l'écriture vivent nécessairement sous le régime du droit coutumier. Tout d'abord [...], le droit se distinguant très mal de la religion, ce droit coutumier est fortement imprégné de mysticisme [...] En second lieu, ces coutumes sont extrêmement tenaces et ne se modifient

que très lentement [...] Ce qui ajoute encore à l'intérêt de l'étude des coutumes primitives, c'est qu'elles sont pratiquées de nos jours par des êtres vivants dont nous pouvons observer le comportement, et que les circonstances historiques nous permettent de constater les effets produits par le contact, parfois brutal, de ces systèmes coutumiers avec d'autres systèmes juridiques d'un niveau supérieur » (Lévy-Bruhl, 1961 : 51-52). Maunier (1887-1951) est, quant à lui, l'auteur de travaux de « sociologie coloniale » et, dans le domaine du droit, d'une *Introduction au folklore juridique*, dans lequel il divise la coutume en quatre « régions d'étude » : le droit familial, le droit possessif, le droit contractuel et le droit punitif. Gurvitch (1896-1965) est, enfin, un fondateur important de la sociologie du droit, dans une perspective pluraliste (cf. ch. III).

L'enseignement de Lévy-Bruhl se prolonge dans les travaux de Michel Alliot, Jean Poirier, Raymond Verdier, Norbert Rouland ou Étienne Le Roy. L'ethnocentrisme représente l'ennemi premier de ce courant d'anthropologie juridique. Ses tenants « se sont donné pour objectif de rompre avec l'idéologie juridique coloniale ethnocentriste qui tend à faire prévaloir la logique juridique européenne dans une perspective assimilationniste et, à travers l'étude de l'acculturation, de dénoncer les résurgences de cette idéologie très présentes dans le droit du développement qui, jusqu'à il y a peu de temps, s'est appuyé sur des techniques de codification bénéficiant aux droits européens au détriment des droits autochtones » (Rouland, 1988 : 112). La pluralité des expériences culturelles est ainsi mise en avant pour justifier la promotion des droits locaux dont l'authenticité permet une meilleure adéquation aux besoins des groupes sociaux concernés. Pour Jean Poirier, par exemple, « [les] sociétés traditionnelles, en particulier africaines, se sont donné des systèmes efficaces de conciliation entre gestion directe et gestion indirecte ; c'est 'l'éthocratie', le gouvernement institué à partir de la coutume sacralisée ; il s'agit d'une formule très différente de la démocratie à l'occidentale, à laquelle s'oppose le système de valeurs coutumier » (Poirier, 1999 : 79). Et d'ajouter, plus loin : « une telle demande [d'autogestion], dans la logique des pensées autochtones, est parfaitement justifiée dans la mesure où, ontologiquement parlant, le droit des autorités centrales est sans doute légal, mais il n'est pas légitime. Les grands personnages tutélaires, ancêtres et esprits chtoniens, qui sont les garants de l'existence du groupe dans le double cadre des deux pactes fondamentaux que sont la synergie et la symbiose, ne peuvent – par définition – accepter l'intrusion d'aucun élément extérieur à ces pactes fondateurs » (*op.cit.* : 87).

Comme l'attestent les travaux de Lévy-Bruhl, l'anthropologie du droit a souvent été pratiquée par des historiens du droit que la recherche avait mis au contact de problématiques pour lesquelles le détour par l'ailleurs semblait d'une grande utilité. Il faut, à cet égard, souligner l'extrême fécondité de l'école durkheimienne dans l'anthropologie historique du droit. Nous avons déjà évoqué les recherches de Marcel Mauss, entre autres sur la notion de personne. L'étude du droit romain fut également très souvent l'occasion de développements concernant directement l'étude anthropologique du droit. Ainsi, l'on peut citer les recherches de Fauconnet sur la responsabilité ou celles de Pierre Noailles, pour qui, à Rome, un droit sacré a précédé l'apparition du droit civil, « qui tout ensemble s'en distingue et en est issu » (Assier-Andrieu, 1996 : 78). Dans la foulée, Louis Gernet entreprend « de décrypter à la source la genèse de la nomenclature de base imprudemment appliquée par l'ethnologie à quelque culture que ce soit » (*ibid.*). Pour Gernet, « [la] fonction juridique, comme fonction autonome, se reconnaît sans peine dans un grand nombre de sociétés où elle présente naturellement bien des variations mais aussi une unité irrécusable [...] Dira-t-on qu'elle existe par définition dans toute société, réserve faite des apparences qu'elle peut revêtir et des justifications que les hommes peuvent s'en donner ? Ou faut-il admettre qu'elle apparaît à certains points de l'expérience historique comme quelque chose de nouveau par rapport à ce

qui faudrait appeler le prédroit ? » (Gernet, 1968). Derrière Gernet, c'est toute un courant de pensée mêlant droit, histoire et sciences sociales qui se développe. Jacques Berque en est l'un des disciples, qui cherche dans les coutumes marocaines l'expression de sédimentations culturelles multiples, notant que « cette vie étroitement locale s'intègre dans un ensemble [culturel] qui agit sur elle au moins autant qu'elle n'agit sur lui » (Berque, 1955 : 240).

II.2. L'anthropologie culturelle

Les différentes tendances de l'anthropologie et, en particulier, de l'anthropologie du droit ont en commun, en deçà de l'existence d'universaux juridiques qu'elles soutiennent ou qu'elles contestent, de voir dans le droit l'expression d'un fait organique, d'une détermination collective, ce que l'on appelle communément une culture. Dans sa version évolutionniste, c'est la culture d'une population qui explique qu'elle soit à un stade ou à un autre du « progrès » juridique. Pour les opposants à l'évolutionnisme, il n'y a pas de modèle déterministe d'évolution du droit, chaque culture ayant sa configuration et sa transformation en propre. En somme, il s'agit, dans chaque cas de figure, de faire l'hypothèse (plus que la démonstration) que les groupes sociaux sont dotés de caractéristiques essentielles, acquises dans leur enfance « phylogénique » (Geertz, 1992 ; cf. section suivante).

La définition de la culture, selon Edward Sapir

« Le mot 'culture' recouvre trois sens ou trois groupes de sens. Il est d'abord employé dans un sens technique par les ethnologues ou par les historiens des cultures, pour rassembler tous les éléments de la vie humaine qui sont transmis par la société, qu'ils soient matériels ou spirituels [...] La seconde acception du mot est plus largement répandue. Elle désigne un idéal assez académique de raffinement individuel, élaboré à partir d'un petit nombre de connaissances et d'expériences assimilées, mais fait surtout d'un ensemble de réactions particulières sanctionnées par une classe et une longue tradition [...] La troisième acception du mot [...] participe de la première acception (l'acception technique) en ce sens qu'il met, lui aussi, l'accent sur les biens spirituels du groupe plutôt que sur ceux de l'individu. Il participe de la deuxième acception dans la mesure où il insiste sur un petit nombre de facteurs prélevés dans l'immense courant de culture dont l'ethnologue a révélé l'existence [...] Nous nous approchons peut-être plus près de la vérité en disant que la conception de la culture que nous cherchons à saisir se propose de comprendre, sous un seul mot, l'ensemble des attitudes, des visions du monde et des traits spécifiques de civilisation qui confèrent à un peuple particulier sa place originale dans l'univers [...] Ne suffit-il pas de savoir que des nations (le mot étant pris hors de son contexte politique) portent l'empreinte, dans leurs pensées et dans leurs actes, d'un certain moule et que la marque de ce moule est plus évidente dans certains éléments de civilisation que dans d'autres ? La culture spécifique d'une nation est le groupe d'éléments qui, dans la civilisation, portent le plus nettement la marque de ce moule »

Edward Sapir, *Anthropologie*, Paris: Éditions de Minuit, 1967, pp. 326-331

Nous avons déjà eu l'occasion de décrire les thèses évolutionnistes. Celles-ci furent battues en brèche dès la fin du XIX^{ème} siècle, entre autre par le fondateur du relativisme culturel, Franz Boas. Le diffusionnisme s'élève également contre ces thèses et tâche de montrer comment des complexes culturels, c'est-à-dire des ensembles d'éléments culturels liés organiquement, disséminés à travers le monde, peuvent avoir des traits communs qui attestent d'origines communes et de contacts au cours de leur diffusion. Des auteurs comme Schmidt, Trimborn et Thurnwald développent ces thèses nouvelles dans le domaine du droit. Pour eux, « il est vain de tenter de rassembler sous une commune théorie les droits des sociétés traditionnelles et modernes, car la différence de degré des savoirs technologiques et des

formes d'organisation sociale est telle que les systèmes culturels sont avant tout divers, et qu'il en va de même pour les ensembles juridiques propres à chacun d'entre eux » (Rouland, 1988 : 63).

Les thèses évolutionnistes ont connu un nouvel essor dans les années 1940. Un auteur comme Stewart retrouve et développe le concept d'« évolution multilinéaire » de Maine. Carneiro, pour sa part, introduit le concept d'« évolution différentielle ». Pour cet auteur, chaque société voit les éléments de son système culturel évoluer à des degrés et selon des rythmes différents ; par ailleurs, l'ensemble des sociétés évoluent selon des rythmes variés. Le néo-évolutionnisme tente également de produire des instruments de mesure de la culture et de ses transformations. Ainsi, Naroll construit-il un *Index du développement social* et Carneiro, un *Index de l'accumulation culturelle*. Différents étalons de mesure sont définis, auxquels le droit appartient, pour aboutir à des résultats quantifiables et représentables graphiquement (*op.cit.* : 66). Hoebel, dont nous aurons l'occasion de parler plus en détails quand il sera question du réalisme américain (ch. IX), est certainement le représentant le plus important du néo-évolutionnisme. Dans *The Law of Primitive Man*, il parle de tendances du droit à passer du simple au complexe. « Mais le sens général de l'évolution est placé sous le signe de l'accroissement des normes juridiques et des procédures contentieuses de règlement des conflits, sans que pour autant les sociétés 'de droit minimal' doivent être considérées comme qualitativement inférieures aux autres. Ainsi, en général, les sociétés les plus primitives, comme celles des chasseurs-cueilleurs, ont peu de droit. Non parce qu'elles seraient plus anarchiques que les civilisées, mais simplement parce qu'elles en ont moins besoin. Leur plus forte homogénéité et le fait que les relations y soient de face-à-face ont pour conséquence que les conflits y sont plus rares, et le droit moins nécessaire. En fait, le droit ne commence réellement à s'élaborer qu'avec le passage à l'agriculture. Les normes juridiques sont plus explicites, plus détaillées et plus nombreuses ; l'organisation de leur sanction passe de la parenté à la société et à ses représentants, le droit public apparaît » (*op.cit.* : 66-67).

La coutume a souvent été présentée comme le condensé de la culture d'une population donnée. Pour Sapir, « [on] se sert du mot coutume pour désigner l'ensemble des modèles de comportement transmis par la tradition et logés dans le groupe, par opposition aux activités personnelles de l'individu qui sont plus contingentes [...] Communément employé en des sens divers par le langage courant, ce mot a servi de base au développement du concept ethnologique de 'culture', plus fin et plus technique » (Sapir, 1967 : 171). La coutume est l'objet par excellence de l'intérêt des anthropologues du droit, parce qu'elle unit en un seul terme le droit et la culture, jusqu'à parfois assimiler le droit à la culture. Telle est la tendance de ceux qui tendent à identifier le droit au contrôle social, à l'image des tenants du pluralisme juridique (*cf.* ch. III). Pour d'autres, tel Sapir, le droit doit être distingué du contrôle social aussi bien que de la coutume : « Il est vain de parler de 'droit', dans le sens vague qu'on lui attribue souvent, à propos des sociétés primitives ; ce mot n'a de sens que lorsque la mise en application de l'activité de coutume est rendue explicite et son contrôle confié à des individus ou des corps constitués » (*op.cit.* : 179).

La culture en est ainsi arrivée à constituer l'impensé de l'anthropologie, plus encore que son unité de base, et le phénomène est redoublé dans le cas de l'anthropologie culturelle du droit qui assimile coutume, droit et culture. Le culturalisme de l'anthropologie n'est, de ce fait, pas daté. Il plonge ses racines dans les origines de la discipline et se poursuit jusqu'à aujourd'hui. Pour Raymond Verdier, fondateur de la revue *Droit et Culture*, le droit s'insère ainsi dans la totalité d'une culture qui le détermine. Le droit, en quelque sorte, n'est que l'émanation et le reflet de la culture, « un système de communication et d'échange de valeurs

instaurant des relations symboliques entre les membres (individus et groupes) d'une même unité politique » (Verdier, 1981 : 8-9).

II.3. L'interprétativisme

C'est avec Clifford Geertz que le culturalisme reçoit, en anthropologie, sa forme la plus sophistiquée et aboutie. Dans ses différents ouvrages et, particulièrement, dans les recueils d'articles et de conférences que sont *The Interpretation of Cultures* et *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Geertz s'attache à élaborer une démarche interprétative des cultures fondée sur quelques postulats de base : l'impossibilité de prendre les objets anthropologiques de front, la valeur heuristique du détour et de la comparaison, le caractère nécessairement contestable de toute interprétation. Sur cette base, il entreprend une exploration de multiples domaines (le sens commun, l'art ou l'idéologie), dans de nombreux contextes (Bali, Java ou Maroc), en procédant à ce qu'il appelle une « description épaisse » (Geertz, 1973) de ces éléments constitutifs, chacun à sa façon, de systèmes culturels.

Le droit appartient à ces systèmes culturels. Geertz consacre un essai entier (« les trois quarts d'un mini-traité », dans *Local Knowledge*, à ce qui relève, pour lui, « [comme] la voile, le jardinage, la politique et la poésie », de « techniques locales [...] [qui] travaillent à la lueur des connaissances locales » (Geertz, 1986 : 207). Il conçoit ainsi le droit comme un code culturel de significations permettant d'interpréter le monde : « le côté 'juridique' des choses n'est pas un ensemble clos de normes, de règles, de principes, de valeurs, ou de quoi que ce soit dont on puisse tirer des réponses juridiques à des événements distillés, mais fait partie d'un mode particulier d'imaginer le réel » (*op.cit.* : 215). Dans ce projet herméneutique, « les mots sont des clés pour comprendre les institutions sociales et les formulations culturelles qui les entourent et leur donnent un sens » (Merry, 1988 : 886). Geertz donne l'exemple des mots *haqq* (arabe), *dharma* (sanskrit) et *adat* (d'origine arabe, passé au malais), qui sont supposés provenir de mondes moraux spécifiques, appartenir à des cycles de « termes définissant non pas des concepts caractéristiques mais une structure d'idée – des sens multiples, impliqués multiples à de multiples niveaux » (Geertz, 1986 : 230) et renvoyer à des sensibilités juridiques distinctes.

Pour ne reprendre que le mot *haqq*, il véhiculerait avec lui, pour Geertz, toutes les significations spécifiques qui sont consubstantielles à quelque chose qui est appelé « droit islamique ». Ce mot, de par sa polysémie (sa racine peut renvoyer à des notions de vérité, de droit, de validité, de réalité), est plus que le droit, c'est « une conception qui ancre une théorie du devoir comme un ensemble de simples assertions, autant de formulations du fait brut, dans une vision de la réalité comme étant dans son essence impérative, structure non d'objets mais de volontés » (*op.cit.* : 233). Et d'ajouter : « Et cette identité du droit et du réel pénètre la sensibilité légale islamique non pas de façon seulement abstraite comme un ton et un mode, mais concrètement comme délibération et procédure. Une décision musulmane ne consiste pas à relier une situation empirique à un principe juridique : ils se présentent déjà unis. Déterminer l'un est déterminer l'autre. Les faits sont normatifs : il n'est pas plus possible pour eux de diverger du bien que pour Dieu de mentir » (*op.cit.* : 235). Ainsi, ce terme de *haqq* – mais il en est d'autres pouvant faire l'objet d'une analyse semblable – est-il le condensé de toute une tradition spécifique, et pas seulement juridique : « Les énergies qui, dans la tradition occidentale, ont été employées à distinguer la loi du fait et à développer les procédures pour les garder d'une contamination mutuelle ont dans la tradition islamique été employées à leur rapprochement, et au développement de procédures pour approfondir la relation » (*op.cit.* : 242).

Dans des situations plures, c'est-à-dire dans des situations où plusieurs systèmes culturels sont décrits comme étant en interaction (quand, par exemple, le droit moderne est communément présenté comme coexistant avec le droit islamique et le droit coutumier), le droit produirait, pour Geertz, un « discours polyglotte » (*op.cit.* : 226). En ce sens, le pluralisme, n'est pour lui que la juxtaposition de plusieurs histoires culturelles et juridiques (*cf.* ch. III). Pour Rosen, un disciple et collègue de Geertz, si une situation juridique peut être pluraliste, c'est cependant toujours l'unité qui caractérise la culture (Rosen, 1999).

Le culturalisme conçoit cependant le droit « pur », celui qui est dégagé des scories de l'« acculturation » (les influences extérieures), en termes fondamentalement holistes, c'est-à-dire en tant que l'une des multiples réverbérations d'un principe explicatif plus large, la culture précisément. Lawrence Rosen décrit ce principe comme « un ensemble d'orientations qui naît de sa réverbération sur de nombreux domaines analytiquement séparables, de sorte qu'il paraît immanent à chacun d'eux » (*op.cit.* : 90). Rosen parle également de « postulats de sens commun sur des éléments caractéristiques qui traversent virtuellement tous les domaines du droit et de la vie – des postulats sur la nature humaine, sur des types particuliers de relations, sur le 'sens' d'actions données » (*ibid.*). Cette unité culturelle n'est toutefois pas déduite de l'observation empirique, mais elle est postulée dès l'origine. C'est comme cela que Rosen opère quand, partant de l'étude ethnographique de la petite ville marocaine de Sefrou, il achève son entreprise par une anthropologie de la justice en islam. Il considère, de plus, que la culture arabo-islamique, dont la culture marocaine est un exemple, peut elle-même être saisie en une « métaphore-clé », une « analogie centrale » : « C'est l'image d'une place de marché (un bazar) s'inscrivant largement dans les relations sociales, un lieu d'accords négociés s'étendant de l'espace du forum public à ces domaines – de la famille, de l'histoire et de la cosmologie – où on ne s'attendrait pas vraiment à les voir opérer » (Rosen, 1989 : 11). Ainsi, les sociétés et les lois les caractérisant seraient pourvues, tout au long de leur histoire, d'éléments caractéristiques identiques et permanents que les incidents de l'histoire ne viendraient que superficiellement égratigner.

L'interprétativisme a fait florès dans les études juridiques, particulièrement celles qui portent sur des sociétés non occidentales. Pour prendre qu'un seul exemple, l'on retrouve sous les entrées « culture juridique chinoise » et « culture juridique islamique » du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deux articles reprenant, implicitement pour le premier, explicitement pour le second, les postulats du culturalisme de Geertz. Alice Erh-Soon Tay écrit ainsi que « [la] Chine n'est pas et n'a jamais été une culture axée sur le Droit. Elle privilégie les relations sociales ainsi que les devoirs qui s'y rattachent au détriment d'une conception abstraite et impersonnelle des lois et des droits » (*in* Arnaud, 1993 : 145). Plus loin, il est souligné que « [l']influence du bouddhisme et du taoïsme sur la mentalité populaire ont [...] renforcé la primauté d'une recherche de l'harmonie, de la sérénité et de la paix intérieure en conformité aux lois de la nature (*La Voie*) sur les manifestations d'une autorité extérieure, avec ses règlements » (*op.cit.* : 146). Les transformations du droit et, en arrière-plan, de toute la culture juridique ne sont dès lors que le reflet d'une réponse opportuniste aux effets de la globalisation et de l'intégration du pays sur la scène internationale. Nous lisons par ailleurs, dans le même dictionnaire et sous la plume de Bernard Botiveau, que « [dans] la culture islamique, la justice renvoie à un équilibre, perpétuellement recherché, entre deux types d'exigences qui ne sont pas contradictoires : celles de l'homme conformément à sa nature et à son écologie, celles de Dieu, rappelées par la révélation pour suppléer aux défaillances éventuelles de l'homme quand il lutte contre sa nature. Le droit est ambivalent : il est tantôt droit de l'homme (*haqq al-adamî*), tantôt droit de Dieu (*haqq-Allah*), relevant dans le premier cas d'un droit civil et dans le second de l'ordre public » (*in* Arnaud, 1993 : 158).

C'est dans le monde anglo-saxon que l'anthropologie du droit a connu son principal essor. Le champ de cette discipline a été profondément marqué par le fonctionnalisme de Malinowski, le réalisme américain et le structuralisme. Face aux problèmes posés par les tentatives de définition du droit et par l'approche relativement statique de la norme, certains auteurs ont promu une méthode fondée sur l'étude de cas pratiques et sur les processus de résolution des conflits.

Le concept de droit fut longtemps tenu en suspicion par les anthropologues. Dans la définition qu'ils en donnaient, le droit était l'apanage des seules sociétés développées. Aujourd'hui, un auteur comme MacCormack prolonge cette idée en affirmant la nécessité de distinguer entre le terme de « droit », qui peut s'appliquer à certaines règles reconnues comme contraignantes dans une société tribale, et celui de « système juridique », tel qu'utilisé par les juristes contemporains (MacCormack, 1979 : 285). Le droit était considéré dans une acception restrictive. Pour Radcliffe-Brown, le droit est « le social contrôle [exercé] au travers de l'application systématique de la force d'une société politiquement organisée » (Radcliffe-Brown, 1933). Dès lors qu'une telle autorité n'existe pas, il n'y a pas de droit. Ainsi, les Nuer n'ont-ils pas de droit, parce que, bien qu'« il existe des compensations conventionnelles pour les préjudices, l'adultère, la perte d'un membre, etc. [...] il n'y a pas d'autorité dotée du pouvoir de juger en ces matières ou de mettre en application une sentence » (Evans-Pritchard, 1940b : 162). Le même Evans-Pritchard est toutefois revenu peu après sur sa position, non pas dans sa définition du droit, mais dans la reconnaissance au Nuer d'« une machinerie pour régler les conflits et [d']une obligation morale de les conclure tôt ou tard » (Evans-Pritchard, 1940a : 278).

Bronislaw Malinowski, dont les travaux sur les îles Trobriand constituent à plus d'un titre une ethnographie pionnière et remarquable, s'oppose à une définition du droit en termes d'« autorité centrale, codes, tribunaux et gendarmes » (Malinowski, 1926 : 14). Il existe un ordre social dans les « sociétés sauvages » en dépit de l'absence de ces éléments. Cet ordre procède d'un droit qu'il faut chercher ailleurs, dans un système de réciprocité, de solidarité, de dénonciation publique et de sanction. Autrement dit, il faut définir le droit de manière minimale, non par la forme qu'il arbore et qui est différente d'un contexte culturel à l'autre, mais par la fonction qu'il exerce : le contrôle social (Malinowski, 1934 : xiii). Des critiques de cette identification du droit au contrôle social ont toutefois également été formulées. Hamnet, par exemple, considère que nombre de sociétés développent des corpus de règles abstraites dotées d'une identité spécifique qu'on ne saurait confondre avec la notion vague de contrôle social (Hamnet, 1977 : 7).

Le débat sur la définition de ce qu'est le droit s'est prolongé sans interruption. Pour Gluckman, le droit est un fait social d'un type particulier, reconnu comme tel par les membres d'un groupe social donné : c'est « un ensemble de règles acceptées par tous les membres normaux de la société qui définit les moyens justes et raisonnables par lesquels les personnes doivent se comporter les uns à l'égard des autres et par rapport aux choses, en ce compris les moyens d'assurer la protection de ses propres droits » (Gluckman, 1955 : 229). Pour contourner l'écueil de la définition du droit, toutefois, une tendance a émergé, au sein de l'anthropologie, visant à davantage se centrer sur les modes de règlement des conflits, ses institutions et procédures. L'étude des cas problématiques (*trouble cases*) a fait l'objet de toute l'attention du réalisme juridique américain (cf. ch. IX). Il s'agit de considérer comment le droit est pratiqué, l'idée étant que le droit se manifeste par un mode de comportement (behaviorisme). Dès lors, pour Hoebel, le propre du droit est d'être lié à l'usage de la

coercition, l'invocation d'une autorité et un élément de régularité et de cohérence (Hoebel, 1972). Une autre tendance, influencée par le marxisme, a consisté à lier le droit à l'essor du capitalisme. La transformation des relations de production s'est accompagnée de bouleversements juridiques profonds, entre autres sous l'effet de l'apparition ou de l'imposition de l'État moderne.

Pour Simon Roberts, si l'anthropologie se distingue du reste des sciences sociales, s'agissant du droit, c'est par l'attention qu'elle prête aux techniques de règlement des litiges, au point de vue des protagonistes d'un litige et aux modes de résolution alternatifs aux institutions judiciaires. Il ne s'agit pas tant de favoriser l'étude des processus de règlement des litiges contre celle des normes elles-mêmes, mais de montrer comment les parties à un litige conçoivent les normes et les négocient au cours du conflit, comment les normes sont énoncées et appliquées, mais aussi négligées ou violées (Roberts, 1979). Dans ce glissement de l'attention anthropologique, c'est le conflit lui-même qui en est arrivé à constituer le centre d'intérêt. Barbara Yngvesson s'est ainsi intéressée à l'histoire du conflit, en ce compris les phases préalables et postérieures à celui-ci, montrant comment il connaît des phases de mise entre parenthèses permettant aux relations sociales de retrouver un cadre normal (Yngvesson, 1976). Des tentatives de typologie du conflit ont été faites, selon qu'il est fait usage de la parole ou non pour sa résolution (Danet, 1980) ou selon qu'il y a intervention d'une tierce partie : évitement et négociation sont des procédures dyadiques ; médiation, arbitrage et jugement sont des procédures triadiques (Koch, 1977).

Une évolution marquante de l'anthropologie du droit tient aussi à ce qu'elle a cessé de ne s'intéresser qu'aux « sociétés sans État » pour s'engager résolument dans l'étude du droit dans les sociétés modernes. L'accès différentiel à la justice (entre autres, Galanter, 1975) et les modes informels de règlement des litiges (Greenhouse, 1986) sont devenus des sujets de préoccupation majeurs. Face à l'engouement pour la justice alternative, plusieurs auteurs ont toutefois fait remarquer que la délégalisation se faisait essentiellement au détriment des couches sociales les plus défavorisées (Abel, 1976 ; Assier-Andrieu, 1996). Parallèlement, de nombreuses études se sont penchées sur les représentations ordinaires de la justice. Sally Merry est connue pour ses travaux sur la conscience juridique dans les milieux populaires (Merry, 1993 ; cf. également Sherwin, 2004). Dans le contexte français, on notera l'approche originale de Luc Boltanski dans *L'Amour et la justice comme compétence* (Boltanski, 1990). Ainsi, comme le fait remarquer Freeman, « là où il fut un temps où la focale était externe (un bon exemple est la façon dont Gluckman utilisait le concept d'« homme raisonnable » dans la société Barotse), l'anthropologie juridique porte son attention aujourd'hui sur les façons locales de comprendre le droit et la pratique juridique de l'intérieur (*insider*) » (Freeman, 2001 : 919). Notons le glissement du concept de culture dans l'anthropologie des sociétés modernes qui, alors qu'il visait précédemment les sociétés indigènes prises dans leur entièreté, en est venu à couvrir des segments sociaux des sociétés modernes (classes sociales, classes d'âge, classes professionnelles).

Chapitre III: Les pluralismes juridiques

Le pluralisme juridique constitue un courant qui, non seulement traverse tout le XX^{ème} siècle, mais aujourd'hui encore prédomine. Loin d'être homogène, il s'exprime de diverses manières. Certaines, de nature plutôt anthropologique, se révèlent articulées autour de la notion de culture et à la contestation de l'emprise de l'État. D'autres, plus liées à la sociologie critique, engagent le droit dans une réflexion postmoderne. Là où les nombreuses théories plus anciennes forment un assemblage hétéroclite de tendances multiples et indépendantes l'une de l'autre, qui ne partagent qu'une même conception de la nature pluraliste et non centralisée du droit, les années 1970 et 1980 ont tout au contraire vu éclore une tentative plus homogène de traiter le droit dans une perspective sociologique déniait à l'État son monopole et même son contrôle de la production du droit.

III.1. Contrôle social et droit vivant

S'appuyant sur l'héritage de Durkheim, Marcel Mauss a formulé l'idée selon laquelle, dans une même société, il peut y avoir plusieurs systèmes juridiques qui interagissent, mais il n'a pas plus élaboré cette intuition. Bronislaw Malinowski a, pour sa part, comme nous l'avons vu, assimilé le droit au contrôle social. Dès lors que le droit ne doit plus être défini par sa forme, mais bien par sa fonction (Malinowski, 1934 : xiii), on peut observer qu'en dépit de l'existence de nombreuses sociétés dépourvues d'une autorité centralisée imposant *le* droit, il n'est pas de société sans règles ressenties et considérées comme les obligations des uns et les droits des autres (Malinowski, 1926 : 55). Si les normes juridiques sont des normes tirées de schèmes de comportement et si le mécanisme du droit est identique aux relations sociales, le droit est alors aussi plural que ne peut l'être la vie sociale.

C'est toutefois avec Eugene Ehrlich que le concept de pluralisme juridique connaît son premier essor. Ce sociologue autrichien a développé une théorie du « droit vivant » en réaction à l'idéologie d'un droit exclusivement articulé autour de l'État. Considérant que le droit est principalement indépendant de l'État, Ehrlich propose d'adopter une « conception scientifique du droit » qui s'attache aux règles de comportement. Conformément à cette conception, il développe une thèse en vertu de laquelle « ce n'est pas un élément essentiel du concept de droit que d'être créé par l'État, pas plus que cela ne constitue la base des décisions des tribunaux et autres juridictions, ni d'ailleurs que ce soit la base d'une force de contrainte juridique qui ferait suite à pareilles décisions » (Ehrlich, 1936 : 24). Pour Ehrlich, le droit est donc fondamentalement une question d'ordre social, que l'on trouve partout, « qui ordonnance et maintient toute association humaine » (*op.cit.* : 25). La source réelle du droit ne réside pas dans les législations, mais dans les activités de la société elle-même. Il y a, sous les règles formelles du système juridique, ce qu'il appelle un « droit vivant », un « centre de gravité juridique » qui se situe dans la société elle-même. Si la société est hétérogène ou plurale, le droit l'est aussi, par la force des choses. Le danger peut venir d'un droit imposé indépendamment de ces réalités sociales. C'est pourquoi Ehrlich appelle les juristes à toujours être attentifs aux fondements sociaux des règles juridiques dont ils assurent la mise en œuvre.

L'on peut également trouver des prémices du pluralisme juridique chez les réalistes américains (*cf.* ch. IX), qui se sont intéressés au développement complexe des systèmes juridiques, bien qu'ils n'aient jamais utilisés le terme de « pluralisme ». Llewellyn et Hoebel, par exemple, ont souligné le fait que la normativité dépend du type d'unité sociale dans laquelle les relations sociales des gens se trouvent enserrées (Llewellyn & Hoebel, 1941).

La contribution de l'école juridique néerlandaise des Adat est capitale, s'agissant de la version anthropologique du pluralisme juridique à tout le moins. Dès 1901, Van Vollenhoven

formulait l'idée que les différents sous-groupes composant les sociétés étaient producteurs de leur propre droit (Van Vollenhoven, 1918, 1931, 1933). Toute une série de chercheurs néerlandais ont poursuivi dans la direction originale qu'avait ouverte Van Vollenhoven et ont collecté et décrit ainsi un nombre volumineux de pratiques juridiques – *adat* est un mot d'origine arabe qui signifie, en Indonésie, les pratiques locales, en opposition au droit étatique et au droit islamique – dans les domaines de l'héritage, du mariage, du droit foncier, etc. Après l'indépendance, le travail de ces auteurs fut repris par des chercheurs indonésiens qui prolongèrent l'intérêt pour les coutumes locales, en l'associant à des entreprises de renaissance nationale et de recherche de l'authenticité précoloniale (Koesnoe, 1971).

III.2. Les multiples niveaux du droit

La théorie de Gurvitch mérite une attention particulière, du point de vue du pluralisme juridique. Dans deux de ses livres majeurs, *L'Idée du droit social* (Gurvitch, 1932) et *L'Expérience juridique et la philosophie du droit* (Gurvitch, 1935), il développe une approche du droit indubitablement pluraliste. Selon Gurvitch, il n'y a historiquement aucun principe unitaire fondamental en droit. Le centralisme étatique n'est que l'aboutissement de conditions historiques et politiques particulières. Il existe, pour Gurvitch, trois types de droit, qui sont hiérarchisés de manière différente dans chaque société : le *droit étatique* (qui prétend monopoliser les activités juridiques), le *droit interindividuel et intergroupe* (qui met en relation des individus ou des groupes qui échangent) et le *droit social* (qui met ensemble les individus pour constituer une entité collective). Ce dernier droit n'est clairement pas étatique, dès lors qu'il correspond à la multiplicité des systèmes juridiques que la société génère. Gurvitch établit aussi une distinction importante entre la pluralité des sources du droit et le pluralisme juridique. On notera que la théorie de Gurvitch n'a pas survécu à la postérité, ce qui peut être attribué à différentes raisons, au nombre desquelles, d'une part, l'usage d'un langage vague, fantasque, complexe et abstrait et, de l'autre, le fait que « son concept de 'droit social' défiait et perturbait la notion traditionnelle des juristes d'un droit fondé sur une idéologie étato-centrée » (Banakar, 2000).

Il convient de mentionner la conception du pluralisme juridique de Leopold Pospisil. Pour cet auteur, il existe plusieurs, dans toute société, « niveaux juridiques », du fait qu'une société n'est jamais une entité parfaitement intégrée. Les structures sociales sont complexes. Il y a dès lors autant de systèmes juridiques qu'il y a de sous-groupes sociaux. Ces systèmes sont organisés de manière segmentaire à différents niveaux d'inclusion, chaque niveau étant fait de la somme des systèmes juridiques de sous-groupes de même type et présentant le même degré d'intégration.

Les niveaux juridiques, selon Leopold Pospisil

« La société, qu'il s'agisse d'une tribu ou d'une nation 'moderne', n'est pas un amalgame indifférencié de gens. C'est plutôt une mosaïque ordonnée de sous-groupes, appartenant à certains types, généralement bien définis (ou définissables), avec différents [modes] d'appartenance, [formes] de composition et degrés d'intégration. Chaque sous-groupe doit son existence, dans une large mesure, à un système juridique qui lui appartient en propre et qui régule le comportement de ses membres ».

Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971

III.3. Le nouveau pluralisme juridique

Cette expression de « nouveau pluralisme juridique », empruntée à Sally Engle Merry (Merry, 1988) vise à décrire l'émergence d'une notion de pluralisme juridique propre aux sociétés sans passé colonial. Il s'agissait, pour parvenir à utiliser la notion dans ces contextes, de rejeter l'idéologie du centralisme juridique en tant qu'unique forme d'ordonnement.

Ce nouveau pluralisme trouve son expression la plus radicale chez John Griffiths. Dans un article très fréquemment cité (« What Is Legal Pluralism? »), l'auteur commence par identifier son ennemi principal, le centralisme juridique, à savoir ce droit qui forme « un ordonnement hiérarchique exclusif, systématique et unifié de propositions normatives qui peuvent être considérées de haut en bas, en tant qu'elles procèdent d'une autorité souveraine (Bodin, 1576 ; Hobbes, 1651 ; Austin, 1832) ou de bas en haut, en tant qu'elles font dériver leur validité de niveaux de normes toujours plus généraux jusqu'à aboutir à une ou plusieurs normes ultimes (Kelsen, 1946 ; Hart, 1961) » (Griffiths, 1986 : 3). En affirmant que le centralisme juridique est une idéologie, Griffiths accuse de nombreux chercheurs en sciences sociales d'avoir confondu un point de vue normatif et un point de vue descriptif. Selon lui, le droit n'existe pas là où les hérauts du centralisme juridique ont prétendu qu'il se trouvait : le centralisme juridique est un mythe, alors que le pluralisme juridique est un fait. L'auteur procède ensuite à une distinction entre ce qu'il appelle les versions faibles et fortes du pluralisme juridique. Les premières renvoient à des systèmes juridiques dans lesquels l'autorité souveraine dirige, entérine ou reconnaît différents corpus de lois pour différents groupes de la population. Cette version faible est, en réalité, une version faible du centralisme juridique, dans la mesure où elle donne à l'État central le pouvoir ultime de reconnaître ou de refuser l'existence de ces différents corpus de lois. D'un autre côté, la définition forte est celle qui, selon Griffiths, est directement concernée par l'état empirique des choses, non par la seule idéologie. C'est à l'aune de cette distinction entre versions faibles et fortes que Griffiths peut évaluer les théories existantes du pluralisme juridique. Il critique ainsi les contributions de Gilissen et Vanderlinden à l'ouvrage *Le Pluralisme juridique* (Gilissen, 1972 ; Vanderlinden, 1972), à qui il reproche d'être restés au niveau de « la typification, l'explication et la justification de la non-uniformité à l'intérieur des systèmes juridiques étatiques » (Griffiths, 1986 : 14). À l'inverse, les anthropologues n'ont aucun problème à trouver du pluralisme juridique au sens empirique fort. Griffiths passe en revue les travaux d'Ehrlich et de Pospisil (*cf. supra*), ainsi que ceux de Smith et de Moore (*cf. infra*). Griffiths conclut en donnant sa définition du droit et du pluralisme juridique. Le droit est l'autorégulation de tout champ social – le droit n'est donc rien d'autre que le contrôle social –, tandis que le pluralisme juridique correspond à l'organisation sociale de la société.

Sally Falk Moore occupe une place préminente chez les tenants du pluralisme juridique pour avoir identifié le lieu adéquat sur lequel la recherche sociojuridique doit porter. L'auteur américain affirme que la structure sociale est faite de nombreux « champs sociaux partiellement autonomes » (*semi-autonomous social field* ; SASF). La définition et les frontières d'un SASF ne sont pas données par son organisation, mais par « une caractéristique processuelle, le fait qu'il puisse générer des règles et forcer ou induire leur observance » (Moore, 1978 : 57). Trois propriétés du concept de Moore peuvent expliquer l'appel qu'il a exercé : tout d'abord, Moore présente ces champs comme l'unité fondamentale de contrôle social, qui est directement liée aux normes behavioristes de conduite ; deuxièmement, tout individu peut appartenir simultanément à plusieurs champs sociaux, ce qui permet de rendre compte de la complexité sociale (le SASF « peut générer des règles, des coutumes et des symboles de l'intérieur, mais [...] il est également vulnérable aux règles, décisions et autres forces émanant du monde extérieur qui l'entoure. Le champ social partiellement autonome a des capacités de création de règles et les moyens d'induire ou de forcer leur observance ; mais il est placé simultanément dans une matrice sociale plus large qui peut l'affecter et pénétrer

(et le fait), parfois à l'invitation de la personne qui l'habite, parfois de son propre chef» (Moore, 1973 : 720) ; enfin, troisièmement, un champ social est autonome, c'est-à-dire qu'il peut résister à la pénétration de normes extérieures, mais il ne l'est jamais totalement, sa capacité de résistance étant fonction du degré d'indépendance de ses membres à son égard et à l'égard de sa force de résistance face aux normes émanant d'autres champs. Notons que Moore elle-même n'utilise toutefois jamais le terme « droit » pour décrire les règles et les normes qui sont générées par les SASF.

Jacques Vanderlinden qui, comme on l'a vu, a été l'une des principales cibles de Griffiths, a profondément transformé sa conception initiale du pluralisme juridique (Vanderlinden, 1989). Il cherche entre autres à identifier les raisons pouvant pousser les juristes à adhérer à une certaine conception du pluralisme juridique. Il réagit tout d'abord contre une façon continentale et civiliste de considérer le droit. Contre la théorie juridique, qui n'a de la règle qu'une conception très restrictive, Vanderlinden engage à prendre en considération les pratiques normatives. Deuxièmement, il considère le droit comme un système de régulation parmi d'autres (la politesse, la morale, la mode, les bonnes manières, etc.), qui n'en est pas moins distinct du fait de son ambition hégémonique. Cela signifie que, contrairement à Griffiths, Vanderlinden ne nie pas la spécificité du droit étatique et ne l'assimile pas au simple contrôle social. Troisièmement, il affirme que la société est, en tant que telle, plurale, ce qui signifie que les ordonnancements normatifs pluralistes ne peuvent pas être évalués à l'aune d'une conception sociale moniste. Enfin, Vanderlinden se fait l'avocat d'une approche du phénomène du pluralisme juridique dans la perspective des pratiques normatives d'individus engagés dans des réseaux sociaux et choisissant personnellement les instances normatives de leur convenance. Paradoxalement, Vanderlinden conclut en affirmant que les individus, parce qu'ils appartiennent à plusieurs réseaux sociaux, sont soumis à différents systèmes juridiques, alors qu'il prétendait au début de sa démonstration qu'il existe bien quelque chose de spécifique appelé droit (Vanderlinden, 1993).

En somme, pour des tenants du nouveau pluralisme juridique comme Vanderlinden, la pluralité des droits procède du fossé qui se creuse entre les pratiques juridiques et les dispositions juridiques textuelles. Toutefois, comme le fait remarquer Evelyne Serverin, « [au lieu de voir dans ces pratiques la marque malheureuse de l'ineffectivité du droit, il conviendrait [pour ces auteurs] d'y lire la manifestation positive de leur conformité à d'autres ordres juridiques » (Serverin, 2000 : 65). Pour certains d'entre eux, ces ordres juridiques alternatifs sont totalement indépendants du droit étatique, tandis que, pour d'autres, l'État demeure le centre de gravité de ces pratiques. Ils sont toutefois tous d'accord pour mettre en cause la légitimité du droit étatique. André-Jean Arnaud s'intéresse ainsi, sur la base d'une distinction entre droit imposé et droit vécu aux « multiples ordres juridiques spontanés » (Arnaud, 1998 : 81). Jean-Guy Belley, pour sa part, identifie des situations de conjonction plutôt que de concurrence de normativités (Belley, 1998). Jean-François Perrin parle, quant à lui, de « légalités parallèles ou concurrentes » (Perrin, 1997 : 36). C'est aujourd'hui le thème classique des modes alternatifs de résolution des conflits qui semble retenir l'attention du pluralisme juridique, dans son contexte francophone à tout le moins : « Les juristes, qu'ils se déclarent sociologues ou anthropologues du droit, s'associent dans une même perspective de reconnaissance d'une justice non institutionnelle, délivrée par des tiers non professionnels » (Serverin, 2000 : 68). Cet intérêt trouve ses racines dans le réalisme américain (*trouble case method* ; Llewellyn & Hoebel, 1941) et dans la tradition d'étude des processus conflictuels (*disputing process* ; Nader & Todd, 1978 ; Roberts, 1979 ; Comaroff & Roberts, 1981).

III.4. Polycentricité, interlégalité et systèmes juridiques multiples

Avec l'émergence de la postmodernité, la recherche s'est engagée dans une nouvelle définition du pluralisme juridique. C'est à Boaventura de Sousa Santos qu'il revient d'avoir formulé une conception postmoderne du droit en termes de pluralisme juridique et d'interlégimité, « englobant les constructions sociales des ordres normatifs que l'expérience humaine de ceux-ci » (Guevara-Gil & Thome, 1992 : 87). Le pluralisme est un concept-clé du postmodernisme. Il n'est donc pas étonnant que le pluralisme juridique occupe une place centrale dans la théorie du droit de Sousa Santos. Mais ce n'est « pas le pluralisme juridique de l'anthropologie du droit classique, dans laquelle les différents ordres juridiques sont conçus comme des entités séparées qui coexistent dans le même espace politique, mais plutôt l'idée d'espaces juridiques différents superposés, interpénétrés et mélangés dans nos esprits autant que dans nos actions juridiques » (Santos, 1989 : 297-298). Ces différents réseaux d'ordres juridiques sont poreux et la vie des gens est faite « d'une intersection d'ordres juridiques différents, c'est-à-dire d'interlégimité » (*op.cit.* : 298). Pour se repérer dans ces contextes juridiquement pluraux, les gens ont besoin d'un « nouveau sens juridique commun » leur permettant de rencontrer le droit d'une manière intelligible pour celui qui n'y est pas formé. Etablissant une comparaison avec la carte géographique, Santos s'attache à décrire comment ce « monde juridique polycentrique » représente et transforme la réalité par le moyen d'une gamme de conventions. Tels sont les moyens méthodologiques et théoriques d'appréhension des réalités juridiques et de leurs modes de construction, de mise en œuvre et d'expérience, « à l'intérieur et au-delà du niveau intra-étatique de réalités juridiques conflictuelles » (Guevara-Gil & Thome, 1992 : 91). Santos reconnaît qu'une telle définition recouvre une grande variété d'ordres juridiques. Il existe toutefois, selon lui, « six agglomérats de relations sociales » qui, dans les sociétés capitalistes modernes, qui coexistent et se recouvrent partiellement : le droit domestique (les normes et règlements de litige propres relations sociales familiales), le droit de la production (résultant des relations de travail), le droit de l'échange (relatif aux relations marchandes), le droit communautaire (résultant des identités de groupe), le droit étatique et le droit systémique (« la forme juridique du monde/marché (*worldplace*) ») (Santos, 1995 : 429).

Le concept de polycentricité a été également développé, mais dans un sens relativement différent, par une école de chercheurs de pays nordiques. Il renvoie ici à une catégorie de situations de pluralisme juridique qui sont décrites comme des sources de droit dans différents secteurs de l'administration étatique. L'hypothèse principale est que les différentes autorités utilisent fréquemment des sources de droit différentes et que, même quand elles utilisent les mêmes sources, elles suivent des ordres de priorité. L'intention sous-jacente au développement de cette conception de la polycentricité est de compléter « le tableau de Sally Falk Moore sur les champs sociaux partiellement autonomes à l'intérieur de l'appareil étatique » (Bentzon, 1992).

Sans en utiliser le terme, la théorie systémique s'est également intéressée à la polycentricité juridique. Nous aborderons la théorie systémique et l'autopoïèse juridique dans un chapitre ultérieur (ch. X). Seule l'approche du pluralisme juridique développée par Teubner nous intéresse pour l'heure. Teubner reproche à l'approche classique du pluralisme juridique d'avoir échoué à définir adéquatement le droit. Ceci procède, pour lui, de deux défauts principaux : l'incapacité à distinguer correctement le droit des autres formes de normativité ; l'attribution au droit d'une seule fonction, alors que les fonctions du droit sont multiples. Dès lors, le pluralisme juridique doit être défini, « non plus comme un ensemble de normes sociales conflictuelles dans un champ social donné, mais comme une multiplicité de processus communicationnels divers qui considèrent l'action sociale selon le code binaire légal/illégal » (Teubner, 1992b : 14). Ce code binaire est élevé au rang de facteur discriminant et permet d'exclure tous « les calculs purement économiques » et « les effets bruts du pouvoir,

les normes simplement conventionnelles ou morales, les schémas transactionnels ou les routines organisationnelles » (*ibid.*). Le pluralisme vient de ce que ce code binaire n'est pas propre au droit étatique, mais révèle tout au contraire une variété de discours juridiques différents. Dans ce contexte, le droit peut avoir des fonctions multiples, au titre desquelles « le contrôle social, la régulation des conflits, la réaffirmation des attentes, la régulation sociale, la coordination des comportements, la disciplinarisation des corps et des âmes » (*op.cit.* : 15).

III.5. Le combat contre le droit d'inspiration occidentale

La théorie de Massaji Chiba des droits non officiels se situe à l'écart des différentes orientations du pluralisme juridique décrites précédemment. L'effort principal de cet auteur japonais consiste « moins à développer ou clarifier la définition du pluralisme juridique qu'à développer ou clarifier les caractéristiques de certaines situations de pluralisme juridique » (Woodman, 1999). Plutôt que de simplement opposer le droit de l'État et le droit des individus, Chiba identifie plusieurs niveaux juridiques : droit officiel (« le système juridique autorisé par l'autorité légitime d'un pays »), droit non officiel (« le système juridique qui n'est pas officiellement autorisé par les autorités officielles, mais est autorisé en pratique par le consensus général d'un certain cercle d'individus » et exerce une certaine influence sur l'effectivité du droit officiel) et postulats juridiques (« le système de valeurs et d'idéaux qui ont une pertinence spécifiques pour le droit officiel aussi bien que non officiel dans la fondation et l'orientation de ce dernier ») (Chiba, 1987 : 173). Ces trois niveaux ne sont pas organisés selon une hiérarchie rigide et permanente, mais différent d'une société à l'autre. Ainsi, par exemple, les sociétés orientales seraient caractérisées par leur dépendance à l'égard du droit non officiel, tandis que les sociétés occidentales seraient principalement étato-centrées. Outre ces niveaux juridiques, Chiba identifie trois dichotomies du droit : droit officiel et droit non officiel ; règles juridiques et postulats juridiques ; droit indigène et droit transplanté (*op.cit.* : 177-179). C'est dans la combinaison de ces différents niveaux et dichotomies que le droit de chaque pays peut être analysé spécifiquement. Ce schéma analytique permet, selon Chiba, de « faire progresser les sciences sociales du droit non occidental pour ce qui est du prétendu fossé culturel et du pluralisme juridique » (Chiba, 1993 : 13).

Conclusion de la Première partie : L'aporie culturaliste

Cette première partie a traité de conceptions du droit qui avaient en commun de concevoir celui-ci comme le reflet de la culture propre à chaque société. En conclusion de cette partie, il convient de revenir sur les prémices épistémologiques qui sous-tendent cette approche culturaliste de la société et du droit. L'on peut en identifier au moins quatre : la réification de la culture et du droit, qui conduit à buter sur une impasse définitionnelle ; l'attribution de propriétés essentielles à chaque culture et au droit qui en procède, avec pour conséquence un problème d'incommensurabilité des cultures entre elles et donc d'impossibilité de traduction ; une conception déterministe des mutations des cultures et de leur droit, qui attribue à ce dernier une fonction trouvant ses équivalents d'une culture à l'autre et d'une époque à l'autre ; un relativisme culturel qui mène à assimiler le droit à toute forme de contrôle social et, ce faisant, à dissoudre totalement le phénomène juridique. Bien sûr, ces prémices ne sont pas intégralement partagées par tous les auteurs étudiés dans cette partie. Elles peuvent même avoir été en partie dénoncées et combattues. Il n'en reste pas moins que, sous une forme ou sous une autre, elles semblent traverser la perspective qui tient le droit pour le miroir de la société.

La confusion du contrôle social et du droit est particulièrement problématique. « Appeler du nom de droit toutes les formes de régulation qui ne sont pas du droit étatique obscurcit l'analyse » (Merry, 1988 : 878). Le problème vient de ce qu'on confond concepts descriptifs et non descriptifs. Le droit appartient à ces derniers, au sens du moins qu'il n'a jamais été constitué en un instrument heuristique des sciences sociales. Quand ils font du droit le synonyme de la norme sociale, les auteurs génèrent une ambiguïté, dans la mesure où ils utilisent un mot qui a une signification de sens commun pour réaliser une tâche analytique qui va à l'encontre de ce sens. Autrement dit, on peut se poser la question de l'utilité analytique de l'usage du mot « droit » pour décrire ce que le sens commun n'associerait jamais au droit (comme les bonnes manières, par exemple), surtout si ce prétendu concept n'est porteur d'aucune particularité qui le distinguerait d'autres termes moins connotés (comme la norme) ou serait au contraire le porteur « clandestin » des traits propres de ce à quoi il s'oppose. En fait, ce qui se niche dans cette confusion, c'est la dissolution du droit en tant qu'objet d'intérêt spécifique pour les sciences sociales. Le problème procède sans doute de la crainte que d'aucuns ont éprouvée qu'en ne conférant le label de droit qu'à un type de système normatif spécifique, on en arrive à renvoyer les sociétés sans droit (ou sans ce droit) à une condition pré-moderne, voire inférieure. Il n'y a toutefois aucune raison, à moins d'adopter une perspective évolutionniste faisant du droit d'un lieu et d'un moment donné, l'aboutissement de la courbe du progrès, de considérer que le droit soit une vertu et son existence, l'indice d'un statut supérieur.

Le contrôle social et le droit sont deux choses différentes : « Les normes vécues sont qualitativement différentes des normes reconnues et appliquées par les institutions du droit, parce que celui-ci implique la 'positivisation' des normes : les normes deviennent des normes 'juridiques' quand elles sont reconnues comme telles par les acteurs du droit » (Tamanaha, 1993 : 208). Cette affirmation est parfaitement fondée, bien que la ligne de partage ne courre pas tant entre normes vécues et normes positivées qu'entre le droit, tel que les gens (quels qu'ils soient) le reconnaissent et s'y réfèrent, et les autres ordres moraux et normatifs, tels que les gens (quels qu'ils soient) les reconnaissent et s'y réfèrent. Autrement dit, le droit n'est pas un concept analytique, mais seulement ce que les gens disent être du droit, avec l'avantage que ce type de position permet de dénier la pertinence d'une question qu'une centaine d'années d'anthropologie et de sociologie du droit n'a pu résoudre, à savoir la question des frontières de la juridicité. L'existence du droit n'est manifestée que par son auto-affirmation

ou, plus exactement, par le fait que les gens l'identifient comme tel. Cela n'empêche nullement d'étudier la normativité en général, mais cela ne devrait pas se faire sous le chapeau d'une anthropologie du « droit ».

Un des écueils auxquels se heurte le culturalisme vient donc de sa tendance à réifier les sociétés et leurs caractéristiques, c'est-à-dire leur culture, et partant à donner à leur droit une nature fonctionnelle, homogène, figée et holiste. D'une part, le culturalisme juridique trouve un relais puissant dans le fonctionnalisme. Ce n'est, en effet, qu'à la condition d'attribuer à des institutions autrement incommensurables une équivalence fonctionnelle qu'il est possible d'affirmer à la fois l'hétérogénéité des cultures, l'appartenance de ces cultures à une commune humanité et le privilège de l'analyste qui est doté de la science lui permettant d'accéder à ces cultures, de les traduire les unes aux autres et de se faire la conscience d'un humanisme universaliste. D'autre part – et souvent avec les meilleures intentions du monde –, les chercheurs ont forgé des concepts tels que « droit populaire », « droit indigène », « droit autochtone », « droit importé », « droit transplanté », « droit officiel », « droit étatique », « droit officieux », « droit primitif », etc. Outre les problèmes de définition du terme « droit » que ces termes comportent, ils ont surtout tendance à présumer l'existence de quelque chose qui serait un « vrai » droit, reflet d'une société « authentique » dont les principaux caractères culturels seraient traduits en règles de conduite. Ce type d'interprétation « nativiste » offre un tableau très naïf du droit qui est loin d'être soutenu par une base empirique substantielle. Le soi-disant droit « indigène » ou « autochtone » n'a souvent jamais existé que dans les têtes de ces chercheurs, en dépit du fait qu'il a été élevé au rang d'étalon de mesure du degré d'« acculturation » juridique. La conception du droit en termes fondamentalement holistes, c'est-à-dire en tant que le droit serait l'une des multiples réverbérations d'un principe explicatif plus large, à savoir la culture, est dotée d'un fort arrière-goût d'essentialisme génétique, en vertu duquel les sociétés et les lois les caractérisant seraient pourvues, tout au long de leur histoire, de caractéristiques permanentes que les incidents de l'histoire ne viendraient que superficiellement égratigner. De ce fait, l'interrogation culturaliste porte davantage sur la question métaphysique du « pourquoi » que sur la question ontologique du « comment », alors même que prêter attention à la deuxième question leur permettrait de remarquer que le droit n'est ni nécessairement ni intégralement partie de la culture et que la culture n'est pas un ensemble de postulats permanents et préexistants, mais quelque chose de continuellement produit, reproduit, négocié, quelque chose vers quoi les membres de n'importe quel groupe social s'orientent ponctuellement et contextuellement.

À vrai dire, la culture n'est qu'une des multiples composantes du contexte, toujours singulier, jamais uniforme, dans lequel se déploient les pratiques du droit. Supposer que cette composante culturelle est primordiale fait courir le risque de ne pas prêter suffisamment d'attention aux autres composantes possibles, toutes choses vers lesquelles les membres d'un environnement judiciaire, par exemple, s'orientent pourtant de manière pratique dans le cours de leurs actions. Cela fait aussi planer le danger de surestimer l'impact de la culture, à quoi s'ajoute le fait que le culturalisme a pour corollaire la non-traductibilité. Ainsi, tel concept formulé en arabe ne pourrait être adéquatement perçu en français, parce que son essence ne serait accessible que dans sa langue de formulation originelle. C'est ce qu'on appelé le « bouclage culturaliste », qui procède d'un double phénomène : l'extrapolation abusive à partir d'un savoir spécifique ; l'aporie de la spécialisation locale et historique. Par extrapolation abusive, on entend la tendance à considérer que la connaissance d'un terme propre à une culture permet de disserter, en général, de tout ce qui est prédicativement attribué à cette culture, tandis que, par aporie de la spécialisation, on entend la tendance qui consiste à n'expliquer le local que par le local et l'actuel par l'historique. Il s'agit d'une aporie parce qu'elle refuse la pertinence de l'extériorité pour décrire un phénomène social et réduit donc la

démarche scientifique à la paraphrase éventuellement savante de la narration des cultures. Il faut, cependant, constater que cette paraphrase, dans sa conception comme dans sa performance, se situe radicalement en dehors de ce qu'elle décrit. La réduction des termes courant du lexique à leur étymologie est un exemple du premier volet de l'aporie. C'est ainsi qu'il ne serait plus possible de parler de droit, dans le contexte de sociétés arabo-musulmanes, mais qu'il faudrait exclusivement se référer aux termes de *charia*, de *fiqh* et de *qanun*, qui seuls permettraient de rendre compte de la nature incommensurable du phénomène « chariatique ». Le deuxième volet de l'aporie tient à ce que même le commentateur arabe de la *charia* est en position d'extériorité, comme tout commentateur l'est par rapport à ce qu'il commente. L'aporie consiste donc à promouvoir l'intégration à la chose dont on parle, alors que la volonté d'en parler implique de lui être extérieur. Notons en outre que, pour affirmer qu'il convient de parler de *charia*, de *fiqh* ou de *qanun* plutôt que de droit, il faut encore pouvoir disposer d'équivalences lexicales entre ces termes, c'est-à-dire reconnaître qu'ils sont commensurables.

Nous considérons, au contraire, que tout phénomène, quel que soit le langage de son expression, reste toujours traduisible dans une autre langue et accessible à l'observation et à la description. Autrement dit, il n'est pas de culture inaccessible à l'entendement humain. D'une certaine manière, dire d'une culture, entre autre juridique, qu'elle est ineffable revient à renvoyer l'humanité dans la transcendance et à se refuser les moyens de l'observer. Cela suppose, toutefois, « plutôt que de prétendre lire par dessus l'épaule d'un autochtone imaginaire un texte achevé dans une forme culturellement standardisée, [de suivre] ligne après ligne la production continue d'un discours autochtone réel » (Moerman, 1987 : 5). Si certaines spécificités en viennent à devoir être attribuées à un contexte culturel, elles ne devraient pour autant pas être considérées comme intraduisibles. Parce que notre entendement est irréductiblement humain, mondain, et que toute volonté de s'en abstraire est vouée à l'échec, les phénomènes sociaux, quel que soit le langage de leur expression, restent toujours traduisibles dans une autre langue et accessibles à l'observation et à la description. Bien loin d'être inaccessibles, « leurs significations peuvent être connues et sont naturellement connues : elles sont gouvernées par des conventions grammaticales qui peuvent être déterminées et font partie de l'équipement conceptuel de l'espèce humaine, en dépit de la distribution empirique différenciée de leur usage effectif et des différents types de jeux de langage dont elles font l'objet dans différentes cultures » (Coulter, 1989 : 101).

Deuxième partie

Droit et société

L'étude sociologique du droit plonge ses racines dans la période fondatrice des sciences sociales, au XIX^{ème} siècle, où l'on retrouve, chez Durkheim entre autres, une interrogation sur la nature et les fonctions du droit, dans le paysage de l'organisation normative de la société. L'héritage durkheimien se prolonge, en France à tout le moins, jusque dans le développement d'une science ancillaire du droit, la juristique, et l'intérêt pour une sociologie politique du droit. Dans le contexte anglo-saxon, on observe le développement d'un intérêt très fort pour l'étude critique du droit en tant qu'instrument d'ingénierie sociale, qui débouche sur le courant *Law & Society* aujourd'hui dominant. Toujours dans une tradition critique, issue en bonne partie de l'héritage de Marx, du structuralisme et, plus tard, de Michel Foucault, l'étude sociologique du droit s'est également engagée dans l'examen des rapports du droit avec la modernité, la démocratie et les rapports de domination dans le contexte des sociétés occidentales.

Chapitre IV: Les paradigmes multiples de la sociologie du droit de tradition française

En France, les rapports du droit et de la sociologie se sont toujours révélés malaisés. Cela procède sans doute, en premier lieu, d'une triple attitude : la volonté politique de cantonner les juristes dans un rôle de simple application de la loi ; la volonté de la corporation des juristes d'asseoir son autonomie en forgeant un savoir qui lui soit exclusif ; la volonté des sciences sociales émergentes de rompre tout lien avec la matrice académique de la philosophie et du droit, ne serait-ce que pour éviter l'interférence des taxinomies. L'autonomisation de la sphère juridique est parfaitement illustrée par le triomphe de l'École de l'exégèse, qui pratique un strict positivisme fondé sur l'interprétation littérale de la volonté du législateur. Cette démarche interdit naturellement toute interrogation critique sur le processus de production du droit, qu'il soit social, économique ou politique. À ceci s'ajoute le sentiment d'autosuffisance de la dogmatique juridique, qui débouche sur l'idée que le savoir juridique est un savoir objectif et total, qui condense tout le savoir sur la société, qu'il est la science sociale par excellence. Le droit est une taxinomie normative du social. Quand celle-ci prétend ne faire que traduire le social, elle entre nécessairement en conflit avec les autres taxinomies, qui s'affirment quant à elles dénuées de toute dimension normative. Cette autonomisation de la sphère juridique est toutefois remise en cause par l'émergence des sciences sociales et leur traduction dans les sciences du droit (écoles historique et comparatiste). La réaction juridique traditionaliste consiste alors à qualifier ces nouvelles disciplines de 'scientistes'. Celles-ci n'en exercent pas moins une forte influence sur l'appréhension du droit, comme en témoigne l'école durkheimienne et son impact sur des juristes comme Duguit.

IV.1. Cohésion et régulation sociale : le droit chez Durkheim

Émile Durkheim (1858-1917) a profondément marqué la sociologie française, y compris la sociologie du droit. Il a déjà été fait plusieurs fois allusion à ses travaux dans la première partie. Il s'agit, à présent, de présenter plus en détail les principales thèses de l'auteur et d'examiner son héritage dans la sociologie du droit en France.

Comme le souligne François Chazel, « c'est seulement avec Durkheim que la sociologie du droit a acquis droit de cité en France et qu'elle est devenue une branche reconnue de la discipline » (Chazel, 1991 : 28). Une des originalités majeures de sa sociologie est, en effet, assurément, « l'importance massive accordée, parmi les 'phénomènes sociaux', aux faits juridiques, aux lois, aux sanctions, au droit pénal, à tout ce qui relève, théoriquement, des sciences juridiques » (Ansart, 1993 : 262).

Dans *De la division du travail social* (1893), Durkheim établit sa conception du droit en tant que « symbole visible » de la solidarité, l'organisation de la vie en société « dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis » (Durkheim, 1960 : 28). Le droit ne se confond pas pour autant avec la morale, dont il se distingue par le fait qu'il organise le régime de la sanction aux infractions faites à ses règles, alors que la sanction morale est, pour sa part, « diffuse » (cf. section suivante). Cette définition principielle est reprise par les disciples de Durkheim, pour qui « le fait juridique n'est que l'aspect réglementé des choses sociales » (Hubert, 1931 : 55). Il existe par ailleurs différentes formes de droit, qui correspondent aux deux formes de manifestation extérieure de la solidarité sociale : la *solidarité mécanique*, liée à des sanctions répressives, que l'on retrouve principalement dans le droit pénal ; la *solidarité organique*, liée à des sanctions restitutives (des sanctions visant à remettre les choses en l'état), qui fonde l'essentiel du droit restant. Dans le domaine de la solidarité mécanique, enfin, Durkheim entreprend d'étudier spécifiquement le *crime* et la *peine*. Il définit le crime comme

une offense aux « états forts et définis de la conscience collective » (Durkheim, 1960 : 47) et le situe en conséquence davantage au niveau de la réaction sociale qu'à celui de sa nature profonde. Cette réaction sociale, qui prend la forme de la peine, est « passionnelle » et exercée par un « corps constitué ».

En dépit de la distinction qu'il opère entre eux deux, Durkheim considère que droit et morale entretiennent des relations d'unité si profondes « qu'ils sont d'abord conçus comme relevant d'une seule et unique branche de la discipline, la 'sociologie juridique et morale' » (Chazel, 1991 : 32). Droit et morale sont rangés dans une même catégorie dont le critère est la sanction. Ils ne se distinguent que par la nature de cette dernière. Leur articulation s'opère tantôt au niveau de la règle de droit elle-même (moralité de la règle sanctionnant le crime, par exemple), tantôt au niveau de l'obligation qu'engendre la règle de droit (moralité de l'obligation d'observance du droit). Plus tard, dans un article intitulé « De la détermination du fait moral » (1924), Durkheim dégage la morale de la notion de sanction pour la faire évoluer davantage vers l'idée de devoir et de conscience, auxquels il ajoute la dimension de désirabilité (mais une désirabilité qui n'est pas indépendante du sentiment de devoir). En toute hypothèse, c'est la contrainte qui constitue la notion centrale, opérant la jonction entre sanction et désir collectif (Isambert, 1991). Il importe en même temps de souligner que droit et morale, pour distincts qu'ils soient, n'en évoluent pas moins de manière interdépendante. Dans le Durkheim de la première période (*De la division du travail social*), c'est le propre du « droit primitif » et de son avatar pénal que de lier étroitement les dimensions juridique et morale et l'évolution historique va dans le sens d'un processus de désacralisation et de disjonction. Pour le Durkheim de la seconde période (*Les Formes élémentaires de la vie religieuse*), l'évolution historique atteste davantage d'un processus de déplacement de la sacralité vers l'individu et d'une dualité opposant droit collectif (domestique, corporatif, etc.) et droit individuel (contractuel, etc.). Ici, dans un contexte de régression de la moralité, de contrainte morale défaillante, on assiste au renforcement du rôle juridique de l'État (Génard, 1997).

Ainsi, pour Durkheim, le droit est le produit de solidarités mécanique et organique qui trouvent leurs origines « dans les entrailles mêmes de la société » (Durkheim, 1899). L'étude du droit, quant à elle, doit rechercher « comment ces règles se sont constituées historiquement, c'est-à-dire quelles sont les causes qui les ont suscitées et les fins utiles qu'elles remplissent, [et] la manière dont elles fonctionnent dans la société, c'est-à-dire dont elles sont appliquées par les individus » (Durkheim, 1950 : 41). Dans la quatrième livraison de l'*Année sociologique*, Durkheim, associé à Fauconnet, distingue trois degrés dans la systématisation de la vie juridique : les pratiques juridiques (phénomènes élémentaires), l'institution (ensemble cohérent de pratiques) et le système juridique (le tout formé des institutions juridiques d'une société). Sur cette base, Durkheim, en compagnie de Mauss, entreprend de classer les systèmes juridiques : les systèmes des sociétés indifférenciées à base de clans totémiques, les systèmes des sociétés indifférenciées à base de clans totémiques partiellement effacés, les systèmes des sociétés tribales, les systèmes des sociétés nationales. Ainsi donc, comme nous l'avons vu précédemment, la théorie sociologique du droit de Durkheim est profondément marquée par l'évolutionnisme et les préoccupations génétiques. Ce trait saillant de la pensée durkheimienne connaît toutefois des atténuations, comme en témoigne un article publié en 1901 dans l'*Année sociologique* dans lequel il accepte le découplage de l'évolution de l'État et du droit du contrat, ainsi que celui de la sévérité de la peine et du caractère archaïque des sociétés.

De nombreux auteurs ont très tôt adopté et développé le programme durkheimien d'étude sociologique du droit. C'est toutefois principalement aux sociétés primitives et à l'histoire du

droit qu'ils se sont intéressés. Les travaux d'Huvelin ont ainsi porté sur les rapports entre droit et magie, tandis que ceux de Fauconnet ont traité de l'évolution du principe de responsabilité. Georges Davy a, pour sa part, entrepris des recherches sur la formation et l'évolution du lien contractuel. Chez les juristes, l'héritage durkheimien est revendiqué rapidement par des auteurs aussi prestigieux que Léon Duguit, pour qui il convient de renoncer à la notion de droit subjectif et lui substituer le fait social de la solidarité, à partir de laquelle se fonde un droit objectif assignant à chacun sa fonction sociale.

Toutefois, au-delà de Durkheim, de Mauss et de leurs disciples, le droit disparaît largement des préoccupations sociologiques, à quelques rares exceptions près (Lévy-Bruhl et Gurvitch, principalement). Parallèlement, la crainte d'une absorption du droit par les sciences sociales conduit les juristes à marquer leur spécificité par rapport à celles-ci et se traduit par des tentatives d'élaboration de « théories pures du droit ». La science du droit prend alors un caractère essentiellement intellectuel, dégagé de toute empirie, qui s'intéresse à la philosophie de la norme et non à l'acte de volonté qui sous-tend cette norme. Comme le souligne Chevallier, la science du droit se distingue dès ce moment clairement des sciences politiques et sociales.

Science du droit, sciences politiques, sciences sociales

« Le souci d'évacuation du politique [à quoi nous ajoutons le social] de la science du droit se traduit par la tentative de clôture de l'ordre juridique sur lui-même [...] La science du droit consiste ainsi, dans le cadre d'une analyse purement interne, à mettre en évidence la logique qui préside à l'articulation des normes juridiques et les constitue en ordre structuré et cohérent : elle exclut dès lors toute rationalité autre que juridique (positivisme) ; mais ce positivisme entraîne souvent le retour à la dogmatique juridique traditionnelle, par l'exclusion de tout point de vue distancié et critique par rapport à l'ordre juridique en vigueur [...] Dans cette perspective, le statut de la sociologie du droit fait évidemment problème : accusés de 'sociologisme', les sociologues du droit seront rejetés du côté des sociologues et considérés comme incapables de produire un savoir légitime sur le droit »

Jacques Chevallier, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993p. 255

Côté sciences sociales et politiques, la construction d'un champ scientifique autonome est très vite passée par l'établissement d'une démarcation nette vis-à-vis du champ juridique. Emancipation intellectuelle, d'une part, avec l'investissement de domaines étrangers au droit et le désintéret pour les domaines classiquement investis par le droit, avec aussi l'élaboration de méthodes propres et de taxinomies distinctes. Emancipation institutionnelle, d'autre part, avec la mise en place d'institutions d'enseignement et de recherche nouvelles, autonomes, dispensatrices de cursus spécifiques.

IV.2. Science ancillaire, science autonome : la sociologie du droit en France

Il faut attendre le lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour que la sociologie du droit trouve une place dans l'enseignement des facultés. L'orientation est clairement ancillaire, en ce sens que la sociologie n'est conçue que dans la contribution qu'elle peut apporter à un droit meilleur et, entre autre, à la réforme législative : « Les travaux empiriques devaient contribuer à adapter le droit aux mœurs » (Serverin, 2000 : 62). Jean Carbonnier, juriste spécialiste de droit privé, est connu comme le promoteur de cette sociologie législative qui vise « non pas à extraire la norme en suspension dans le milieu social, mais à faire que la norme, d'où qu'elle vienne, ne soit pas dans un milieu social comme dans un corps étranger » (Carbonnier, 1958 : 197). La sociologie se voit donc admise au rang de science nécessaire à la connaissance du

droit, mais elle ne peut nullement se substituer aux autres savoirs des juristes, à savoir la « science des systématisations » (la taxinomie), la « science de l'interprétation » (l'herméneutique) et la « science de la création normative » (la logique juridique). Seuls les juristes, c'est-à-dire ceux qui ont la capacité de créer du droit, ont accès aux dimensions aussi bien externes qu'internes de la science du droit, tandis que les dimensions internes restent fermées aux sociologues. Autrement dit, « toute lecture sociologique du droit est marquée par une sorte de dépendance structurelle des modalités de la connaissance à l'égard de ce qui doit être connu » (Assier-Andrieu, 1996 : 11). Pour Carbonnier, le pluralisme du droit procède de la multiplicité des modes d'application des règles, non pas de l'opposition des règles entre elles. Ces différences trouvent leur origine dans des usages, des habitudes sociales, le sens commun du droit, autant de phénomènes auxquels il donne la qualité d'« infra-droit ». L'application du droit est donc fondamentale : le droit n'est effectif que dans la mesure où l'écart entre la règle et son application est réduit au minimum. Dans ce cadre, le sociologue du droit se voit assigner la tâche d'identifier les causes de l'ineffectivité, « étudier les réactions du milieu social à la règle de droit édictée » (Carbonnier, 1958 : 193). Avec Carbonnier, une sociologie ancillaire de la science du droit se voit accorder droit de cité au royaume des juristes, au motif que le droit doit être conçu de manière « flexible », dans ses rapports avec la société, en apportant de ce fait des atténuations à la rigueur de la dogmatique juridique (Carbonnier, 1971).

Légistique et juristique, ces sciences au service du droit, ont marqué les lendemains de la Seconde Guerre mondiale, en France et en Europe tout particulièrement. C'est le cas d'un auteur comme Bobbio, en Italie, qui fait la promotion d'une analyse fonctionnelle du droit (Bobbio, 1974). De manière plus générale, il faut y voir l'émergence d'un intérêt pour les recherches empiriques. Lévy-Bruhl écrit ainsi que le « juristicien » doit utiliser, dans ses recherches, les méthodes des sciences sociales empiriques : observation (statistiques et enquête pour les sociétés modernes, ethnographie pour les sociétés primitives, observation de documents écrits pour les périodes historiques), interprétation, comparaison (Lévy-Bruhl, 1961). Carbonnier, pour sa part, souligne l'importance de la recherche empirique : « Au lieu d'attendre, pour passer à l'action, les solutions d'une sociologie juridique spéculative, [les chercheurs doivent se tourner] d'emblée vers la sociologie appliquée, si imparfait que soit encore l'outillage, espérant susciter par là l'intérêt des utilisateurs éventuels – principalement les administrations – et gagner ainsi un appui plus important pour des recherches, plus élaborées, empiriques d'abord, puis fondamentales » (Carbonnier, 1978 : 151-152). De manière générale, c'est une idée fonctionnaliste du droit qui semble prédominer, et c'est précisément parce que le droit remplit un certain nombre de fonctions sociales (Bobbio identifie comme fonctions le règlement des litiges, entre autres, la régulation des conduites, l'organisation et la légitimation du pouvoir et la distribution des ressources) qu'il convient de mener des recherches empiriques visant à identifier un état de fait sociologique, les besoins d'une population et, partant, les réformes juridiques qui s'imposent. Le droit devient alors un instrument politique, un outil aux mains des réformateurs, un outil qu'il s'agit pour un auteur comme Renato Treves de manipuler de manière critique et non pas idéologique, dans un but de promotion de la démocratie (Treves, 1995 : 267).

La sociologie du droit de langue française n'a pas connu d'évolution homogène, loin s'en faut. Toutes les traditions socio-juridiques s'y trouvent représentées. L'héritage durkheimien se manifeste, comme le souligne Évelyne Serverin, dans trois domaines : les études sur la statistique judiciaire et leur signification ; la criminologie et l'étude de la déviance ; l'évolution du droit comme travail de cohésion sociale (Serverin, 2000 : 40-42). L'héritage de Max Weber, dont on présentera la sociologie du droit au chapitre VIII, est revendiqué dans des domaines très divers : droit pénal, modes non juridictionnels de règlement des conflits,

conflits du travail, sociologie des organisations (Serverin et Lascoumes, 1987 ; Soubiran, 1990 ; Didry, 1998). Il convient, à cet égard, de citer à nouveau Éveline Serverin dont les travaux s'inspirent de la sociologie de Weber et, tout particulièrement, sa théorie de l'action pour mener des recherches sur les activités juridictionnelles et non juridictionnelles de règlement des litiges (Serverin, 2000). Une tradition de sociologie pragmatique du droit semble également émerger, sous l'impulsion de Luc Boltanski et Laurent Thévenot (Boltanski, 1990 ; Thévenot, 1992). Le pluralisme juridique constitue aussi, comme on l'a vu précédemment, une tradition à laquelle se rattachent des chercheurs français. Ainsi en va-t-il d'André-Jean Arnaud et de ses travaux sur les systèmes juridiques complexes, qui associent les niveaux des normes juridiques, des stratégies, des représentations, conceptions et expériences, des acteurs profanes et professionnels, des spécificités nationales, des experts et des ONG (Arnaud, 1991 et 1998). Cette multiplicité de l'étude sociologique du droit, en France à tout le moins, va de pair avec sa difficulté à s'imposer comme discipline à part entière. Méfiance sociologique à l'égard du droit et des juristes, distance et parfois dédain des facultés de droit à l'égard de l'intrusion sociologique, le terrain demeure miné, bien que la pérennité et la qualité d'une revue comme *Droit & Société* permettent de progressivement atténuer les antagonismes et affaiblir les suspicions.

IV.3. La sociologie politique du droit

La sociologie du droit trouve un relais important chez les politistes. Il prend la forme d'intérêts multiples : processus politique de fabrication de la loi ; rôle du droit dans la mise en place des politiques publiques ; relations unissant les métiers du droit et les milieux politiques ; domaines plus directement politiques du droit, tel le droit constitutionnel ou le droit administratif ; rôle, place et activité des différentes professions juridiques dans les transformations historiques du droit social ou du droit colonial.

Les travaux de Pierre Lascoumes sur, entre autres, l'histoire du droit pénal, la réforme du Code pénal et le processus de fabrication du droit criminel restent pionniers, dans le contexte français. Ainsi en va-t-il d'un livre comme *Au nom de l'ordre*, dans lequel l'auteur s'attache à scruter les modes d'élaboration des textes de loi (Lascoumes, Poncela et Lenoël, 1989).

Les rapports entre acteurs sociaux et modèles normatifs, selon Pierre Lascoumes

Ce souci pour la relation entre l'édiction du droit et sa mise en œuvre s'étend aux travaux de Lascoumes sur l'effectivité du droit, dans lesquels il critique les tentatives visant à réduire l'étude des systèmes juridiques aux seules questions d'efficacité et de productivité sociale immédiate : « Au nom d'un réalisme, on en vient ainsi à écarter toute la dimension symbolique de l'ordre juridique, à confondre règle de droit et catalogue de conduite, à attendre vainement d'un cadre d'action des impératifs de comportement et à écarter toute la dimension performative des activités juridiques. On se trouve alors dans l'impossibilité de penser les interactions juridiques, c'est-à-dire la dynamique des rapports toujours ouverts et souvent conflictuels que les acteurs sociaux entretiennent avec les modèles normatifs. Et on est acculé à poursuivre un lamento stérile sur les échecs (relatifs) du droit »

Pierre Lascoumes, « Effectivité » in A.-J. Arnaud (ed) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 219

Lascoumes se fait l'avocat d'une étude de la production législative qui prenne en compte « la spécificité juridique du processus étudié », qui n'assimile pas l'adoption d'un texte de loi à une décision publique quelconque : l'activité législative n'est ni une question secondaire, ni un phénomène de surface, un instrument neutre, ni une simple mise en relation d'un input et

d'un output, ni surtout un mystère à cantonner dans une boîte noire (Lascombes, Poncela et Lenoël, 1989).

Il revient à Jacques Commaille d'avoir explicitement revendiqué l'entreprise d'une « sociologie politique du droit », c'est-à-dire « une approche proprement sociologique » qui considère que « la question juridique est aussi une question sociale et politique », ce qui justifie de réaliser pour le droit « une mise en rapport avec le social, non limitée à la prise en considération des comportements sociaux ou des attitudes au sein de la société exigeant de légiférer, intégrant l'étude des forces sociales à l'œuvre, y compris au sein de la sphère des producteurs de droit (juristes, techniciens-administrateurs et politiques) » (Commaille, 1994 : 19). S'attachant à étudier les processus en cours dans les réformes du droit de la famille, Commaille se démarque de Carbonnier, qui n'admettait l'idée d'une sociologie politique du droit qu'à la condition qu'elle se tienne à l'écart des structures juridiques (Carbonnier, 1978 : 33), pour prôner l'examen de la production des lois « dans la mesure où elle participe d'une analyse de l'autorité et du pouvoir » (Commaille, 1994 : 31). L'activité législative est ici conçue comme le reflet de processus sociaux à l'œuvre à une échelle plus vaste et l'étude de cette activité est entreprise parce qu'elle permet « de dévoiler et de fournir le sens de régularités sociopolitiques dont le juridique constitue un élément de choix » (*op.cit.* : 34). C'est ainsi que Commaille observe le passage d'un mode de régulation « dogmatico-finaliste » à un mode « pragmatico-gestionnaire », mutation qui se caractérise par « une substitution d'une polycentricité à l'unicité de la production normative, d'une technicité politique à la juridicité, d'enjeux techniques aux enjeux politiques et sociaux prévalant précédemment » (*op.cit.* : 247).

Droit et justice sont étudiés, par tout un courant de la sociologie du droit française initié par Jacques Commaille, comme aussi bien constitutifs du politique qu'acteurs et objets de celui-ci (Commaille, 2004 : 1239-1245). On peut ainsi relever les travaux sociopolitiques sur le droit constitutionnel (Bastien François), sur le rôle des juristes dans la société (Laurent Willemez, Antoine Vauchez, Violaine Roussel), sur le droit dans la conduite des politiques publiques (Cécile Vigour) ou sur la défense de causes publiques (Liora Israël). Jean-Pierre Royer a souligné cette évidence, qui a toutefois mis du temps à s'imposer, que toute histoire de la justice est une histoire politique (Royer, 2002). L'étude de l'entremêlement du droit, de la justice et du politique a été menée pour différentes époques historiques, que ce soit l'Empire, le gouvernement de Vichy ou la guerre d'Algérie (Thénault, 2001). Il ne suffit pas de dire que droit et justice sont constitutifs du politique, il convient également de remarquer qu'ils en sont des acteurs, comme en témoignent les procès intentés contre les élites politiques et économiques et la lutte contre la criminalité financière (Roussel, 2002). Nombreux sont les auteurs à avoir ainsi observé un processus d'autonomisation de la sphère judiciaire, dont les acteurs se sont dégagés de la soumission au pouvoir politique. Cela se traduit par des affrontements, des procès retentissants, des mises en cause de l'immixtion des juges en politique ou des stratégies collectives de recours à la justice pour faire valoir des droits politiques et sociaux (Commaille, Dumoulin et Robert, 2000). Dans ce courant de sociologie politique du droit, la justice a également fait l'objet d'études des politiques la concernant. Il en va de même de l'impact de phénomènes tels que la globalisation, avec l'émergence de droits supranationaux et, surtout, d'arènes dans lesquelles le droit échappe à l'autorité nationale des États (Dezalay et Garth, 2002).

Chapitre V: L'étude sociologique du droit dans la tradition anglo-saxonne

L'intérêt pour une étude sociologique du droit est très ancré dans la tradition anglo-saxonne. Les raisons en sont multiples. On peut l'attribuer à la différence de nature du système juridique, qui met davantage l'accent sur le rôle du juge et du jury que sur la règle législative. Cela peut aussi s'expliquer par l'empirisme propre à la philosophie britannique et américaine, qui a rejailli sur la façon de faire des sciences sociales. On observe en tout cas l'émergence d'une science sociologique du droit (*sociological jurisprudence*) dès le début du XX^{ème} siècle. Dans les années 1960, une volonté d'engagement social préside à la fondation, autour d'une association et d'une revue, du courant *Law & Society*. Aujourd'hui encore, ce courant fédère l'essentiel des travaux tendant à se saisir du droit en tant qu'enjeu majeur de société.

V.1. La *sociological jurisprudence*

Le XX^{ème} siècle se caractérise par la multiplication des études sociologiques sur le droit. L'influence des sciences sociales sur la pensée juridique s'est traduite par une tendance marquée des juristes à largement puiser en elles pour nourrir leurs recherches. Le monde anglo-saxon – et principalement les États-Unis – se sont avérés un terrain fertile pour l'étude sociologique du droit, ce qui n'est certainement pas étranger à l'empirisme et au pragmatisme de la philosophie américaine.

L'approche sociologique du droit, selon Freeman

« On peut identifier un certain nombre d'idées communes à la pensée de ceux qui adoptent une approche sociologique de l'ordre juridique. Il y a la croyance dans le caractère non unique du droit : une vision du droit comme seulement une méthode de contrôle social. Il y a aussi un rejet d'une 'science conceptuelle du droit', d'une conception du droit comme d'un ordre logique fermé [...] De plus, les sociojuristes tendent à être sceptiques à l'égard des règles présentées dans les manuels et préoccupés par ce qui se passe réellement, 'le droit en action'. Les sociojuristes tendent aussi à épouser le relativisme. Ils rejettent la croyance du naturalisme selon laquelle il serait possible d'atteindre une théorie générale des valeurs : ils considèrent la réalité comme construite socialement, sans qu'il n'y ait de guide naturel indiquant la solution de nombre de conflits. Les sociojuristes croient également à l'importance d'adopter les techniques des sciences sociales et de tirer parti du savoir produit par la recherche sociologique afin d'ériger une science du droit plus effective. Enfin, on observe un souci majeur pour la justice sociale, bien que les vues diffèrent sur ce en quoi cela consiste et comment cela peut être atteint ».

M..D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 659-660

C'est à Roscoe Pound qu'il revient d'avoir créé le terme de *science sociologique du droit* (*sociological jurisprudence*). Cet auteur s'inscrit dans le courant fonctionnaliste qu'il tend à appliquer au droit. Toute cette tendance correspond à l'expansion américaine du début du XX^{ème} siècle, avec le développement des technologies, l'industrialisation massive, l'apparition de théories socio-économiques, comme le taylorisme et le fordisme, la question sous-jacente étant de savoir comment contrôler et distribuer cette richesse de manière équitable. Pound considère dès lors les sciences sociales avant tout comme une technologie. Ce qui l'intéresse, ce sont les capacités d'intervention sur la société qu'offre le droit. Celui-ci devient donc une sorte d'ingénierie sociale. À cette fin, il convient d'accumuler information factuelle et statistique permettant d'identifier les besoins sociaux, le droit ayant pour fonction d'organiser rationnellement le moyen d'y satisfaire. Le droit est, en effet, un ordonnancement

des conduites visant à faire circuler les biens existentiels et assurer les moyens d'y pourvoir de la manière la plus développée possible avec un maximum d'efficacité et un minimum de pertes. Il convient donc, dans une perspective utilitariste, de faire la liste des intérêts sociaux, à savoir ce que les gens désirent ou ce qui peut être bon pour eux indépendamment de ce qu'ils revendiquent. Pour établir cette liste, Pound recherche les éléments fondamentaux d'une société, dont certains sont d'ordre juridique : ce sont les postulats juridiques, c'est-à-dire les postulats qui incarnent les objectifs fondamentaux d'un système juridique. Si ces éléments et postulats peuvent entrer en conflit les uns avec les autres, il revient au droit et, en amont, au sociojuriste d'établir une hiérarchie et de procéder à des arbitrages. En ce sens, le droit est l'expression de la conscience d'une société homogène et solidaire (Pound, 1959). Cette vision homogène de la société de Pound a été critiquée. Pour certains auteurs, la société se caractérise davantage par sa dimension conflictuelle, le droit étant alors le garant des intérêts d'un seul de ses segments, ce que Hills appelle ses « groupes d'intérêt » : « Les partisans d'une approche fondée sur les groupes d'intérêt mettent l'accent sur la capacité de certains groupes particuliers à façonner le système juridique pour servir leurs besoins et sauvegarder leurs intérêts particuliers [...] [Le] pouvoir, la coercition et la contrainte, plutôt que le partage de valeurs communes, sont les principes d'organisation de base » (Hills, 1971 : 3-4).

L'ère fonctionnaliste est celle des grands appareils théoriques. Ainsi en va-t-il du modèle de Lasswell et McDougal de la prise de décision judiciaire. D'un point de vue sociologique, c'est Parsons qui propose la théorie la plus affinée du fonctionnalisme. Le système social y est conçu comme un « équilibre intégré de la multitude des systèmes opératoires de valeurs et d'institutions qu'il englobe » (Stone, 1966 : 27). Dans ce cadre, le droit a pour fonction d'« atténuer les éléments de conflit potentiels et d'huiler la machinerie des relations sociales. Ce n'est, en effet, que par l'adhésion à un système de règles que les systèmes d'interaction sociale peuvent fonctionner sans sombrer dans le conflit ouvert ou chronique et latent » (Parsons, 1962 : 57-58). Parsons établit une distinction stricte entre système juridique, avec, au centre, les tribunaux qui ont pour tâche d'interpréter les règles, et système politique, avec le législateur qui a pour tâche de formuler les politiques. On reviendra sur l'œuvre de Parsons au chapitre X, quand il sera question de la contribution du fonctionnalisme à une conception systémique du droit. Pour l'heure, il suffit de souligner la prégnance de l'idée d'un droit ayant pour fonction de réguler les rapports sociaux. Ainsi, dans les études spécifiquement anglo-saxonnes de l'activité juridictionnelle, on fera mention des travaux de Cardozo sur la nature du processus judiciaire et, en son sein, sur les fonctions du juge (Cardozo, 1921).

Pour Selznick, la science sociologique du droit est passée, aux États-Unis à tout le moins, par trois phases. La première est constituée par l'époque des pourvoyeurs de grands modèles, à l'image de Pound. La deuxième se caractérise par le souci de la méthode, qui voit juristes et sociologues se familiariser à leurs techniques respectives et, partant, s'engager dans des travaux en collaboration, comme le fameux *Chicago jury project* dans lequel le fonctionnement des jurys des tribunaux de la *Common Law* est pour la première fois étudié systématiquement. La troisième phase est celle de l'autonomie et de la maturité de la science sociologique du droit, qui l'autorise à revenir sur les questions théoriques fondamentales (fonction du droit, rôle de la légalité, signification de la justice) dans une démarche vraiment sociologique (Selznick, 1959). L'ère post-fonctionnaliste correspondrait à cette troisième phase. Elle serait celle de l'avènement d'une sociologie du droit inspirée par les figures majeures de l'héritage sociologique que sont Marx, Durkheim et Weber, à distinguer de la science sociologique du droit à la mode de Pound.

V.2. Le courant *Law & Society*

S'il est un élément fédérateur des études socio-juridiques dans le monde anglo-saxon, c'est probablement l'affirmation que le droit est un phénomène social qui se doit d'être étudié en-dehors de la dogmatique de la règle.

Richard Abel et le refus de la dogmatique de la règle

« Quand on me demande ce que j'étudie, je réponds généralement comme un pitre : tout au sujet du droit sauf les règles. Cela peut sembler oxymoronique, mais c'est également exact. Les juristes cherchent à comprendre les règles – ils les affirment, les critiquent, les changent, les organisent, les appliquent et les manipulent. Les social scientists examinent tout le reste : les structures institutionnelles, les processus, le comportement, le personnel et la culture. Les disciplines résistent en général à la colonisation : la religion tient la philosophie en suspicion, la médecine fait de même avec la sociologie, la science avec l'épistémologie féministe. Le droit n'a pas toujours été très ouvert au regard extérieur. Certains juristes craignaient que les efforts des politistes pour expliquer des décisions en termes de background et d'idéologie des juges puissent miner leur autorité judiciaire. Les efforts des psychologues pour comprendre la dynamique des jurys étaient entravés par des règles s'opposant à l'enregistrement de leurs délibérations. Et de nombreux juristes universitaires éprouvent du ressentiment à l'égard des ambitions impérialistes des économistes »

Richard L. Abel, « What We Talk About When We Talk About Law », in R.L. Abel (ed), *The Law & Society Reader*, New York et Londres, New York University Press, 1995, p. 1

Le passage d'une science sociologique du droit aux études socio-juridiques (*socio-legal studies*) s'est affirmé à partir des années 1960. En lieu et place d'une ingénierie répondant au rôle fonctionnel du droit dans la vie sociale, les avocats des études socio-juridiques ont prôné la conduite d'études resituant le droit dans son contexte social, faisant appel aux méthodes des sciences sociales et posant des questions fondées empiriquement. En Grande-Bretagne, l'émergence des études socio-juridiques ne correspond toutefois pas vraiment à une autonomisation d'avec les facultés de droit. Le projet reste, pour une large part, celui d'un soutien à l'effort réformiste de l'État-providence. C'est en opposition à cette tendance que se développe un mouvement de sociologie du droit (*sociology of law*), qui entend mener une étude du social en prenant le droit comme angle d'attaque : « L'attention n'est plus portée sur un système légal connu et accepté, mais sur la compréhension de la nature de l'ordre social à travers l'étude du droit » (Campbell et Wiles, 1976 : 553). Dans ce contexte, l'attention portée au droit en tant que structure d'imposition du pouvoir est marquée et, partant, la critique du droit en tant que système de domination.

Aux États-Unis, c'est également la critique de la place et du rôle du droit dans la société qui se trouve à l'origine du courant *Law & Society* proprement dit. Préoccupés par un souci d'égalité des chances et de non-discrimination, des sociologues se sont emparés de l'étude du droit dans une perspective largement politique. Revendiquant l'héritage direct du réalisme américain (cf. ch. IX), les tenants de ce courant, « tout en se proclamant le vecteur d'une nouvelle vision, ont grandi dans une tradition pleine d'espérance dans le droit et dans les possibilités de changement social et de réforme par le droit » (Silbey et Sarat, 1987 : 170). Ce qui distingue le courant *Law & Society* du réalisme juridique, c'est, davantage que l'intérêt pour les forces sociales productrices de droit, la recherche des modes d'action du droit sur les phénomènes sociaux. Le constat est celui de l'ineffectivité du droit, « le fossé entre le droit des livres et le droit en action » (*ibid.*).

Sur la base de ce constat, de très nombreuses études ont été entreprises, nombre d'entre elles trouvant une tribune dans la revue éponyme (*Law & Society Review*). Richard Abel, dans

son recueil d'articles rattachés à ce courant (*The Law & Society Reader*), identifie plusieurs sujets majeurs de préoccupation. Tout d'abord, une interrogation sur l'origine des règles, qui rattache directement les tenants du pluralisme juridique au courant *Law & Society* : « Aujourd'hui, l'État-nation est mis en cause du dessus et du dessous. Les groupements économiques et politiques supranationaux gagnent en pouvoir [...] En même temps, le localisme, l'ethnicité et la religion réclament la décentralisation ou même la séparation » (Abel, 1995 : 3). Toute une littérature sur le choix de l'institution vers laquelle les gens se tournent s'est ainsi développée, montrant que l'orientation peut être multiple et opportuniste, s'apparentant à celle du consommateur faisant son marché (*forum shopping*).

Tout un pan des études du courant *Law & Society* s'est intéressé à la distinction entre les *règles*, qui se caractérisent par leur formalisation, et les *normes*, qui relèvent plutôt d'une intériorisation. Les conflits entre règles et normes sont dès lors étudiés, de même que la connaissance que les gens peuvent avoir des règles juridiques, l'hypothèse sous-jacente étant que le savoir juridique est inégalement réparti. Le différentiel entre les représentations du droit et de la justice et la « réalité » socio-juridique des pays considérés, et principalement des États-Unis, fait l'objet d'une exploration systématique. Un autre postulat sous-tendant la distinction entre la règle et la norme est que la première est une sorte de formalisation de la seconde, d'où la question récurrente de la force contraignante de la forme juridique donnée à une norme intériorisée. Liée à cette interrogation sur les représentations du droit, il y a la question de sa mobilisation. De nombreuses études s'inscrivant dans le courant *Law & Society* se sont ainsi intéressées à la « litigiosité » (la propension à intenter des actions en justice) et ont tenté de l'expliquer par des facteurs personnels, culturels et nationaux, économiques ou psychologiques. C'est ici que s'inscrivent les études sur le rôle des professions juridiques et principalement des avocats, dans la mesure où ceux-ci peuvent contribuer plus ou moins largement à la conscientisation juridique des profanes et à leur propension à agir en justice, dans la mesure aussi où leurs pratiques déterminent étroitement l'attitude des gens face à la justice et à la négociation. Liée à cette préoccupation, l'on trouve celle pour les motivations de l'action en justice et, plus largement, du sens de la justice. Inspiré par l'interactionnisme symbolique (*cf.* ch. XII), le courant *Law & Society* produit alors des études sur la construction sociale du crime et de la réponse pénale qui lui est faite. Ce sont les institutions du droit et de la justice qui font l'objet de l'observation critique d'une recherche en quête d'une mise au grand jour des intérêts en jeu, des distorsions du « système », des conflits de perspectives ou encore de l'opposition des intentions et objectifs des profanes et des professionnels (*op.cit.* : 2-9).

V.3. Développements récents dans la sociologie du droit anglo-saxonne

Lawrence Friedman fait le constat en 1986 que, « pour nombre d'observateurs, le travail accompli jusqu'à présent compte pour peu de choses : un amas incohérent et peu concluant d'études de cas. Il n'y a (semble-t-il) pas de fondations ; certains travaux ne font que prouver l'évidence, certains sont mal conçus ; il n'y a pas d'axiomes, pas de 'lois' du développement juridique, rien ne procède cumulativement. Les études sont ponctuellement intéressantes et sporadiquement utiles. Mais il n'y a pas de 'science' ; rien ne s'ajoute à rien [...] De grandes théories apparaissent de temps en temps, mais elles n'ont pas de capacité de survie ; elles sont rongées jusqu'à l'os par les études de cas. Il n'y a pas de noyau central » (Friedman, 1986 : 779). À ces deux raisons avancées pour expliquer l'existence d'une crise des études socio-juridiques, Brian Tamanaha ajoute l'influence des prédispositions politiques des chercheurs sur leur travail (Tamanaha, 1997 : 12). Si la valeur ajoutée des études socio-juridiques est considérée comme faible, c'est avant tout parce que les thèmes de recherche abordés par les uns ne répondent pas aux questions qui préoccupent les autres : droit et sociologie continuent

à évoluer dans des mondes parallèles. À cheval sur deux univers, cette recherche souffre également d'une « nature théoriquement et méthodologiquement sous-développée » (Travers, 1993 : 448). À moins que ce ne soit l'inverse et que l'abondance des œuvres de référence ait conduit à négliger leur étude critique et l'appréciation de leur compatibilité. Mentionnant l'article d'Elizabeth Mertz sur le constructionnisme dans les études socio-juridiques (Mertz, 1994), qui fait référence aux travaux de Schütz, Berger et Luckman, Husserl, Weber, Bourdieu, Foucault, Gramsci, Habermas et Durkheim, Tamanaha se demande si une attention suffisante est prêtée « à la compatibilité des différentes sources théoriques qui sont identifiées ou qui sont plaquées en début ou en fin d'étude sans être bien intégrées dans l'étude elle-même » (Tamanaha, 1997 : 18). En outre, la critique même de Friedman a été mise en cause : l'absence de grande théorie correspond à un manque d'appétit pour ce type de construction. C'est toutefois l'incidence directe de l'engagement politique des chercheurs qui pose le problème majeur. Souvent, ce qui est présenté comme un savoir n'est rien d'autre qu'un jugement de valeur imposé par un monde académique soucieux de faire prévaloir l'orientation sociale qui a sa préférence. L'engagement politique conditionne jusqu'aux postulats de la recherche. Ainsi, le droit est considéré comme le lieu d'imposition de rapports de force asymétriques et d'hégémonie sociale.

Cette tendance, étroitement liée au mouvement *Law & Society*, trouve son expression la plus forte dans les travaux marqués s'inscrivant dans l'empirisme critique. Les tenants de cette tendance ont pour ambition de développer une nouvelle approche socio-juridique : « Silbey 'envisage' et 'propose' une sociologie du droit pour 'étudier le droit comme une pratique sociale'. Sarat 'offre une stratégie de réorientation pour la recherche empirique sur le droit en action'. Brigham veut « replacer les études d'impact dans le cadre des sciences sociales interprétatives' » (Freeman, 2001 : 698). Le mouvement s'étend à l'anthropologie, avec des auteurs comme Sally Engle Merry et Barbara Yngvesson, et aux sciences politiques (Christine Harrington, Lynn Mather). On y retrouve les grands thèmes des relations asymétriques de pouvoir, de l'incidence des représentations du droit sur les dynamiques sociales, du droit comme culture et du changement juridique (Starr et Collier, 1989 : 6-14). Parmi les paradigmes ayant le vent en poupe, dans une veine constructiviste, on peut mentionner l'étude des représentations telles qu'elles apparaissent dans les histoires racontées sur le droit, ce qui a été appelé la « conscience juridique » : « Les histoires, non pas les articles de code ou les statistiques, sont devenu le sujet qui compte pour une part importante de la recherche socio-juridique » (Ewick et Silbey, 1995 : 198). Le nouveau pluralisme juridique appartient également à ces paradigmes (*cf.* ch. III ; Griffiths, 2002), et particulièrement l'étude des évolutions du droit à la lumière du phénomène de la globalisation (Nelken, 1995). Enfin, les *gender studies* ont également fait irruption dans les études socio-juridiques (Fletcher, 2002).

La sociologie du droit britannique a produit quelques travaux d'importance, sous l'impulsion d'auteurs comme Roger Cotterell et David Nelken. Son ancrage dans la théorie sociologique classique s'est avéré plus profond, une fois dépassée la tradition utilitariste. C'est ainsi que le phénomène juridique a été mis en perspective des œuvres de Weber, Marx et Durkheim, entre autres. Pour Cotterell, il s'agit de construire une sociologie du droit qui soit « une entreprise et une aspiration transdisciplinaires visant à élargir la compréhension du droit en tant que phénomène social » (Cotterell, 1998 : 187). Il n'est pas possible d'établir des frontières strictes entre le juridique et le social, ce qui implique dès lors de saisir les deux domaines ensemble, de manière « plus holistique » : « Les idées juridiques constituent une forme de savoir social en elles-mêmes » (*op.cit.* : 173). C'est à ce titre qu'une réflexion sociologique sur le droit ne saurait produire un savoir extérieur au droit et à la science juridique.

Chapitre VI: Les traditions critiques

Les études socio-juridiques ont, tout au long de leur relativement courte histoire, été traversées par des courants critiques mettant en cause le droit, son rôle historique, ses fonctions politiques et sociales ou encore sa structure de domination et de légitimation des rapports de force. Cette tendance apparaît avec Marx et se prolonge, d'une certaine façon, avec l'école néo-marxiste dont Habermas est le représentant le plus connu. Elle se retrouve également dans la sociologie de Pierre Bourdieu. Michel Foucault, pour sa part, traite du droit en tant que discours de pouvoir. C'est sur cette base que se développe la critique postmoderniste du droit et, dans un contexte particulier, le mouvement des *Critical Legal Studies*.

VI.1. Marx et le marxisme

Il aurait été facile de situer la théorie du droit de Marx au nombre des théories évolutionnistes. En effet, le matérialisme historique considère que la société se développe en une séquence de stades de développement économique (asiatique, antique, féodal, moderne bourgeois). Au stade capitaliste ou bourgeois, l'employeur s'approprie le surplus produit par le travail et, ce faisant, concourt à la création d'un marché sur lequel le travail acquiert une valeur calculable en termes monétaires. Telle est l'infrastructure économique de la société, sur laquelle vient se superposer une série de constructions, une superstructure, qui dissimule le mode de fonctionnement de base. Au titre de ces éléments de superstructure, l'on trouve des formes de conscience par laquelle une classe particulière tend à imposer sa vision du monde et des formes de domination politique et juridique, qui traduisent et entérinent les rapports de force réels qui prévalent au sein d'une société : « J'ai été mené par mes études à la conclusion que les relations juridiques tout comme les formes de l'État ne pouvaient être ni comprises par elles-mêmes, ni expliquées par le soi-disant progrès général de l'esprit humain, mais qu'elles étaient enracinées dans les conditions matérielles de la vie » (Marx, 1961a : 67).

C'est toutefois sous l'angle de la critique du droit que l'on pense pouvoir situer au mieux la théorie de Marx. Pour cet auteur, le droit ne pense pas par lui-même, mais ne fait que refléter les relations économiques. Le droit est sans autonomie et, dès lors, dépourvu de toute capacité à agir sur le social : « Il y a une connexion interne indissoluble entre les catégories de l'économie, basée sur les commodités et l'argent, et la forme juridique elle-même » (Pashukanis, 1983 : 84). Le droit peut toutefois avoir une fonction de stabilisation et de reproduction des rapports économiques, et c'est pourquoi il convient de mener un combat à ce niveau.

La forme du droit comme reflet des relations économiques

L'idée fondamentale de la tradition marxiste est que les relations économiques sont le facteur sociologique déterminant et que la forme prise par le droit dans un contexte donné en est étroitement tributaire :

« Les relations réelles [à la base de la vie matérielle des individus] ne sont en aucune manière créées par le pouvoir de l'État ; au contraire, elles sont le pouvoir qui le crée. Les individus qui gouvernent dans ces conditions, outre qu'ils ont à établir leur pouvoir sous la forme de l'État, doivent imprimer à leur volonté, qui est déterminée par ces conditions précises, une expression universelle en tant que volonté de l'État, en tant que droit – un terme dont le contenu est toujours déterminé par les relations avec cette classe, ainsi que le droit civil et le droit pénal le montrent de la manière la plus claire possible ».

Dans la théorie de Marx, l'idéologie vient donc se superposer aux relations réelles pour leur donner la forme, illusoire, d'un acte de volonté autonome. Le mécanisme est celui de l'intériorisation des normes socioéconomiques : « Ce n'est pas la conscience des gens qui détermine leur existence, mais leur existence sociale qui détermine leur conscience » (Marx, 1961a : 67). Et cette conscience est « fausse » quand l'idéologie dominante échoue à rencontrer l'expérience matérielle des classes subordonnées. En ce sens, le droit n'est pas seulement le produit d'une construction idéologique, il en est le véhicule : « L'idéologie dominante constitue l'influence prépondérante qui parvient quasiment à former le 'sens commun' de l'époque et donc à paraître naturelle, normale et juste [...] Le projet-clé de toute idéologie dominante est de cimenter le social sous le leadership de la classe dominante » (Hunt, 1991 : 115-116). C'est à Althusser qu'il revient d'avoir fait l'exposé systématique du fonctionnement idéologique de l'État et du droit au travers de ce qu'il appelle les « appareils idéologiques de l'État » : religion, éducation, famille, politique, syndical, culturel, etc. (Althusser, 1972). Le droit pénal sert d'exemple de cette capacité coercitive à la fois physique et idéologique du droit : « Le droit était important comme moyen brutal de coercition ; il était également important en tant qu'idéologie. Sa majesté, sa justice et sa clémence servaient à créer l'esprit de consensus et de soumission, les 'menottes forgées par l'esprit' » (Hay, 1977 : 49). Notons enfin que, pour Marx, l'État et le droit sont destinés à disparaître. La révolution est un phénomène inéluctable qui doit nécessairement entraîner la disparition des classes et, partant, la domination de l'une d'entre elles.

La pensée de Marx a exercé une influence majeure sur les sciences sociales, en général, et sur l'étude sociologique du droit, en particulier. Le théoricien soviétique du droit Evgeni Pashukanis a tenté, dans les années 1920, d'appliquer la méthode de la critique marxiste de l'économie politique au droit et à sa science. Il fut l'un des premiers à se pencher sur les connexions systématiques observées par Marx entre les biens et le sujet de droit et développa, sur cette base, une théorie du droit fondée sur l'échange et le contrat (Pashukanis, 1983). Pour cet auteur, « le droit est une forme sociale précise qui traduit des relations de compétition mutuelle entre des sujets de droit qui affirment leurs droits privés les uns contre les autres et sont autrement indifférents aux besoins d'autrui » (Fine, 2002 : 106). Logiquement, et en conformité avec les positions de Marx, Pashukanis considère que le droit, civil à tout le moins, est amené à disparaître au profit d'un secteur public chargé d'administrer l'allocation des ressources. Karl Renner est un autre théoricien qui s'est inspiré des idées de Marx pour forger une théorie du droit (Renner, 1949). Contrairement à Pashukanis, il ne cherche pas à dépasser le droit, mais plutôt à l'adapter et à lui donner un contenu socialiste. Pour Renner, le droit est une forme qui peut rester immuable, alors que son contenu est tributaire des évolutions sociales et historiques. Il prend l'exemple du droit de propriété pour montrer que l'institution juridique peut très bien ne pas changer, alors que sa fonction est devenue fondamentalement différente. De ce fait, Renner considère que le droit peut être un instrument majeur de réforme sociale. Examinant au plus près les relations entre droit et économie, cet auteur nous montre ainsi, entre autres, comment la *common law* a accompagné le passage à l'économie capitaliste. L'on retrouve ce type d'approche économique de l'histoire chez Edward Thompson (Thompson, 1986), un historien de la classe ouvrière anglaise et un auteur majeur en histoire sociale. Louis Althusser et Nicos Poulantzas sont, pour leur part, à l'origine d'un courant marxiste structuraliste qui s'est intéressé aux « fonctions multiples jouées par le droit dans la reproduction des relations capitalistes de production, en ce comprises les fonctions de répression et de violence, la légitimation de l'ordre en place, l'organisation des classes

dominantes, la fragmentation des classes subordonnées, la dépolitisation des mouvements sociaux, l'institutionnalisation des relations de classe, l'individuation des conflits collectifs, etc. » (Fine, 2002 : 109). Cette approche structuro-fonctionnaliste a été critiquée de l'intérieur même de la pensée marxiste, notamment pour sa propension à déshumaniser les acteurs sociaux et à ne plus les voir qu'en tant que porteurs des relations capitalistes de production. En ses lieux et place, Thompson se fait l'avocat d'un marxisme humaniste qui ne considère pas le droit comme un simple niveau de superstructure, mais comme un phénomène « imbriqué dans le mode de production et les relations de production elles-mêmes » qui « a contribué à l'auto-identité des gouvernants comme des gouvernés » et « a fourni une arène à la lutte de classe dans laquelle l'on a combattu pour des notions alternatives du droit » (Thompson, 1978 : 286-288).

VI.2. Habermas

Le philosophe et sociologue allemand Jürgen Habermas s'inscrit dans la lignée de l'École de Francfort de critique sociale, qui était à l'origine néo-marxiste. Le projet de celle-ci a été défini comme étant d'« embrasser la réalité intersubjective de l'action sociale, ce qui explique donc sont intérêt pour le sens, le langage, la communication et la culture » (Hunt, 1985 : 22). La théorie sociale d'Habermas est évolutionniste, critique et idéaliste. Évolutionniste, en ce sens qu'il affirme, dans la lignée de Piaget, l'existence de stades de développement « aussi bien pour les forces productives que pour les formes d'intégration sociale » (Habermas, 1979 : 163). Elle est critique, parce qu'elle cherche à démonter les mécanismes de domination sociale et, en particulier, la distorsion de l'interaction communicationnelle. Enfin, elle est idéaliste, dans la mesure où c'est à l'aune d'une situation communicationnelle idéale qu'il mesure les pratiques réelles et leur degré d'efficacité et d'altération. Dans le modèle communicationnel, le langage se fonde sur une intercompréhension du locuteur et de son auditeur permettant le partage de quelque chose. Dans ce deuxième mode, on est confronté à deux sujets ayant, par rapport à la communication, une attitude performative qui fait de la communication elle-même l'objet naissant : « Le locuteur et l'auditeur établissent le sens sur le fond de ce qui constitue leur monde vécu commun ». La communication enracine ainsi le sens « dans une perspective reposant simultanément sur quelque chose qui existe dans le monde social, en tant que totalité des relations interpersonnelles légitimement établies, et sur quelque chose qui existe dans le propre monde subjectif du locuteur et de l'auditeur, en tant que totalité des expériences subjectives, manifestables, auxquelles le locuteur a un accès privilégié » (Melkevik, 1990 : 905). Dans n'importe quel contexte, le sujet adopte, pour Habermas, un type de rationalité : les énoncés *constatifs* accompagnent une rationalité théorique correspondant à un modèle d'action tendant à objectiviser l'objet d'investigation. Les énoncés *normatifs* accompagnent une rationalité pratique correspondant à un modèle d'action régulé par des normes tendant à donner une qualité de « devoir-être » aux interactions d'un ensemble relationnel. Les énoncés *expressifs* accompagnent une rationalité de conformité correspondant à un modèle d'action dramaturgique tendant à représenter le monde subjectif. Le sujet se positionne par rapport à ces trois « mondes » (objectif, social et subjectif) en argumentant sa prétention à la validité de ce qu'il énonce.

Habermas envisage le droit à la lumière de ce modèle communicationnel. Parce qu'il est communicationnel, le droit représente un « choix » social, jamais fixé à l'avance, toujours ouvert à la contingence historique et à son actualisation par la force de l'intersubjectivité. La norme de droit apparaît ainsi comme « une 'espèce' sociologique qui est inséparable en dernière analyse des contextes de communication au sein du monde vécu » (Ferry, 1991 : 42). Dans le cadre du droit, on formule des énoncés normatifs, qui traduisent le choix de la rationalité pratique (celle du monde social), et on tend à attribuer à ces énoncés une validité de type

« justesse-légitimité ». Dans ce même cadre juridique, le juriste est en situation d'interprète du monde des actions. Cette qualité d'interprète en fait, d'une part, un sujet de communication, au même titre que celui dont il veut comprendre les énoncés. D'autre part, elle le place en situation de devoir comprendre pourquoi l'auteur d'un énoncé « s'est senti autorisé à présenter (comme vraies) certaines affirmations, à reconnaître (comme justes) certaines valeurs et certaines normes, à exprimer (comme sincères) certaines expériences vécues (en les attribuant éventuellement à d'autres) » (Habermas, 1985 : 51).

Habermas a consacré au droit un ouvrage majeur, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (la traduction du titre original allemand est : *Factualité et validité. Contribution à une théorie discursive du droit et de l'État de droit démocratique*) (Habermas, 1997). Ce titre souligne que, pour l'auteur, la tension principale provient, en droit, des relations entre la factualité et la validité : « La factualité du droit, c'est son caractère de système qui fonctionne, qui est garanti en dernière instance par la coercition. Comprendre cette facticité, c'est comprendre le pouvoir social et politique qui s'exerce au travers du droit. La validité du droit, toutefois, [...] est relative à son caractère normatif, à sa nature en tant que système cohérent de sens, en tant qu'idées prescriptives et en tant que valeurs. La validité réside en dernière instance dans la capacité du droit à avancer des prétentions soutenues par la raison, dans un discours qui vise à l'accord entre les citoyens et en dépend » (Cotterell, 1998 : 371). Le système juridique se doit donc d'être à la fois effectif d'un point de vue social et justifié d'un point de vue éthique. Il faut, pour Habermas, une analyse du droit qui fasse justice à ces deux pôles.

Un argument majeur de Habermas est que le droit est central dans l'organisation des sociétés complexes d'aujourd'hui. Le droit est « ce qui reste du ciment effrité de la société » (Habermas, 1999 : 937). La légitimité du droit ne procède toutefois plus, aujourd'hui, d'un soutien religieux ou métaphysique. Il faut donc la chercher ailleurs. Habermas trouve cette légitimité dans le mode procédural d'adoption du droit : « Le seul droit pouvant être tenu pour légitime est celui qui peut être rationnellement accepté par tous les citoyens dans un processus discursif de formation de l'opinion et de la volonté » (Habermas, 1997 : 135).

Le paradigme procéduraliste d'Habermas

C'est le principe discursif qui fonde la légitimité du droit des sociétés démocratiques. Il s'agit de la thèse générale de la rationalité procédurale, par laquelle on retrouve, appliquée au droit, la théorie habermassienne de l'agir communicationnel. Par le biais de la procéduralisation, c'est-à-dire de l'établissement de procédures discursives d'adoption de la loi, le droit refonde sa légitimité et produit un droit rationnellement acceptable et accepté.

« Le paradigme procéduraliste [...] est centré sur le citoyen qui participe à la formation de l'opinion et de la volonté politique [...] Les citoyens ne peuvent arriver à une réglementation équitable de leur statut privé que s'ils ont un usage approprié de leurs droits politiques dans le domaine public. Ils doivent être désireux de participer à la lutte pour ce qui est d'intérêt public, pour l'interprétation et l'évaluation de leurs propres besoins, avant même que les législateurs et les juges ne puissent savoir ce que veut dire, dans chaque cas, traiter des cas semblables de la même manière ».

Jürgen Habermas, « Between Facts and Norms: An Author's Reflections », *Denver University Law Review*, N° 76, 1999, p. 942

VI.3. Le champ juridique : Bourdieu

La sociologie du droit de Pierre Bourdieu s'inscrit dans le cadre de sa théorie structurelle des champs du pouvoir et des modes de domination. Pour Bourdieu, le droit est un discours de pouvoir lié à la construction de l'État et à sa légitimation et monopolisé par une classe d'agents spécifiques, les juristes. Pour étudier le droit, il convient de se démarquer de la science juridique et d'adopter une méthode de sociologie réflexive qui rompe, d'une part, avec le sens commun et les pré-constructions qu'il impose, afin de pouvoir retrouver les processus sociaux qui ont conduit à un état des choses donné et, d'autre part, avec les présupposés sociologiques. S'agissant du droit, cela signifie pour le sociologue être « conscient de manière autocritique du rôle de sa discipline en tant qu'à la fois opposant et protagoniste du discours juridique, tout en tâchant en même temps de s'affranchir de la domination du droit dogmatique et de ses gardiens » (Madsen et Dezalay, 2002 : 191). Pour Bourdieu, le monde sensible doit être appréhendé en terme de « pratique », c'est-à-dire de combinaison dialectique de déterminations subjectives (les structures incorporées ou *habitus*) et objectives (les structures propres aux champs sociaux). Au centre de cette pratique, l'on trouve donc les notions d'*habitus* et de champ. Le champ est « un réseau ou une configuration de relations objectives entre des positions. Ces positions sont définies objectivement dans leur existence et dans les déterminations qu'elles imposent à leurs occupants, agents ou institutions, par leur situation présente et potentielle (*situs*) dans la structure de distribution des types de pouvoir (ou capital) dont la possession commande l'accès à des profits spécifiques qui sont en jeu dans le champ, aussi bien que leur relation objective à d'autres positions (domination, subordination, homologie, etc.) » (Bourdieu et Wacquant, 1992 : 101). Quant à l'*habitus*, il s'agit de dispositions intériorisées à la pratique, de « principes générateurs de pratiques distinctes et distinctives – ce que mange l'ouvrier et surtout sa manière de le manger, le sport qu'il pratique et sa manière de le pratiquer, les opinions politiques qui sont les siennes et sa manière de les exprimer diffèrent systématiquement des consommations ou des activités correspondantes du patron d'industrie ; mais ce sont aussi des schèmes classificatoires, des principes de classement, des principes de vision et de division, des goûts, différents » (Bourdieu, 1994 : 23). Bourdieu dit de l'*habitus* qu'il est structurant et structuré, qu'il est le produit du positionnement social de l'agent et qu'il est en même temps constamment reconstruit par la trajectoire de ce dernier.

Le droit occupe pour Bourdieu une place fondamentale dans la compréhension de l'État moderne : « Il faut s'attacher tout particulièrement à la structure du champ juridique, porter au jour les intérêts génériques du corps des détenteurs de cette forme particulière de capital culturel, prédisposé à fonctionner comme capital symbolique, qu'est la compétence juridique » (*op.cit.* : 130).

Bourdieu et le champ juridique

« Le champ juridique est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit, c'est-à-dire la bonne distribution (*nomos*) ou le bon ordre, dans laquelle s'affrontent des agents investis d'une compétence inséparablement sociale et technique consistant pour l'essentiel dans la capacité socialement reconnue d'*interpréter* (de manière plus ou moins libre ou autorisée) un corpus de textes consacrant la vision légitime, droite, du monde social »

Pierre Bourdieu, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, N° 64, 1986, p. 4

Le droit est l'arène où combattent des agents d'une catégorie particulière, les juristes, qui se sont constitués en un groupe social autonome monopolisant l'accès aux ressources juridiques et servant de la sorte d'intermédiaires entre le profane et la règle de droit. Par sa

logique de fonctionnement spécifique, le champ juridique est capable de produire et reproduire un corpus juridique relativement indépendant des contraintes sociales. En même temps, le champ juridique est strictement attaché à l'État, c'est-à-dire à l'instance qui s'auto-légitime dans l'exercice de la violence symbolique et du pouvoir. Le champ juridique est un lieu de compétition et de tensions, mais aussi un ensemble de structures mentales et sociales qui influence les agents dans la définition du droit, derrière un écran de professionnalisme publiquement affiché. L'interprétation juridique est un exercice limité structurellement par les hiérarchies institutionnelles et sociales du champ du droit, ce qui influence directement l'application des règles. « Cette construction sociale du droit, qui est conçue par les agents juridiques comme une question de droit pur, cherche, d'une part, à assurer l'autonomie du champ à l'égard du champ du pouvoir étatique et, de l'autre, à contrôler la frontière entre le droit et les autres champs du savoir comme un moyen de renforcer ses propres hiérarchies » (Madsen et Dezalay, 2002 : 198-199). La force du droit, c'est cette capacité à s'approprier la langue ordinaire et à la transformer en un langage spécialisé et monopolisé par ses interprètes autorisés, un langage auquel ils croient, cependant, et que le point de vue sociologique dénonce : « Le droit n'est pas ce qu'il dit être, ce qu'il croit être, c'est-à-dire quelque chose de pur, de parfaitement autonome, etc. Mais le fait qu'il se croie tel, et qu'il arrive à le faire croire, contribue à produire des effets sociaux tout à fait réels, et d'abord sur ceux qui exercent le droit » (Bourdieu, 1991 : 99). Au titre de ces effets, on mentionnera l'*universalisation* et la *neutralisation*. L'effet d'universalisation, c'est la référence à des valeurs supposées partagées et hors d'atteinte de la critique et de la variation individuelle. L'effet de neutralisation, c'est l'usage de constructions grammaticales passives ou impersonnelles qui dépersonnalisent l'action du droit. Si donc le droit doit être analysé sociologiquement, il s'agit, pour Bourdieu, d'un droit à aller chercher au-delà des normes formelles, dans les habitus et dans ce qui amène ces habitus à être formalisés, à être codifiés. « Ce qui revient, si l'on va jusqu'au bout de l'entreprise, à poser dans toute sa généralité le problème des conditions sociales de l'activité même de codification et de théorisation, et des effets sociaux de cette activité 'théorique' » (Bourdieu, 1986 : 44).

La sociologie bourdieusienne a fait, dans le domaine du droit, quelques adeptes. Rémi Lenoir a ainsi travaillé sur la réforme de l'instruction ou la politique de la famille. S'agissant de cette dernière, qu'il analyse à partir d'une notion de « champ politico-bureaucratique », Lenoir s'attache à montrer comment émerge « la domination de type bureaucratique sur le champ de production de la politique familiale » (Lenoir, 1991 : 36). Il faut surtout mentionner les travaux d'Yves Dezalay sur le champ juridique mondialisé. Celui-ci propose, dans la ligne d'une sociologie qui se veut explicitement bourdieusienne, « d'une part, d'étudier l'émergence d'une culture juridique globale hybride dans les arènes reliées entre elles qui existent entre les niveaux nationaux et international et, d'autre part, de développer plus avant la théorie au-delà du contexte national spécifique dans lequel elle a été initialement construite » (Madsen et Dezalay, 2002 : 200). Pour Dezalay, la multiplication des sociétés multinationales et des institutions internationales a créé une compétition nouvelle, non pas seulement entre nations, mais aussi et surtout entre des « entrepreneurs globaux » faisant la promotion de leur savoir spécifique en tant qu'il serait aujourd'hui universel et partagé par tous (Dezalay et Garth, 2002).

VI.4. Foucault et le postmodernisme

Le droit ne constitue pas, en tant que tel, un objet explicite de la pensée de Foucault. Pourtant, il convient de s'attarder à la conception que Foucault peut en avoir pour deux raisons : d'abord, parce que l'interrogation traverse ses travaux ; ensuite, en raison de son impact sur toute la tradition postmoderne.

C'est principalement dans *Surveiller et punir* et dans *L'Histoire de la sexualité* que le thème du droit prend une dimension particulière chez Foucault, de même que dans une série d'entretiens et d'articles regroupés, en anglais, sous le titre de *Power/Knowledge*. L'intérêt pour le droit et, en particulier, le droit pénal ne procède pas d'un souci historique, mais plutôt d'une volonté d'analyser une certaine « rationalité punitive » et de regarder l'action du pouvoir. Le droit est donc associé à la conception négative du pouvoir, une forme juridico-discursive liée à la prohibition (sur le mode « tu ne tueras point »). Foucault cherche à s'affranchir d'une conception classique du pouvoir et du droit – des règles impératives soutenues par la menace de la sanction – au profit d'une conception moins unitaire et moins directement répressive, faite de micro-pouvoirs, au titre desquels le savoir (qu'il décrit d'ailleurs généralement sous forme de paire pouvoir/savoir). Foucault se réfère donc à deux types de droit, le *droit-souveraineté* et le *droit-gouvernance*. Dans sa première forme, le droit est « un instrument du pouvoir qui est à la fois complexe et partielle » (Foucault, 1980 : 141). Partielle, parce que le droit exhibe une prétention à la vérité de ses jugements et à la validité de ses règles, mais aussi parce qu'il exerce une contrainte sur les autres discours. Sa vérité, le droit l'exerce principalement par la force et, de manière ultime, la violence. Le droit est pervers, en ce sens, parce que ce qui semble être un progrès – le passage du règlement armé du conflit au compromis pacifique – n'est que substitution d'un pouvoir à un autre : l'humanité installe chacune de ses violences dans un système de règles et passe donc d'une domination à une autre domination.

Foucault identifie un mouvement de l'histoire en forme de chiasme. Là où, sous l'Ancien Régime, la justice était secrète et la punition publique, l'âge moderne est celui d'une justice publique et d'une punition, sinon secrète, du moins confinée derrière les murs des institutions pénitentiaires et asilaires. Autrement dit, c'est le pouvoir disciplinaire qui devient le trait distinctif de la modernité. Ceci, selon Foucault, n'est pas perçu par la théorie politique, elle qui continue à réfléchir sous l'emprise du paradigme de l'État et de la souveraineté. Le cœur de la thèse de Foucault, c'est que le système juridique étatique est irrévocablement lié aux notions de souveraineté et de monarchie juridique. « Pensé de la sorte, il présente le droit comme essentiellement prémoderne » (Hunt et Wickham, 1994 : 44). Le droit est l'expression transparente de la domination du souverain. Avec la modernité, il se produit un passage à des formes de pouvoir diffuses dont la localisation devient énigmatique. C'est pourquoi le pistage de ces formes et de leurs stratégies, techniques et technologies s'impose avec acuité. Plutôt que d'étudier le droit, Foucault s'engage donc dans l'analyse de ces multiples pouvoirs disciplinaires qui, bien qu'encadrés par le droit, fonctionne en dehors ou parallèlement au cadre juridique : « Les disciplines caractérisent, classifient, spécialisent [...], elles effectuent une mise en suspens, jamais totale, mais jamais annulée non plus, du droit. Aussi régulière et institutionnelle qu'elle soit, la discipline, dans son mécanisme, est un 'contre-droit' » (Foucault, 1999 : 259). Toutes les institutions disciplinaires, qu'il s'agisse des prisons, des asiles, des écoles ou des usines, fonctionnent en sorte de « naturaliser » le pouvoir juridique de punir et de « légaliser » le pouvoir technique de discipliner, ce qui produit « un grand continuum carcéral [qui] fait communiquer le pouvoir de la discipline avec celui de la loi » (*op.cit.* : 355). Si les institutions carcérales et asilaires épitomisent l'interdépendance du droit et du pouvoir disciplinaire, l'évolution s'est ensuite faite vers une multiplication des micro-pouvoirs disciplinaires opérant indépendamment du droit : « À partir de la sujétion non volontaire au 'regard' de l'autorité en prison ou à l'hôpital, le thème général de la surveillance s'est ramifié dans le sens d'un élargissement à la surveillance à la fois humaine et technologique, que ce soit par l'observation directe (rapports des professeurs, des assistants sociaux, etc.) ou par le moyen d'un examen indirect (les archives cumulées des percepteurs d'impôts, les opérateurs de cartes de crédit, etc.) » (Hunt et Wickham, 1994 : 47). Il est donc

aussi possible de considérer les pratiques disciplinaires, pour Foucault, comme la face cachée du droit : « La forme juridique générale qui garantissait un système de droits qui étaient en principe égalitaires était sous-tendue par ces mécanismes menus, quotidiens et physiques, par tous ces systèmes de micro-pouvoir essentiellement inégalitaires et dysymétriques que constituent les disciplines » (Foucault, 1999 : 258). Mais Foucault pense aussi le droit comme un discours tâchant, face à la multiplication des formes discursives modernes (science et médecine, principalement), de les encadrer et contrôler, de les recoder dans la forme du droit.

La relation de Foucault au droit est paradoxale, en ce sens que le thème traverse son œuvre, mais que c'est au final pour en marginaliser le rôle. D'abord, parce qu'il associe le droit à une époque prémoderne. Ensuite, parce que l'étude du droit fait, à son avis, courir le risque de ne pas remarquer les mécanismes capillaires du pouvoir qui procèdent, non par le mode coercitif propre au droit, mais par la normalisation, c'est-à-dire par la conformation à des standards de conduite. « C'est par la répétition d'exigences normatives que le 'normal' est construit et la discipline résulte donc du succès de la normalisation acquis par l'implantation d'un schème de normes disséminé tout au long de la vie quotidienne et garanti par la surveillance » (Hunt et Wickham, 1994 : 50). Le souci de Foucault pour la discipline se transforme progressivement en un intérêt pour le thème de la gouvernance, c'est-à-dire du gouvernement de la conduite des gens, les pratiques complexes et multiples présupposant, d'un côté, des formes rationnelles, des procédures techniques, des instrumentations par lesquelles agir et, de l'autre côté, des jeux stratégiques qui soumettent les relations de pouvoir qu'ils sont supposés garantir à l'instabilité et au revirement. Pour Hunt et Wickham, cette évolution vers la gouvernance préfigure les derniers écrits de Foucault dans lesquels il parle du droit comme d'un ensemble d'outils pouvant servir d'intermédiaire entre l'État et la société civile et entre l'État et l'individu (*op.cit.* : 55).

Il ne saurait être question de faire l'inventaire de l'héritage foucauldien en sciences sociales. On peut toutefois souligner ce que le postmodernisme lui doit. Les *Critical Legal Studies* s'en revendiquent explicitement (*cf.* section suivante), tout comme les *gender studies* (O'Donovan, 1985). Avec Hunt et Wickham, c'est la théorie de la gouvernance qui prend la forme d'un nouveau paradigme pour les études socio-juridiques (Hunt et Wickham, 1994 : 3^e partie). Si, comme on l'a dit plus haut, la relation de Foucault au droit est paradoxale, elle n'en a pas moins imprégné en profondeur la recherche contemporaine, pour laquelle les notions de pouvoir discursif, de micro-pouvoir ou de pouvoir capillaire, de disciplinarisation, de normalisation ou encore de gouvernance sont devenus d'usage courant.

VI.5. Les *Critical Legal Studies*

Les *Critical Legal Studies* sont un courant majeur de la pensée juridique contemporaine. Elles sont apparues à la fin des années 1970, aux États-Unis, en réaction à la doctrine dominante dans les facultés de droit. L'objectif principal des *Critical Legal Studies* est de saper les fondations du formalisme juridique et d'élaborer une méthodologie et une conception alternatives du droit. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un mouvement uniforme, on peut parler d'une école de pensée juridique plurielle, regroupant des post-marxistes aussi bien que des féministes, des humanistes et des libéraux (au sens américain) de gauche, de même que des tenants du postmodernisme. « [L'] élément unificateur, c'est la dimension politique de la critique du système et de la doctrine juridiques, qui recourt principalement aux notions de démocratie radicale et de justice sociale » (Příbáň, 2002 : 119). Un autre élément commun aux différents courants des *Critical Legal Studies*, c'est le refus de toute distinction entre raisonnement juridique et débat politique : le droit est politique.

Les deux tendances principales des *Critical Legal Studies*, selon Roberto Unger

« L'une voit dans la doctrine passée ou contemporaine l'expression d'une vision particulière de la société, tout en mettant l'accent sur le caractère contradictoire et manipulable de l'argument doctrinal. Ses antécédents immédiats sont les théories juridiques anti-formalistes et les approches structuralistes de l'histoire culturelle [...] Une autre tendance s'est développée à partir des théories sociales de Marx et Weber et du mode d'analyse sociohistorique qui combine les méthodes fonctionnalistes et des objectifs radicaux. Son point de départ se trouve dans la thèse que le droit et la doctrine juridique reflètent, confirment et remodelent les divisions et hiérarchies sociales inhérentes à un type ou à un stade d'organisation sociale tel que le 'capitalisme'. Mais cette thèse a été de plus en plus influencée par la prise de conscience que les types ou stades institutionnels sont dépourvus du caractère cohésif et prédestiné que la vulgate gauchiste leur attribue ».

Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. 121-123

Selon Mark Kelman, trois contradictions affectent la pensée juridique : la contradiction entre un système de règles mécaniquement applicables et des critères d'application sensibles au contexte ; la contradiction entre la subjectivité des valeurs et l'objectivité de la vérité sociale et éthique ; la contradiction entre un discours intentionnaliste et un discours déterministe (Kelman, 1987 : 3). Les *Critical Legal Studies* s'attaquent à ces contradictions. Ainsi, dans un article pionnier des *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy fait le reproche à la doctrine « libérale » de l'État de droit d'être incapable de distinguer entre la légalité formelle et les valeurs sociales plus larges, c'est-à-dire entre la forme et la substance du droit, entre les règles et les standards. Par règle formelle ou « réalisabilité formelle », Kennedy entend l'injonction d'agir d'une manière déterminée devant une situation factuelle aisément reconnaissable. Par « standard », il entend ces critères répondant aux objectifs mêmes de l'ordre juridique, tels que la « bonne foi », le « caractère raisonnable » ou, dans le contexte civiliste, le « bon père de famille » (Kennedy, 1976). Alors que les règles formelles devraient se conformer aux standards, elles échouent à le faire. Toute reconstruction du droit doit passer par le respect des obligations morales de la communauté politique, incarnées dans l'altruisme des standards, au détriment de la moralité individuelle, assimilée à la règle formelle protectrice des droits individuels. Cette reconstruction prend la forme, chez Roberto Unger, de la théorie des droits déstabilisateurs, qui entend changer la conception dominante du droit en tant que système de règles ordonnant et protégeant la société contre l'instabilité sociale. Les droits déstabilisateurs reflètent la dynamique sociale des sociétés démocratiques et agissent en tant qu'instrument de changement politique dans un système juridique conçu comme un champ de bataille où différentes valeurs, standards et principes sont en permanence contestés et attaqués (Unger, 1983 : 88).

L'on peut sentir l'influence aussi bien de Foucault que du constructivisme dans la tendance des *Critical Legal Studies* à considérer que le monde est une construction sociale dans laquelle le savoir est synonyme de pouvoir. L'identification d'une contradiction entre objectivisme à propos de la vérité et subjectivisme à propos des valeurs conduit les *CLS* à poser le problème en termes d'invention des catégories du droit. En ce sens, la théorie et la doctrine juridiques sont des instruments de légitimation, non des outils descriptifs. Or, pour les tenants des *CLS*, il est faux de penser que les mots sont dotés de significations essentielles ; ils sont au contraire l'objet d'interprétations qui suivent des « schèmes de rationalisation » et sont éminemment politiques (Kennedy, 1979). La pensée juridique n'est, autrement dit, qu'une pratique tendant à réifier les concepts et les rôles sociaux (Gabel, 1980). L'examen de

la pratique juridique révèle ainsi comment les juristes « remodèlent la façon qu'ont les gens de comprendre l'ordre social en place et la place qu'ils y occupent » (Gabel et Harris, 1982-83 : 370). L'analyse de cette pratique et une conception politique du droit doivent permettre d'agir sur celui-ci. C'est pourquoi les lieux de formation au droit, accusés (de manière semblable à la dénonciation opérée par Bourdieu, entre autre dans *La Distinction*) de reproduire les hiérarchies sociales, occupent une place importante dans les *Critical Legal Studies*. Dans leur critique de ces institutions, celles qu'on appelle à présent les *Crits* s'en prennent, dans une veine qui n'est pas sans rappeler Pierre Legendre, aux juristes, ces « pontifes » et « prophètes » qui concourent à la production de croyances venant conforter l'establishment politique et juridique. Transformer l'enseignement du droit reviendrait donc à transformer le droit et la politique dans le sens d'une promotion de la démocratie, d'une émancipation des classes discriminées et d'une autoréalisation individuelle et communautaire.

« L'une des avancées principales des [*Critical Legal Studies*] est d'avoir démontré le besoin d'intégrer la théorie juridique dans la théorie sociale. En s'inspirant d'Habermas, de Marcuse, de Mannheim et de Gramsci, les théoriciens des *Critical Legal Studies* ont tenté d'introduire dans le discours sur le droit les perspectives et les modèles de la théorie des sciences sociales et, en particulier, la relativité de la vérité propre à n'importe quel groupe social ou historique » (Freeman, 2001 : 1051). Le courant des *CLS* s'est entre autre attaché à montrer que ce qui est présenté comme inéluctable, dans le droit, est en fait le produit d'une fausse conscience visant intentionnellement à donner à l'ordre social sa configuration présente. Dans son ouvrage sur *Ce que l'analyse juridique doit devenir*, Unger montre de la sorte ce que la science du droit contemporaine produit, avant de proposer un programme visant à faire de l'analyse juridique « un instrument majeur de l'imagination institutionnelle dans une société démocratique » (Unger, 1996 : 26). Mais cette dimension utopique des *CLS* a subi de fortes attaques et l'évolution s'est plutôt faite dans le sens d'une poursuite de la mise en cause du cadre institutionnel en place et du libéralisme méritocratique dépourvue de grandes propositions alternatives. La théorie se voit attribuer moins de place, dans les travaux récents, au profit d'une multiplication d'actions politiques radicales concrètes. Reste donc, principalement, la dimension critique, que l'on retrouve dans les mouvements épigones des *CLS* que sont la *critical race theory* et la *critical feminist theory*.

VI.6. Déconstructionnisme et psychanalyse

Des auteurs se revendiquant du déconstructionnisme et de la psychanalyse se sont emparés du droit dans une perspective critique. Le premier s'appuie sur le « tournant linguistique » (*linguistic turn*) et la philosophie post-structuraliste de Derrida. Celui-ci fait la distinction entre deux types d'attitude interprétative. D'une part, l'interprétation rabbinique, qui « met l'emphasis sur le Livre de la Loi qui a été révélé. En tant que commentaire, exégèse, élucidation et subordination au droit, l'interprétation [y] est toujours secondaire ». D'autre part, l'interprétation poétique, qui « serait l'affirmation joyeuse du mot et de l'innocence du devenir, l'affirmation d'un monde de signes sans faute, sans vérité et sans origine, qui est offert à une interprétation active » (Derrida, 1978 : 292). Pour les déconstructionnistes, qui adoptent ce second type d'attitude interprétative, « le sens n'est jamais totalement présent dans aucun signe, phrase ou texte, dès lors qu'il est toujours fonction de ce que le signe n'est pas. Le sens est fragmenté, disséminé sur l'horizon des signifiants, toujours la trace d'une présence et d'une absence » (Warrington et Douzinas, 1997). Le déconstructionnisme insiste donc sur la liberté d'interprétation et sur la polysémie du signe. S'agissant du droit, cela implique un scepticisme à l'égard de tout principe fondateur, tout en prétendant à la création d'une théorie de la justice s'opposant à toute volonté « totalisatrice ». En fin de compte, au moment de prendre une décision judiciaire, c'est la politique et l'éthique de la justice qui

l'emportent sur toute métaphysique de la vérité. Le juge doit prendre la responsabilité existentielle de sa décision judiciaire. « La théorie de la justice que poursuit le déconstructionnisme se situe donc à l'exact opposé de l'endossement de l'intuition de l'individu de ce qu'il ressent comme juste. Ce serait beaucoup trop proche du discours. Cela se doit d'être, au contraire, distancié, réflexif, différé – tout en tenant compte des particularités de la situation, à la lumière de considérations à la fois politiques et éthiques » (Jackson, 1996 : 294).

La psychanalyse a été également mobilisée dans l'entreprise de critique du droit (Milovanovic, 1992). On mentionnera Pierre Legendre, pour ne prendre que le représentant principal de ce courant. Resituant le droit occidental dans la filiation du droit romain, il s'attache à démontrer comment l'ensemble juridique est un appareil théocratique visant à « maintenir en croyance les sujets » (Legendre, 1974 : 19). Le mécanisme juridique du dressage à l'amour du Pouvoir procède en permanence d'une figure de substitution de la référence fondatrice, Dieu le Père : « Il ne peut y avoir de système institutionnel qui ne fonctionne *au nom de*. Pour obtenir cet *au nom de*, des montages complexes agencent, par des moyens, si j'ose dire, basement mythologiques, la représentation, la mettent en oeuvre et lui permettent de produire ses effets subjectifs et sociaux. Selon mon jargon, dans l'étude que j'en ai maintes fois proposée, ce travail de représentation met en scène la *Référence fondatrice*, ou *Référence absolue* » (Legendre, 1988 : 20).

La mécanique psychanalytique du droit, selon Pierre Legendre

« Une masse amorphe, préalablement constituée, d'ouvrages anciens, innombrables et isolés les uns des autres, formant un *texte mort*, qu'appellent à la vie du système les opérations du compilateur découpant et rapprochant ses fragments. Sur cette base prend consistance un *corpus juris*, un *corps du Droit* où vient se greffer la glose, et que reconnaît, dans ses limites et ses détours, une dialectique perfectionnée. [...] [Ce corps de droit dispose de ses exégètes attirés], savants, déclarés tels au terme d'une liturgie universitaire, [...] préposés à dire la Loi [...] [qui] en subissent le texte et se trouvent placés, exactement là où il faut, pour résoudre les seules questions légitimes qui s'y rapportent, et pour ne pas en dire davantage ».

Pierre Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974, p. 81-99

Le corollaire de cette caste d'exégètes, c'est le caractère répétitif du Texte juridique et l'effacement de son exégète, qui n'est jamais l'inventeur de la règle mais uniquement son restaurateur.

Conclusion de la Deuxième partie : Les silences de la recherche sociojuridique

La recherche sociologique a traditionnellement cherché à expliquer le droit soit en termes de rapports de force, de pouvoir, de domination, soit dans ceux de la modernité et de la rationalisation, soit encore comme traduction symbolique d'une culture intériorisée. Toutes ces perspectives gardent, sur le droit, ses manifestations, les phénomènes qui s'y rattachent et ses pratiques, un regard extérieur qui – pour paraphraser Dworkin mais dans un sens totalement différent – ne prend pas le droit au sérieux dans sa dimension pratique, en tant qu'activité sociale concrète pratiquée au quotidien. Il y a comme un petit « quelque chose qui manque » dans la recherche sociojuridique, un point blanc, et celui-ci n'est autre que le droit lui-même.

Il semble difficile d'isoler une question quelconque des modalités de son déploiement. Autrement dit, étudier le droit signifie nécessairement étudier le « droit en action ». Il convient, à cet égard, d'examiner les méthodes utilisées par les gens engagés dans une activité qu'ils identifient comme juridique pour accomplir cette activité de manière intelligible, de sorte à pouvoir agir et interagir de manière ordonnée. Cela suppose de ne pas chercher à définir l'objet étudié – le droit, en l'espèce – autrement que comme ce que les gens identifient comme tel. Plutôt que de se mettre en quête de la nature du droit, de lui chercher une essence, de le considérer analytiquement comme un outil d'ingénierie sociale, de le considérer comme l'expression euphémisée du pouvoir, de n'y voir qu'une superstructure ou de le penser dans les termes d'une figure paternelle oppressive de l'identité individuelle, la sociologie du droit a peut-être pour tâche principale de seulement éclairer les mécanismes sociaux qui ont fait que cet objet s'organise et s'accomplit de telle ou telle manière.

Une des caractéristiques majeures de la recherche sociojuridique est la faible attention portée à la dimension pratique de l'activité juridique et judiciaire. Quand elle se lance à la recherche de la nature du droit, cette recherche manque le phénomène de la pratique elle-même. Souvent, on renvoie les règles juridiques dans les rangs du formalisme, tandis que la pratique est présentée sur un mode narratif (tel ou tel cas exemplaire venant illustrer la démonstration tenue par l'auteur), avec un double écueil en perspective : d'une part, les acteurs sociaux restent extérieurs à la signification fondamentale du droit qu'ils pratiquent ; d'autre part, les chercheurs, qui prétendent avoir accès au sens de la loi, ont peu de prise sur son accomplissement pratique. Cela procède en partie de la construction académique d'une dichotomie entre théorie et pratique. Si le droit, en temps que phénomène social de part en part, ne peut être réduit aux seules dispositions d'un code juridique (le droit des livres), il serait également erroné de penser que le droit des livres n'est pas une partie intégrante de la pratique du droit. L'affirmation platonicienne que la théorie du droit n'est qu'apparences et que la tâche des scientifiques est de découvrir l'objet se trouvant derrière ces apparences égare l'analyse, parce qu'elle ne rend pas justice à l'attitude naturelle des gens qui ne font pas l'expérience de la réalité comme quelque chose de purement subjectif et ne pensent pas le droit des livres comme quelque chose de purement formel. Si l'on prend l'exemple de la déviance, il est clair, ainsi, que le sens commun en traite comme d'un acte existant indépendamment de la réponse de la société, alors que le modèle sociologique de l'interactionnisme symbolique, pour ne prendre que lui, en traite comme l'étiquetage par la société d'un acte comme déviant. En d'autres termes, la déviance peut bien être considérée par le sociologue comme un artefact, elle est conçue par les acteurs sociaux comme une catégorie signifiante et objective : « Alors que, par exemple, la communauté crée la possibilité d'infractions routières au sens où elle crée les règles qui peuvent être enfreintes et qu'elle développe les autorités chargées de leur détection, ces règles sont traitées du point de vue du tribunal comme preuve d'une 'réelle' déviance, comme établissant cette catégorie d'actions

qui sont déviantes, qu'elles aient été ou non remarquée et qu'on y ait ou non remédié en tant que telles » (Pollner, 1974 : 39). En opposant simplement la théorie à la pratique et les dispositions légales au « droit vivant », la recherche sociojuridique manque donc une importante partie du phénomène qu'elle entend étudier, ce qui aurait pu être évité en décrivant dans le détail les catégories juridiques vers lesquelles les gens (professionnels et profanes) s'orientent, leur réification de celles-ci dans le cours de leurs rencontres avec le fait juridique, à l'intérieur du cadre contraignant de contextes institutionnels et dans le but d'accomplir des tâches pratiques.

La recherche a bien du mal à se saisir du droit comme d'une activité pratique, c'est-à-dire à examiner les compétences liées spécifiquement au travail par lesquelles les juristes produisent et coordonnent les actions juridiques. C'est le « quelque chose qui manque » de l'étude sociologique du droit. S'agissant des professions juridiques, cela renvoie au fait que « les sociologues ont tendu à décrire de nombreuses influences 'sociales' sur la croissance et le développement des institutions juridiques, tout en considérant comme convenu que les juristes écrivent des brefs, introduisent des requêtes, interrogent des témoins et s'engagent dans des raisonnements juridiques » (Lynch, 1993 : 114). Quand elle utilise des données statistiques, la recherche tend à effacer l'« ici et maintenant » de chaque cas, c'est-à-dire qu'elle obscurcit le caractère nécessairement situé de toute activité. L'usage de données statistiques est une tentative visant à établir une connexion entre le général et le particulier. Elle dépend donc d'une correspondance stricte entre le code et la chose codée, entre les entrées statistiques et la réalité qu'elles codent pour la rendre statistiquement pertinente. Cette correspondance est toutefois loin d'être évidente : des liens sont établis sur la base de postulats implicites et d'un savoir de sens commun et la réalité sociale est induite à partir des catégories du statisticien. La conséquence est notre incapacité de comprendre le phénomène sous-jacent, c'est-à-dire les pratiques de codage. « La 'visibilité' des phénomènes est fonction du format et de la théorisation naturelle des chercheurs plus que des phénomènes. [... Malheureusement], cela nous apprend peu sur les façons qu'ont les personnes elles-mêmes, dans la constructions de leurs activités sociales, d'utiliser les catégories pour accomplir lesdites activités » (Benson et Hughes, 1991 : 123-124). C'est particulièrement vrai du droit et de ses deux opérations fondamentales que sont la formulation de catégories juridiques et la qualification juridique des faits. Souvent, ce que les études sociojuridiques échouent à faire, c'est tout simplement décrire et analyser les modes d'usage de ces catégories.

Le travail juridique, de manière générale, est une activité pratique et quotidienne qui s'insère dans un environnement local et qui fonctionne comme une contrainte sur ce qui peut être réalisé dans une situation donnée et comme une ressource pour attester de l'accomplissement d'un bon travail. Dans un certain sens, le but de la recherche sociojuridique devrait être d'« avoir prise sur les façon dont ces contraintes et ressources agissent sur le travail des juristes dans un contexte professionnel particulier » (Travers, 1997 : 7). L'observation ethnographique n'est pas absente des études sociojuridiques, mais elle se fait souvent de loin. C'est particulièrement vrai des études recourant à l'observation participante et aux entretiens. On observe un véritable court-circuit descriptif auquel se substitue le point de vue des chercheurs qui se présente comme une alternative à celui des acteurs ou demeure insensible au travail juridique tel que compris par ses praticiens journaliers. Max Travers parle de *fossé descriptif* : soit le travail juridique est réduit à la possession d'« un équipement particulier de compétences sociales pratiques » (Mungham et Thomas, 1979 : 173) ; soit le droit est présenté comme le moyen utilisé pour reproduire la domination des groupes dominants avec le consentement des groupes subordonnés (McBarnet, 1981) ; soit encore il s'agit d'opposer le désir des clients d'exprimer leurs sentiments d'injustice à des avocats terre-à-terre qui ne s'intéressent qu'à arriver à des accords négociés

(Sarat et Felstiner, 1986). Comblent ce fossé descriptif ou restituer ce « quelque chose qui manque » implique de se réorienter vers le contenu du travail juridique et son caractère avant tout pratique. Cela suppose de se tourner vers les aspects techniques du travail, vers son caractère situé, vers le mélange de sens commun et de savoir substantiel qu'il implique, etc. Cela ne peut se faire en restant à l'arrière de la salle d'audience, en résumant des cas ou en recourant à des entretiens avec les différentes parties impliquées dans un cas. Il convient davantage de comprendre le droit en termes d'actions pratiques et de modes d'action propres à l'objet juridique et aux juristes, et non seulement sur un mode critique et détaché de la phénoménologie de l'objet de recherche que l'on s'est assigné.

Cette dernière considération nous mène directement à la critique des explications dichotomiques et « macro », ce que nous appelons les hyper-explications (le pouvoir, la domination, la mauvaise conscience, l'hypocrisie, le patriarcalisme, etc.). Prenons l'exemple du patriarcalisme. En fin d'un ouvrage remarquable sur le langage du droit dans un procès pour viol, Gregory Matoesian nous dit que « les structures du langage en interaction génèrent des paramètres moralement implicatifs, qui gouvernent notre interprétation du viol et, en particulier, notre interprétation de la relation et de l'interaction entre victime et défenseur, et servent de point d'appui à [...] l'évaluation de la responsabilité morale et de l'imputation de la responsabilité juridique concernant le viol » (Matoesian, 1993 : 22). Les points de suspension dans cette citation correspondent à l'affirmation de Matoesian selon laquelle ces structures du langage en interaction fonctionnent « conjointement aux idéologies patriarcales ». Par cette mention, Matoesian fait une concession de taille aux études sociojuridiques et à leur tendance aux hyper-explications et aux dualismes conceptuels (par exemple, l'opposition micro-macro ou esprit-action). Robert Dingwall fait remarquer que, ce faisant, Matoesian manifeste un intérêt particulier pour la nature spécifiquement biaisée des rapports entre les sexes dans les procès pour viol. Et d'en conclure que la différence entre les *gender studies* – mais il vise plus largement l'ensemble des études sociojuridiques – et l'étude du droit par ses pratiques tient à ce que, alors que les premières « savent par avance que les tribunaux jugeant de viols sont des lieux de pouvoir et de domination », les secondes « insistent sur le fait que nous devons d'abord comprendre ce qui se passe en tant que phénomène local avant d'envisager la pertinence possible d'autres variables » (Dingwall 2000 : 906). Il faut souligner le contraste entre les prises de position qui commencent par stipuler l'existence et la pertinence du pouvoir comme du statut à l'intérieur aussi bien qu'entre des entités sociales et les recherches s'attachant aux nombreux lieux de manifestation et de production de l'ordre social en même temps qu'à la description des orientations de ces entités, instant après instant, vers les questions temporellement et localement situées qui sont pertinentes pour ce qui est de leur production.

L'institution du droit

L'avènement du droit moderne s'est accompagné d'une distinction marquée entre le droit, la morale et la religion. En tranchant la substance normative, la « hache d'Austin » (Assier-Andrieu, 1996) affirmait la nature positive du droit, c'est-à-dire son appartenance à l'ordre social des choses. À partir de ces prémices institutionnalistes – le droit est une institution humaine –, tout un courant fort de son étude philosophique et sociologique s'est développé. Celui-ci, sous des formes très diverses, s'est interrogé sur le droit en tant que système de régulation des rapports sociaux. C'est ainsi que le positivisme juridique s'est imposé comme une tendance majeure, à partir de l'œuvre de Bentham et d'Austin, avant de prendre la direction du normativisme chez Kelsen et une formulation analytique chez Hart. Dans une version sociologique, c'est la théorie compréhensive de Weber et l'héritage wébérien qui a imposé son analyse du phénomène juridique et de son inscription dans le processus de rationalisation des sociétés modernes. Enfin, il faut souligner l'importance des différents courants fonctionnalistes qui, de l'anthropologie à la théorie du droit, en passant par la sociologie, inscrivent leurs analyses du fait juridique dans un cadre institutionnaliste et systémique.

Chapitre VII: Le positivisme juridique

Le positivisme juridique s'est d'abord présenté comme une distinction du droit, de la morale et de la religion. Ce faisant, il s'agissait d'un affranchissement et d'une fondation, celle du droit moderne, en tant que fait déterminé socialement de part en part. Rapidement devenu une théorie de juristes et pour juristes, le positivisme s'est engagé dans un processus de plus en plus formaliste, au point de devenir la cible par excellence de la critique philosophique, sociologique et anthropologique. Pourtant, l'œuvre de fondateurs comme Bentham et Austin mérite d'être examinée attentivement. Il en va de même des travaux de Kelsen qui, pour formalistes qu'ils soient, n'en ouvrent pas moins des perspectives à une étude sociologique. Enfin, la conjonction de la philosophie du langage et du positivisme a produit, avec Hart, des analyses de premier ordre sur le fonctionnement intrinsèque du droit.

VII.1. Bentham et Austin

Le positivisme du XIX^{ème} siècle est principalement connu pour sa « théorie du commandement ». Jeremy Bentham (1748-1832) en fut le premier formulateur. Dans la lignée de l'utilitarisme philosophique, Bentham est un pourfendeur des théories du droit naturel et le tenant d'une étude de l'action humaine en termes de plaisirs et de peines et de calcul de félicité. Sa critique acerbe des archaïsmes du droit, qui en fit un réformiste militant, n'est pas sans paradoxe avec sa théorie du laisser-faire. Pour Bentham, la réforme du droit passe avant tout par une modification profonde de sa forme. C'est de cette conviction de base que procède son intérêt particulier pour les formes d'expression du commandement. Le droit est, pour lui, « un assemblage de signes déclaratifs d'une volition » (Bentham, 1970 : 1). La fonction de ces signes est d'exprimer ou communiquer l'acte de volonté du souverain. Ces signes peuvent prendre une forme aussi bien linguistique que non linguistique : « Le comportement de celui qui, au lieu de dire, a mis à mort des chefs du peuple, a décapité les têtes qui dépassaient d'un champ de coquelicots, pourrait bien avoir été, plutôt qu'un avis, un commandement » (*op.cit.* : 152). Il reste que, pour des raisons de commodité, le droit préfère les signes conventionnels du discours, qui peuvent être éphémères, comme le langage oral, ou permanents, comme le langage graphique. Le droit coutumier et la *Common law* relèvent du premier type de discours, tandis que le droit statutaire et codifié relèvent du second. Mais c'est le caractère général du commandement formulé par le discours, son applicabilité à une multitude indéfinie d'individus, qui, pour Bentham, constitue du droit à proprement parler. Cette généralité peut être assurée par des actes, des discours ou des écrits, la différence entre ces trois modes de communication résidant seulement dans leur degré de civilisation : « Le droit écrit est le droit des nations civilisées ; le droit traditionnel, celui des barbares ; le droit coutumier, celui des brutes » (*op.cit.* : 153). Bentham accorde une grande importance à la forme de l'expression du commandement. C'est ainsi qu'il considère le degré plus ou moins direct ou indirect de la formulation de l'ordre : « C'est mon vouloir que vous n'exportiez pas de grain » ; « N'exportez pas de grain » ; « Vous n'exporterez pas de grain » ; « Qu'il ne soit permis à personne d'exporter du grain » ; « Qu'aucun grain ne soit exporté » ; « Toutes les personnes exportant du grain seront punies » ; « Il n'est permis à personne d'exporter du grain ». Alors que les cinq premières formes d'expression du commandement sont directement impératives, les deux dernières, qui correspondent à la formulation du droit moderne, ne le sont qu'indirectement.

Premier professeur de science du droit à l'Université de Londres, John Austin (1790-1859) avait pour ambition de fonder la science du droit en tant que « science du droit positif ». Pour arriver à définir le droit positif, Austin distingue entre différents types de lois : les *lois à proprement parler*, les *lois par métaphore* et les *lois par analogie*. Les lois de la nature sont un exemple de lois par métaphore. Quant aux lois par analogie, ce sont celles qui procèdent de l'opinion généralement partagée par un groupement humain. Les lois par métaphore n'ont de loi que le nom, dès lors que manque à ce qui y est soumis la faculté d'intelligence et de

volonté. Animaux, végétaux et corps inanimés sont dépourvus de toute capacité de compréhension et de volition qui les amènerait à être, par rapport à ces lois, dans une relation d'obligation. Les lois par analogie ne sont pas plus des lois, alors même que la capacité de compréhension et la volition les sous-tendent. C'est un « ensemble de règles mis en œuvre par la *simple opinion*, à savoir, par les opinions tenues ou ressenties par un corps indéterminé d'hommes à l'égard de la conduite humaine » (Austin, 1954 : 11). Les bonnes manières relèvent ainsi de ces lois par analogie. Il leur manque toutefois, pour être des lois à proprement parler, la propriété d'émaner d'une autorité de commandement. La loi à proprement parler est en effet « une règle établie pour la guidance d'un être intelligent par un être intelligent ayant pouvoir sur lui » (*op.cit.* : 13). C'est une forme de commandement, lequel se définit de la façon suivante : « Si vous exprimez ou m'intimez un désir que je commette un acte ou m'en abstienne et si vous m'infligez un mal au cas où je ne me soumetts pas à votre désir, l'*expression* ou l'*intimation* de votre désir est un *commandement*. Un commandement se distingue des autres expressions du désir, non par le style avec lequel le désir est exprimé, mais par le pouvoir et l'intention de la partie qui commande l'infliction du mal ou de la souffrance au cas où le désir est négligé » (*ibid.*). Au titre des lois à proprement parler, on retrouve aussi bien « les lois établies par Dieu à l'intention de Ses créatures humaines » que les lois faites par des hommes à l'intention d'autres hommes. Dans les deux cas, il y a en effet conjonction des deux critères de la juridicité, l'existence d'un commandement et d'une sanction. Ce qui distingue les différentes catégories de lois à proprement parler, c'est un troisième critère, celui de l'autorité effective, de la supériorité politique, de la souveraineté. En d'autres mots, c'est l'intentionnalité doublée du pouvoir effectif de la mise en œuvre qui constitue le droit positif. La souveraineté se définit pour Austin de la manière suivante : « Si un être humain supérieur *déterminé*, qui n'a pas l'habitude d'obéir à un autre supérieur, obtient l'obéissance *habituelle* du *gros* d'une société donnée, ce supérieur déterminé est souverain dans cette société et la société (en ce compris le supérieur) est une société politique et indépendante » (*op.cit.* : 194).

VII.2. Le formalisme kelsénien

Il n'est guère de nom plus associé à la théorie du droit que celui de Hans Kelsen (1881-1973). Il est considéré comme le formulateur le plus rigoureux du normativisme juridique, c'est-à-dire d'une théorie du droit comme système de normes. « Dans la mesure où le mot 'norme' désigne une prescription ou un ordre, la 'norme' signifie que quelque chose doit être ou avoir lieu. Son expression linguistique est un impératif ou une proposition normative. L'acte, dont la signification est que quelque chose est ordonné ou prescrit, est un acte de volonté. Ce qui est ordonné ou prescrit est en premier lieu un comportement humain déterminé... Le devoir-être, la norme est la signification d'une volonté, *d'un* acte de volonté et – quand la norme est une prescription ou un commandement –, la signification d'un acte, qui est *dirigé* vers le comportement *d'autrui* ; d'un acte dont la signification est qu'un autre personne (ou d'autres personnes) *doit* se comporter d'une manière déterminée » (Kelsen, 1996 : 2). Kelsen établit une distinction entre le comportement, ce qu'il appelle aussi « l'événement extérieur » (sous-entendu, au monde du droit), et la signification attachée à ce comportement. Cette signification peut être subjective (c'est la signification attachée par un individu à un comportement) ou objective (c'est la signification attachée en droit à ce comportement). Seule la signification objective peut faire d'un comportement un acte juridiquement valide. La théorie kelsénienne est positiviste, en ce sens qu'elle prétend à la distinction radicale du droit et de la morale. Ainsi, le droit se définit-il pour lui subjectivement, d'une part, par le critère kantien de l'extériorité et de la sanction immanente organisée et centralisée par l'État, et objectivement, de l'autre, par sa conformité aux normes juridiques déjà en vigueur et l'établissement des conditions de compétence permettant le commandement juridique. Kelsen se distingue toutefois des autres positivistes dans la mesure de la distinction radicale qu'il

opère également entre droit et fait. Le droit consiste en un ensemble de normes, et les normes ne dérivent pas de faits mais d'autres normes. C'est un système autonome de normes reliées entre elles, non par un principe de causalité, mais par un principe d'imputation.

Fait sociologique et devoir-être, selon Hans Kelsen

Pour Kelsen, la science normative porte sur la conduite telle qu'elle doit avoir lieu, non sur les explications causales du monde physique. La science normative est une science formelle, une grammaire abstraite, une pure logique propositionnelle. Le devoir-être de la théorie kelsénienne n'est pas un fait sociologique, mais une opération logique de subsumption d'un acte à une norme supérieure du système normatif :

« Le fait extérieur dont les significations objectives sont légales ou illégales est toujours un événement qui peut être perçu par les sens (parce qu'il intervient dans le temps et l'espace) et, de ce fait, un phénomène naturel déterminé par la causalité. Toutefois, cet événement comme tel, en tant qu'élément de la nature, n'est pas un objet de la cognition juridique. Ce qui transforme cet événement en un acte légal ou illégal n'est pas son existence physique, déterminée par les lois de la causalité prévalant dans la nature, mais la signification objective résultant de son interprétation. La signification spécifiquement juridique de cet acte est dérivée d'une 'norme' dont le contenu réfère à cet acte ; cette norme confère une signification juridique à cet acte, en sorte qu'il puisse être interprété selon cette norme »

Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Los Angeles, The University of California Press, 1967, p. 3

La validité de chaque norme procède donc de la signification objective de l'acte de volonté qui lui a donné existence, dans les conditions établies par une norme supérieure dans la hiérarchie normative.

Cette question hiérarchique renvoie à la célèbre métaphore kelsénienne de la pyramide, au sommet de laquelle se trouve la constitution. Dans ce système pyramidal, la validité de chaque norme repose sur une norme supérieure et chaque niveau de la hiérarchie représente un mouvement allant de la généralité la plus complète à l'individualisation la plus marquée. La hiérarchie des normes n'est pas sans poser des problèmes délicats. D'une part, si la validité d'une norme ne peut être dérivée que d'une autre norme, quelle est celle de laquelle dérive la validité de la constitution ? D'autre part, si l'on cherche à aller au-delà de la constitution, il est impossible d'identifier des actes préalables de volition ayant conféré sa validité à cette constitution, « dès lors que cette constitution était conçue comme la fondation d'un nouvel ordre juridique et que les actes de volonté préalables appartiennent de ce fait à quelque ordre juridique préalable que la constitution présente est supposée dépasser » (Jackson, 1996 : 106). Kelsen entend résoudre ces problèmes en affirmant l'existence d'une norme elle-même supérieure à la constitution, une norme fondamentale (*Grundnorm*), qui, contrairement aux autres normes du système juridique, n'est pas la signification d'un acte de volonté. En somme, la théorie pure des normes repose sur un postulat indémontrable d'existence d'une norme préexistant à l'entière du système normatif.

On l'a vu, Kelsen établit une distinction stricte entre norme et fait : « Puisque la validité d'une norme constitue un devoir-être et non un être, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait que la norme est effectivement appliquée, obéie et suivie, que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement. Affirmer qu'une norme vaut, est valable, n'équivaut pas simplement à constater le fait qu'elle est appliquée et suivie effectivement » (Kelsen, 1967 : 14). Ceci étant, Kelsen concède l'existence d'un certain lien de corrélation entre validité et efficacité : « On ne considère une norme juridique comme objectivement valable que si la conduite humaine qu'elle règle y correspond effectivement, tout au moins jusqu'à un certain point. Une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est-à-dire une norme qui, comme on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un minimum d'efficacité, n'est pas reconnue comme une norme objectivement valable »

(*op.cit.* : 15). Par ce biais, la pureté de la théorie du droit de Kelsen – le fait qu'elle soit préservée de toute contamination empirique – se trouve largement relativisée : « L'admission d'une condition d'efficacité à l'intérieur de la définition de la validité de l'ordre juridique fait courir à la science du droit 'pure' le risque de réintroduire ces 'éléments étrangers', dont l'exclusion est un principe méthodologique premier pour Kelsen » (Serverin, 2000 : 27). La question de l'effectivité du droit amène de ce fait Kelsen à prôner le développement d'une sociologie juridique qui, loin de substituer à la science normative, soit toute entière à son service. « L'objet de la science sociologique du droit, nous dit Kelsen, n'est pas les normes valides – qui sont l'objet de la science normative du droit – mais le comportement humain. Quels comportements humains ? Seulement ceux d'entre eux qui sont, d'une manière ou d'une autre, reliés au droit » (Kelsen, 1946 : 173). La fonction de la sociologie du droit consiste ainsi à assurer une mesure de l'efficacité du droit qui n'incombe pas à la théorie du droit, mais à une science qui lui est auxiliaire. « Puisque les comportements sociaux ne font pas partie de la science du droit, cette science, en tant notamment qu'elle fait une place à la catégorie d'efficacité, a besoin d'une discipline qui se charge de la partie factuelle de l'observation » (Serverin, 2000 : 62).

VII.3. La science analytique du droit : Hart

Dans une veine toute particulière, Herbert Hart a profondément renouvelé l'étude du droit. Contrairement à Austin ou Kelsen, Hart n'a pas conçu son travail à partir d'une entreprise de définition du droit et des termes qui lui sont associés, mais s'est engagé dans une démarche inspirée des philosophies de Wittgenstein, du langage ordinaire et analytique. Le langage constitue pour lui le fondement même du droit, parce que celui-ci est un système communicationnel : « Il existe de nombreuses distinctions importantes, entre différents types de situations ou de relations sociales, qui ne sont pas immédiatement évidentes et que l'on peut faire apparaître de la manière la plus éclairante en analysant les emplois courants des expressions qui s'y rapportent et la manière dont ceux-ci dépendent d'un contexte social, qui est lui-même souvent passé sous silence » (Hart, 1976 : 10). Cette attention particulière portée aux usages linguistiques de termes présentant un « air de famille » juridique se retrouve dans l'ensemble des travaux de Hart et, en particulier, dans ceux qui portent sur les notions de responsabilité et de causalité juridiques (Hart, 1968 ; Hart & Honoré, 1985).

Sur cette base, Hart entreprend la critique de la théorie du commandement d'Austin. En effet, définir le droit comme une sorte de commandement contredit notre expérience sociale, ainsi que le montre une étude des distinctions opérées dans le langage ordinaire entre des expressions telles que « être obligé » et « avoir l'obligation ». La question de la légitimité de l'autorité qui oblige est fondamentale : on ne parle d'obligation que dans la mesure où le commandement s'accompagne d'un sens de la légitimité de l'autorité dont il émane, alors que l'on dira qu'on est obligé pour marquer l'effet d'une seule contrainte. Hart adopte la même méthode pour distinguer les types de règles juridiques. Il observe en effet que toutes les règles ne sont pas contraignantes, comme dans le cas du droit pénal, mais qu'il existe aussi toute une série de règles qui visent à autoriser des conduites et à conférer des compétences. Ceci n'empêche pas le droit d'avoir ce que Hart appelle une « texture ouverte », par quoi il entend que les règles juridiques ne peuvent jamais être communiquées de manière parfaitement déterminée et que donc, sous certains aspects, leur application peut toujours s'avérer relativement incertaine (Hart, 1976 : 159).

Hart considère le droit étatique comme une sorte de paradigme de l'étude du phénomène juridique. Il ne s'agit pas, pour lui, de dénier l'existence de cas se situant à la frontière de la juridicité, mais de montrer que, plutôt que de chercher à donner une définition absolue et improbable au droit, il convient d'étudier les significations et les usages de termes et de pratiques dont l'association au droit ne fait guère de doute. De ce point de vue, il est clair que le droit relève du devoir-être, contrairement aux lois de la nature. Dans l'ordre normatif, il

existe aussi des distinctions évidentes entre les règles juridiques, les règles relevant de l'habitude, les règles de politesse, etc. Un certain nombre de traits caractérisent, pour Hart, les règles juridiques, qui ne sont pas nécessairement cumulatifs : le degré de désapprobation sociale face à la violation de la règle et l'existence d'une raison sociale de cette désapprobation dont il est admis qu'elle peut entrer en conflit avec l'intérêt individuel ; la présence de sanctions institutionnalisées punissant la violation de la règle ; l'union de règles primaires et secondaires (la caractéristique par excellence du système juridique des sociétés avancées). Notons le caractère éminemment relatif du premier critère, la question de la désapprobation sociale de la violation d'une règle variant considérablement d'une société à l'autre. Quant au troisième critère, il renvoie à la distinction qu'opère Hart entre les règles imposant une obligation et les règles conférant un pouvoir.

Règles primaires et règles secondaires, selon Herbert Hart

« Les règles du premier type, que l'on peut considérer comme fondamentales ou primaires, prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non. Les règles de l'autre type sont, en un certain sens, parasites ou secondaires par rapport aux premières ; elles veillent en effet à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre. Les règles du premier type imposent des obligations ; les règles du second type confèrent des pouvoirs, publics ou privés. Les règles du premier type visent des comportements qui impliquent un mouvement ou des changements d'ordre physique ; les règles du second type pourvoient à des opérations qui entraînent non seulement un mouvement ou un changement d'ordre physique, mais la création ou la modification de devoirs ou d'obligations »

Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 105.

Si l'on a classé Hart parmi les positivistes, c'est parce qu'il adopte ce qu'on peut considérer en être les deux axiomes : d'une part, le droit est un fait social (une institution humaine) ; d'autre part, il existe une distinction radicale entre droit et morale éthique. Pour Hart, « il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit se reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elle l'aient souvent fait » (Hart, 1976 : 224). Il n'existe donc pas de relation nécessaire entre droit et morale. Certes, obligations juridiques et morales partagent certains traits : l'obligation est indépendante de la volonté de l'individu obligé ; l'obligation est récurrente et non pas occasionnelle ; l'obligation porte sur des exigences de la vie en collectivité. Mais elles se distinguent par l'importance accordée à l'obligation (il n'y a pas de règle morale qui puisse être considérée comme sans importance), par l'inaccessibilité de la règle morale aux changements délibérés, par le caractère nécessairement intentionnel de la faute morale et par la forme de la pression morale qui invite au respect de la règle en tant qu'elle est importante et partagée (*op.cit.* : 203-221). L'entreprise de distinction du droit et de la morale menée par Hart peut toutefois être considérée comme modérée (un *soft positivism*, selon Jackson, 1996), dans la mesure où il reconnaît un « contenu minimum du droit naturel » qui constitue « un substrat commun au droit et à la morale conventionnelle de toutes les sociétés qui ont progressé jusqu'au stade où droit et morale sont distingués comme constituant des formes différentes de contrôle de la société » (Hart, 1976 : 232). Ceci ne justifie toutefois pas pour Hart la confusion des deux niveaux juridique et moral : pour être juridiquement valide, la règle de droit ne doit pas nécessairement se conformer à la morale. De ce point de vue, sont du droit « toutes les règles qui sont valides selon les critères formels d'un système de règles primaires et secondaires, même si certaines d'entre elles violent la morale spécifique d'une société ou violent ce que nous pouvons considérer comme une morale éclairée ou authentique » (*op.cit.* : 250).

Les critiques de la théorie positiviste modérée de Hart ne manquent pas. Elles portent en partie sur la question de la déconnexion du droit et de la morale. Dans *The Morality of Law*, Lon Fuller distingue la *moralité interne* de la *moralité externe* du droit. La moralité interne ne concerne pas directement le contenu des règles juridiques, mais touche à la procédure suivie pour leur édicition. Ainsi, la règle peut être moralement défectueuse en raison d'un manque de généralité, d'un manque de publicité, de l'exercice d'un effet rétroactif, de son inintelligibilité, de son caractère contradictoire, de son impraticabilité, de son instabilité ou encore du fossé séparant sa formulation et son administration (Fuller, 1964). Pour Fuller, tout manquement complet à l'une de ces exigences retire au système normatif sa qualité de système de droit. Le modèle est bien sûr idéaliste et Fuller introduit donc la distinction entre manquement total (le système manque dans sa totalité à cette exigence) et partiel (seule une partie du système y manque). L'effet d'un manquement partiel est d'invalider la disposition entachée de ce vice et d'offrir au citoyen la faculté de choisir entre l'obéissance ou la désobéissance à ce qui, du système, n'est pas directement vicié. Ce qui est en jeu, c'est le respect d'une « moralité d'obligation », c'est-à-dire d'une moralité prescrivant le niveau minimum d'obligation nécessaire pour la vie en société. Pour Hart, le droit demeure toujours séparé de la moralité, parce qu'il n'y a de moralité qu'externe ou substantielle. Pour Fuller, au contraire, il y a bien une moralité procédurale, parce qu'il existe une incidence directe des manquements aux exigences procédurales d'édicition de la règle sur sa moralité substantielle. Quant à cette dernière, elle repose sur un principe communicationnel : « Ouvrez, maintenez et préservez l'intégrité des canaux de communication par lesquels les hommes se transmettent ce qu'ils perçoivent, ressentent et désirent » (*op.cit.*: 165). La moralité interne du droit, telle que la conçoit Fuller, peut donc être considérée comme une éthique de la communication légale. Le débat entre Fuller et Hart porte également sur la question de savoir ce qu'est une loi injuste. Pour Fuller, une loi injuste n'est pas une loi, et cette distinction présente l'avantage de ne pas conférer à cette norme la sacralité qui entoure la notion de loi. Pour Hart, une loi injuste demeure une loi ; comme elle est injuste, il n'y a pas d'obligation de s'y conformer, mais lui garder sa qualité de loi présente l'avantage de devoir toujours se poser la question de son caractère juste et développe ainsi la sensibilité morale.

C'est à Ronald Dworkin qu'il revient sans doute d'avoir formulé la critique majeure du positivisme modéré de Hart (Dworkin, 1977, et Dworkin, 1986). Pour Dworkin, l'inexistence de toute règle de reconnaissance, parmi les règles qualifiées par Hart de règles secondaires, conduit à conclure à l'inexistence de la loi, de sorte que son existence ou inexistence est démontrable. Dworkin s'attache à montrer que ce critère est invalide dans les affaires critiques, les *hard cases*. L'enjeu du débat recouvre, en termes simples, le tenant d'une conception procédurale du droit (le droit est un système de règles remplissant certaines conditions de procédure) et le tenant d'une conception du droit excédant le seul système de règles (le droit est un assemblage de règles et de principes). La notion de principe, qui elle-même rouvre la porte à la morale, est donc centrale : c'est à la lumière de ces principes que le juge, dans les *hard cases*, cherchera la réponse juridique correcte. Il est ainsi de la nature même du travail du juge que de trouver à l'aide de ces principes une solution qui existe déjà implicitement dans le système juridique et qu'il peut déduire en adoptant les formes d'argumentation et de raisonnement qui y sont en vigueur.

Alors que, pour Hart, un droit n'existe juridiquement qu'à la condition d'en démontrer positivement l'existence, faute de quoi il ressortit de l'ordre de la moralité, pour Dworkin, un droit existe toujours *a priori*, implicitement et indépendamment de toute autorité d'édicition, et un jugement rationnel entraîne seulement sa reconnaissance juridique, ce qui signifie, en

d'autres termes, que la norme morale est virtuellement juridique. Il existe ainsi des « maximes générales et fondamentales du droit » qui, bien que dépourvues du statut de règles, fondent juridiquement la décision du juge. Le droit est, de la sorte, constitué de diverses composantes normatives, dont les principes qui sont, en dernière analyse de nature éthico-juridique (Ricœur, 1995 : 170). Ces principes ne sont, en soi, pas univoques et, en conséquence, ils doivent être interprétés ; ils ont un poids et une adéquation qui doivent être évalués à chaque fois.

Chapitre VIII: La rationalité bureaucratique du droit moderne

Max Weber (1864-1920) est unanimement considéré comme l'un des pères fondateurs de la sociologie. Il est le père de la sociologie dite compréhensive. Son œuvre est immense et rares sont les domaines du social auxquels il n'a pas consacré la moindre page. Le droit occupe une place toute particulière dans la pensée de Weber, ce qui n'est sans doute pas étranger au fait qu'il ait été lui-même un juriste, auteur d'une thèse en histoire du droit romain. Si l'on aborde la sociologie du droit de Weber dans la partie consacrée au droit considéré comme une institution sociale, c'est parce qu'aucun sociologue autant que lui n'a pris le droit moderne au sérieux, dans ses modes propres d'élaboration, d'application, de compréhension et de pratique. Sa sociologie le rend de ce fait bien plus accessible aux yeux des juristes. Dans ce chapitre, nous tâcherons d'abord de poser quelques éléments de sociologie weberienne permettant de saisir sa manière de traiter du phénomène juridique. L'on s'intéressera ensuite spécifiquement à la relation établie par Weber entre processus de rationalisation et droit moderne. Un tableau rapide de l'héritage weberien en sociologie du droit sera enfin esquissé.

VIII.1. L'étude sociologique du droit

Pour Weber, la sociologie est « une science qui se propose de comprendre par interprétation l'activité sociale et par là d'expliquer causalement son déroulement et ses effets » (Weber, 1995a : 4). La sociologie est donc une science sociale ou naturelle, contrairement à la science du droit, qui traite des normes et du sens logiquement correct qui doit leur être attribué (on peut remarquer à quel point la distinction opérée par Kelsen, comme on l'a vu plus haut, est parallèle à celle établie par Weber). L'activité, telle que l'entend Weber, est le comportement humain investi d'un sens subjectif par l'acteur ; l'activité est sociale quand elle se rapporte à autrui et à son comportement (*op.cit.* : 4). L'activité sociale s'inscrit dans une relation sociale, c'est-à-dire « un comportement de plusieurs individus instauré réciproquement selon son contenu de sens » (*op.cit.* : 24). Ce comportement travaille dans une large mesure au maintien d'un ordre légitime, lequel peut être fondé de différentes manières (religieuse, charismatique, bureaucratique, etc.). Le droit appartient à ces ordres légitimes. Il s'agit de « l'ordre légitime dont la validité est garantie de l'extérieur par l'éventualité d'une coercition physique ou psychique, destinée à obtenir le respect ou à sanctionner la violation d'une règle exercée par un groupe d'hommes expressément voué à un tel but » (Weber, 1986 : 17). En rattachant le droit à la coercition, Weber se situe dans le prolongement des théories positivistes du commandement, mais il le fait en rétablissant le point de vue de l'acteur sur la reconnaissance duquel est fondée la légitimité.

Pour Weber, comprendre l'activité sociale, c'est lui restituer son sens, c'est-à-dire l'intention que l'acteur lui prêtait. Il convient donc de retrouver le sens de l'action des individus, qui seule est à l'origine de la création des structures et institutions sociales. Pour les besoins de l'analyse, les actions individuelles peuvent être regroupées en modèles idéalisés qui accentuent des caractéristiques plus discrètes et diffuses dans le monde réel ; ce sont les fameux idéaux-types. Ce sont donc les actions individuelles agrégées en idéaux-types qui forment la base d'une sociologie qui cherche les régularités du sens prêté à l'agir humain. « Autrement dit, le point de vue individuel ne s'entend pas d'une préséance de l'individu sur la règle, mais constitue une posture méthodologique, consistant à identifier les causes régulières qui font que les individus peuvent nourrir des attentes raisonnables relativement au comportement d'autrui » (Serverin, 2000 : 215). Au titre des causes de l'agir individuel, on trouve les règles, sociales et juridiques. La règle se voit de la sorte rapatriée dans les causes possibles de l'action ; plus même, elle se voit conférer un rôle fondamental dans la théorie de l'action sociale. Si la science du droit a pour objet d'étudier la cohérence interne des règles et

de leur système, la sociologie du droit a pour objet l'agir humain rapporté aux règles juridiques et aux représentations que les hommes peuvent s'en faire.

L'objet de la sociologie du droit, selon Max Weber

« Quand on parle de 'droit', d' 'ordre juridique', de 'règle de droit', on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande en revanche ce qu'il en advient en fait dans la communauté : en effet, la chance existe que les hommes qui participent à l'activité communautaire et, parmi eux, ceux qui détiennent une dose socialement importante d'influence effective sur cette activité communautaire considèrent subjectivement que certaines prescriptions doivent être observées et se comportent en conséquence, c'est-à-dire qu'ils orientent leur activité conformément à ces prescriptions »

Max Weber, *Economie et société*, t.2 *L'Organisation et les puissances de la société dans leurs rapports avec l'économie*, Paris, Plon, 1995, p. 11.

En distinguant science du droit et sociologie du droit et en faisant de la règle, d'un point de vue sociologique, un horizon de sens visé par les acteurs, Weber réalise une triple opération : il rend possible l'étude sociologique du droit, qui se trouve affranchie du carcan dogmatique qui excluait de l'envisager d'une manière qui ne soit pas mécanique et déterministe ; il rend également possible l'étude sociologique (représentations, significations, diffusion, influences) du droit des dogmaticiens (questions de la validité des règles juridiques, formulation des propositions juridiques) ; enfin, il fait de l'étude sociologique du droit une composante majeure de la sociologie compréhensive : « Pour une discipline qui, comme la sociologie, cherche dans les faits des régularités et des types, les *garanties de droit*, et par conséquent, les *idées normatives* qui motivent ou contribuent à motiver leur instauration, leur interprétation et leur utilisation, font partie du domaine d'investigation en tant que conséquence, mais surtout, en tant que *cause ou cause concomitante des régularités* qui apparaissent aussi bien dans l'activité humaine, objet direct de la sociologie, que dans les événements naturels, qui, provoqués par l'activité humaine, en relèvent indirectement » (Weber, 1995b : 41). Autrement dit, le droit est producteur des régularités directes et indirectes qu'il importe de considérer de manière centrale dans toute sociologie compréhensive de l'action.

VIII.2. Droit et rationalité

Dans le chapitre d'*Économie et société* consacré au droit, Weber s'attache à expliquer l'évolution du droit dans le sens de la rationalisation croissante des concepts et des pratiques juridiques dans le contexte occidental. Partant d'un constat de systématisation du droit, qu'il définit comme la « mise en relation de toutes les prescriptions juridiques élaborées par l'analyse de telle façon qu'elles forment entre elles un système logiquement clair, ne se contredisant pas, et avant tout, en principe, sans lacune » (Weber, 1986 : 41), Weber dresse un tableau déterministe de l'évolution du droit occidental censé répondre aux transformations propres aux sociétés correspondantes. Le principe de la rationalisation est celui d'une organisation de la vie sociale différenciant les activités humaines et les coordonnant en sorte de rendre adéquats les moyens et les objectifs et de rendre prévisibles les effets des actions entreprises. Les domaines de la vie publique qui, traditionnellement, procédaient du comportement coutumier des gens se sont progressivement différenciés en sphères autonomes d'activité, telles que l'art, la science et le droit, chacune de ces sphères développant ses

propres schèmes distincts d'organisation et de rationalité et, de la sorte, s'autonomisant des autres.

Dans le champ juridique, Weber distingue quatre idéaux-types : le droit *matériel et irrationnel* fondé sur l'arbitraire du législateur et sur le sentiment personnel du juge, sans référence à des normes générales et abstraites (l'exemple qu'il en donne, celui du *cadi musulman*, est devenu fameux et continue d'alimenter la polémique dans le secteur des études sur le droit islamique) ; le droit *matériel et rationnel* organisé autour de référents religieux, d'impératifs éthiques, de règles d'utilité ou de maximes politiques ; le droit *formel et irrationnel* issu d'un législateur ou d'un juge formalisant sa décision d'une manière extérieure à la raison parce que fondée religieusement ou magiquement ; le droit *formel et rationnel* fondé sur un système de précédents et de règles codifiées et organisé sur le mode du syllogisme d'application de la disposition générale et abstraite au cas concret. Ces idéaux-types correspondent pour Weber à quatre stades de développement du droit : création charismatique de normes par les prophètes du droit, production empirique de règles par les notables du droit, imposition du droit par un pouvoir séculier ou théocratique, « établissement systématique du droit et de l'administration de la justice par des juristes de profession » (*op.cit.* : 221). Dans le passage d'un stade à un autre, deux classes d'agents du droit ont joué un rôle considérable : les théoriciens du droit naturel, qui ont donné une légitimation à la fois au droit positif et aux ordres révolutionnaires, et les techniciens du droit, qui ont contribué au développement formel du droit par la compilation de sa casuistique.

Instances du quatrième idéal-type, les systèmes juridiques modernes manifestent une tendance à la formalisation des règles de droit substantielles et procédurales dans un sens toujours plus spécialisé et technique et donc toujours plus détaché de l'autorité traditionnelle de la vie morale pratique. La légitimité des règles juridiques ne procède plus, en conséquence, des principes de la vie morale pratique, mais des formes de rationalité propres à la forme juridique elle-même. Weber insiste ici sur l'importance du contrat comme source de droits et d'obligations garantis par la contrainte légale, sur les transformations du contrat (d'une nature associative fraternelle à un contrat collectif mettant aux prises des personnes juridiques morales, c'est-à-dire abstraites des individus et des patrimoines individuels) et sur la contribution du contrat à l'émergence et à la structuration des sociétés capitalistes.

Dans ce mouvement évolutif, le droit et la morale ont été progressivement distingués, au point que, dans les systèmes juridiques modernes, l'idée même d'une confusion du droit et de la morale constitue une menace contre la rationalité du droit et, partant, contre les fondements mêmes de la légitimité de la domination juridique. Toutefois, avec l'émergence de l'État-providence, on observe un retour de l'interpénétration du droit et de la morale, le système juridique étant constamment appelé à arbitrer entre différents secteurs de la société sur la base de notions telles que l'équité ou la justice sociale. Weber parle de « matérialisation du droit », par quoi il vise la déstructuration formelle du système juridique sous l'effet de pressions lui demandant de rendre une justice substantielle sur des questions qui lui sont extérieures et du fait de sa sensibilité à l'impact des différends portant sur des questions morales pratiques. Autrement dit, le retour d'une confusion du droit et de la morale serait porteur d'une menace contre l'autonomie de la rationalité juridique et, dès lors, contre la viabilité du système juridique comme forme de contrôle social.

VIII.3. L'héritage wébérien

L'héritage wébérien en sociologie du droit est incontestable, quoiqu'il soit tardif et paradoxal. Alors que sa contribution à la sociologie fut très tôt considérée comme majeure, ses travaux

sur le droit restèrent longtemps ignorés ou seulement mentionnés sans être pour autant lus. Talcott Parsons, qui œuvra grandement à la diffusion de la pensée de Weber dans les années 1930, n'hésite pas, à l'occasion du centenaire de sa naissance (1964), à qualifier sa sociologie du droit de « noyau de [sa] sociologie substantielle » (Parsons, 1965 : 64). Pourtant, au même moment, bien peu de travaux portent sur le droit. Le constat est même fait que « la sociologie du droit fait partie de ces passages que le sociologue évite le plus souvent et que le juriste – sans aucune exagération – ne connaît presque pas » (Rehbinder, 1963 : 470). Les années 1970 marquent de ce point de vue un tournant. Si Llewellyn, la figure de proue du réalisme américain (voir ch. IX), fut le premier juriste américain à mesurer l'importance de la contribution wébérienne à l'intelligence du droit, ce n'est toutefois qu'avec les nouvelles théories évolutionnistes du droit et le mouvement des CLS (*Critical Legal Studies*) que l'intérêt pour cet auteur connut un véritable essor (Rocher, 1988). En Allemagne aussi, l'importance accordée à Weber, dans les années 1970, correspond à une efflorescence de la littérature de sociologie du droit (Treiber, 1988). En France, il faut toutefois attendre 1986 pour que la traduction de la *Sociologie du droit* de Weber, c'est-à-dire le chapitre VIII d'*Economie et société*, soit publiée.

Ce n'est pas avant les années 1930 que Weber fit son introduction dans la pensée anglo-saxonne, sous l'impulsion de Parsons. Ce n'est toutefois que dans les années 1970 que les plus grands noms de la sociologie anglo-saxonne commencèrent à systématiquement s'en revendiquer : Turner, Giddens, Tiryakian, Roth, Alexander. Le processus fut encore moins rapide dans le domaine de la sociologie du droit, dont la formulation wébérienne fut longtemps considérée comme trop théorique, historique et comparative. C'est dans le néoévolutionnisme de Parsons qu'on en trouve la première utilisation explicite : l'institutionnalisation du droit marque la transition à la modernité en assurant l'indépendance des composantes normatives de la structure sociale vis-à-vis des exigences des intérêts politiques et économiques et des facteurs personnels, organiques et physiques ». Dans cette veine évolutionniste, Unger s'est pour sa part attaché à établir une typologie du droit (droit coutumier, droit bureaucratique, ordre juridique) qui tend à montrer que, là où la séparation bureaucratique de l'État et de la société est un phénomène universel, le caractère général et universel et l'autonomie du droit sont des caractéristiques propres à « la société libérale moderne de l'Europe » (Unger, 1976 : 54). La typologie de Nonet et Selznick (correspondance entre organisations administrative prébureaucratique, bureaucratique et postbureaucratique et droits répressif, autonome et flexible) s'inscrit aussi résolument dans une perspective évolutionniste d'inspiration wébérienne (Nonet et Selznick, 1978). Le mouvement des *Critical Legal Studies* (CLS) s'est également saisi de l'héritage wébérien, mais dans une direction fort différente. Reprenant les thèses de l'explication multicausale du développement du capitalisme, de l'autonomie du droit et de rationalisation, David Trubek cherche à montrer que le droit rationnel et formel est, d'une part, un phénomène spécifique au contexte occidental qui ne saurait être purement et simplement transposé aux pays en voie de développement (Trubek, 1972a), et, d'autre part, un instrument favorable aux élites économiques et au capitalisme (Trubek, 1972b). Les CLS ont également entrepris de démystifier la rationalité juridique et à révéler son substrat idéologique et sa tendance à masquer les rapports de pouvoir.

C'est avant tout la question de la rationalisation du droit qui a concentré l'attention de la sociologie juridique allemande. Habermas, pour ne prendre que lui, s'est fait le tenant d'une théorie néoévolutionniste qui considère le droit dans une logique de développement phylogénétique (évolution sociale) et ontogénétique (psychologie individuelle). Weber a également été reçu du côté des juristes, qui en ont fait un classique, mais ne l'ont en même temps utilisé que de manière très sélective et dans le cadre principalement de manuels. En

France, par ailleurs, la réception de Weber demeure limitée, dans le domaine de la sociologie juridique à tout le moins. L'héritage durkheimien peut en partie l'expliquer, de même que l'opposition de Gurvitch, qui lui fait le reproche de faire la part trop belle à la dogmatique juridique et de proposer une sociologie de la soumission mécanique de l'individu aux règles. Dans les deux cas, « la critique nous semble peu recevable » (Lascoumes et Serverin, 1988 : 174). Sous l'impulsion entre autres de Pierre Lascoumes et d'Evelyne Serverin, une tradition de sociologie compréhensive du droit tente de se frayer un passage. Elle s'appuie sur une sociologie de l'action orientée par les règles dans le domaine du règlement des conflits. Elle lui est, entre autres, redevable du dépassement de l'opposition de la dogmatique juridique et de la critique sociologique du droit. C'est par ailleurs dans un certain nombre d'entreprises documentées empiriquement qu'elle tente d'utiliser la sociologie du droit de Weber en tant que celui-ci a élaboré « un cadre épistémologique original pour l'analyse des *activités juridiques* » (Lascoumes et Serverin, 1988 : 179).

Chapitre IX: Fonctionnalisme et systémisme

Les théories sociales du droit sont depuis longtemps marquées par les notions de *fonction* et de *système*. Ces deux notions, étroitement liées, cherchent à saisir l'économie générale du droit en tant qu'institution humaine. La théorie fonctionnaliste se retrouve aussi bien dans la tradition anthropologique que dans la tradition sociologique. C'est par ailleurs dans la théorie systémique et autopoïétique qu'elle a trouvé son aboutissement le plus construit. Plus récemment, et dans une veine wébérienne, le droit a enfin fait l'objet d'une approche utilitariste placée sous le paradigme du choix rationnel des individus.

IX.1. Les fonctions du droit : traditions anthropologique et sociologique

Il revient à Bronislaw Malinowski d'avoir été l'inspirateur, sinon le fondateur, de la théorie fonctionnaliste en sciences sociales. Cet anthropologue, qui a ancré la démarche ethnographique dans une relation empirique intime avec le terrain, entreprend d'étudier les rapports des actes de l'homme à ses besoins. C'est l'analyse fonctionnelle qui le permet.

La fonction du droit, selon Bronislaw Malinowski

« La fonction n'est autre que la satisfaction d'un besoin au moyen d'une activité où les êtres humains agissent en commun, manient des objets, et consomment des biens. Toutefois, cette définition même implique un autre principe ..., celui d'institution. C'est un concept qui implique un accord mutuel sur un ensemble de valeurs traditionnelles qui rassemblent les êtres humains. Il implique en outre que ces êtres humains entretiennent un certain rapport les uns avec les autres, et avec un élément physique précis de leur environnement naturel et artificiel. Liés par la charte de leurs dessins ou par l'intermédiaire de l'appareil matériel qu'ils manipulent, les êtres humains œuvrent de concert, et par là trouvent à satisfaire certains de leurs désirs, tout en produisant un effet sur leur environnement »

Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture*, Paris, Seuil, 1970, p. 38

En liant fonction et institution, Malinowski pense pouvoir donner une définition concrète et précise à la culture, entendue comme « un tout indivisible où entrent des institutions qui, pour une part sont autonomes, et pour une autre part communiquent » (Malinowski, 1970 : 39). Dans deux ouvrages majeurs, Malinowski se saisit du droit et en fait une fonction sociale essentielle des cultures humaines. Pour lui, « la définition minimale du droit comme 'un corps de règles mises en œuvre par une autorité indépendante de tout lien personnel' semble être trop étroite et ne pas mettre l'accent sur les éléments pertinents » (Malinowski, 1985 : 12). C'est « par la fonction et non par la forme » (Malinowski, 1934 : xiii) qu'il convient de définir le droit. S'il existe en effet de nombreuses sociétés sans autorité centrale de mise en œuvre du droit, il n'existe aucune société dépourvue de règles « ressenties et considérées comme les obligations d'une personne et les revendications légitimes d'une autre » (Malinowski, 1985 : 55). Ce faisant, Malinowski assimile le droit au contrôle social : « Il doit y avoir dans toutes les sociétés une classe de règles trop pratiques pour être soutenues par des sanctions religieuses, trop lourdes pour être laissées à la simple bonne volonté, trop personnellement vitales pour les individus que pour être mises en œuvre par un agent abstrait quelconque » (*op.cit.* : 67-68).

La théorie fonctionnaliste a trouvé un grand écho en anthropologie. Radcliffe-Brown en a proposé une version plus théorique et le structuralisme en est l'héritier direct. C'est toujours cette version du droit qui a fait passer nombre d'anthropologues d'une interrogation sur la définition de la juridicité à une recherche de ses fonctions, au titre desquelles le règlement des

conflits a occupé une place prépondérante. Le réalisme américain (*cf.* chapitre XI) en fait son point d'entrée dans l'étude du droit. La méthode des cas problématiques (*trouble case method*) de Karl Llewellyn consiste ainsi à partir d'une conception holiste de la société dont les tensions sont allégées par des institutions dont la fonction est de régler les litiges et donc de restaurer la cohésion sociale. Sur cette base, les ethnographies se sont multipliées qui ont en commun de faire passer l'étude des règles et concepts juridiques après celle des processus, stratégies et procédures de règlement des litiges, dans une conception très élargie de ce qui peut être qualifié de juridique. On peut ainsi citer les travaux de Hoebel sur le droit primitif et sur les chants esquimaux et leur fonction régulatrice (Hoebel, 1954), ceux de Bohannan sur le recours au tambour pour rendre publics les scandales et restaurer l'ordre social (Bohannan, 1957) ou ceux de Gluckman sur les Barotse et les procédures minimalement requises pour qu'on puisse parler de droit (Gluckman, 1965). Toujours dans cette perspective, mais en tâchant de restituer à la norme une position plus centrale dans l'analyse, Comaroff et Roberts se sont attachés à montrer comment l'invocation des normes est directement reliée au contexte argumentatif de leur utilisation (Comaroff et Roberts, 1981).

Malinowski a également été l'inspirateur du fonctionnalisme dans la théorie sociologique. Robert Merton considère que les activités sociales s'inscrivent dans un système fait d'entités en interaction. Cela le conduit à développer les concepts de conséquences intentionnelles et de conséquences reconnues de l'action, de fonctions manifestes et de fonctions latentes des entités sociales et de rôles et de gammes de rôles joués par les agents du système social. Celui-ci est divisé en sous-systèmes dont les entités peuvent remplir des fonctions qui peuvent avoir un impact sur le système global, mais pas nécessairement. En ce sens, Merton nuance la position de Malinowski pour qui toute entité remplit une fonction au niveau du système global (Merton, 1968). C'est toutefois à Talcott Parsons, qui fut le directeur de thèse de Merton, que l'on doit le développement le plus systématique du fonctionnalisme en sociologie du droit. Parsons vise principalement à formuler une théorie de l'action et à appuyer l'action sur des valeurs qui la motivent. Tout système d'action repose, pour lui, sur quatre fonctions primaires : la fonction de *latence* ou d'entretien des motivations et modèles orientant l'action (fonction organisatrice le monde symbolique et culturel des valeurs) ; la fonction d'*intégration* qui permet d'éviter les oscillations excessives du système social au moyen de normes et de contrôles (fonction rattachant l'action des parties au profit de l'ensemble) ; la fonction de *réalisation des buts*, qui coordonne les actions (fonction téléologique permettant d'atteindre les objectifs fixés) ; la fonction d'*adaptation* qui régit les relations du système d'action avec son environnement. Dans ce schéma théorique, le droit occupe la place d'un sous-système parmi d'autres. D'un point de vue sociologique, le droit est, pour Parsons, « un mécanisme généralisé de contrôle social qui opère de façon diffuse [...] [Ce] n'est pas seulement l'ensemble d'une série de règles définies abstraitement. Il est aussi une série de règles assemblées avec certains types de sanctions, légitimées de façons déterminées, et appliquées d'autres façons. Il est aussi une série de règles qui se trouvent dans des rapports bien déterminés avec des collectivités particulières et avec les rôles que les individus tiennent dans leur cadre ». Le droit a pour tâche principale de permettre au système social de fonctionner de manière unitaire et cohérente. Il s'organise autour d'un « continuum de sanctions qui vont de la simple stimulation à la véritable coercition » et d'une institution en charge de son application et, dans sa forme la plus développée, détentrice de son monopole (Parsons, 1962 : 85-92).

Lawrence Friedman est un autre théoricien important du fonctionnalisme. Attribuant au droit une fonction positive de régulation des conflits, il en propose une analyse fondée sur deux éléments constitutifs : la *structure*, qui est « le corps institutionnel, la charpente rigide qui abrite le processus », et la *substance*, « constituée des règles juridiques substantielles et

des règles concernant les devoirs et les obligations des institutions », lesquels éléments interagissent avec la culture. Dans cette théorie, le droit exerce différentes fonctions, que ce soient celles qui lui sont généralement attribuées (règlement des litiges, ingénierie sociale, contrôle social) ou que ce soit la fonction économique d'allocation de biens et de services : le système juridique est « un système de rationnement qui reflète la distribution du pouvoir dans la société : qui est au sommet, qui est à la base. D'autre part, le droit pourvoit à ce que la structure sociale reste stable, ou change seulement selon des modalités approuvées et prévues » (Friedman, 1975 : chap. 1)

IX.2. Droit, utilités et préférences : analyse économique et théorie des jeux

L'analyse économique du droit est devenue un courant majeur des études juridiques nord-américaines au cours du dernier demi-siècle. Sous certains aspects, il s'agit d'une présentation scientifique de thèses utilitaristes. La théorie économique est fondée sur un concept de valeur qui est un truisme : quelque chose a une valeur (utilité) pour quelqu'un quand cette personne lui accorde une valeur et la valeur accordée par cette personne est censée correspondre au maximum que cette personne est prête à payer pour cette chose ou au minimum qu'elle serait prête à recevoir pour y renoncer. Sur cette base, les économistes s'attachent à montrer à quelles conditions un système de droits de propriété est justifié par des considérations d'utilité économique et comment ces droits stabilisent les transactions propres à l'usage des ressources pour la production de biens. Parmi les concepts de base, on relèvera l'efficacité, la supériorité, l'optimalité, l'allocation et la distribution. La notion principale est celle d'« optimum de Pareto », un critère subjectif en vertu duquel l'utilité du changement est évaluée (Freeman, 2001 : 557-558). Avec diverses adaptations – la moindre n'étant pas la prise en compte du caractère utopique d'un jeu dans lequel il n'y aurait que des gagnants et pas de perdants –, l'optimum de Pareto a servi de base à une théorie du droit cherchant à comprendre et à évaluer en termes d'utilité (économique) et à partir de l'analyse du comportement des acteurs les décisions de justice, les règles juridiques et leurs effets (Posner, 1983). Le comportement des gens à l'égard des règles présente deux caractéristiques : la première est que les gens cherchent à maximiser leur satisfaction dans les décisions qu'ils prennent d'agir, en ce compris d'agir juridiquement ; la deuxième est que les règles de droit sont équivalentes à l'imposition d'un prix à l'action des gens. Dans ce modèle, donc, « la production sociale des règles s'effectue sous la pression du calcul utilitaire des individus, qui se traduit par des demandes formées devant les tribunaux » (Serverin, 2000 : 93). Deux postulats sous-tendent la démarche : d'une part, un postulat descriptif en vertu duquel le droit s'explique mieux si l'on suppose que les juges cherchent à maximiser la prospérité économique ; d'autre part, un postulat normatif en vertu duquel les juges vont rendre leurs décisions en fonction de principes qui vont maximiser la prospérité totale de la société. Pour Posner, le principe de maximisation de la prospérité rend relativement facile d'inciter les juges à décider en fonction d'un critère financier mesurable.

L'analyse économique du droit et la peine capitale

Dans un article important, Posner expose, en appendice, le raisonnement de l'analyse économique du droit à l'égard de la peine capitale.

« Pour l'économiste, la peine est une méthode d'établissement d'un prix au fait de s'engager dans une activité hors marché dans le but de réduire le niveau de l'activité à ce qu'elle serait si elle était fournie dans un marché relativement efficace. La question économique relative à la peine capitale est de savoir si elle amène la société plus près du niveau et du prix optimal de l'activité criminelle. La réponse dépend de savoir si les bénéfices de la peine capitale, en réduisant le coût du crime, excèdent le coût de son imposition. Les

coûts pertinents sont (1) le coût des crimes que la peine capitale parvient à dissuader en comparaison d'une peine plus douce, (2) le coût de la peine capitale pour le criminel relativement au coût d'une peine plus douce, (3) le coût de la peine capitale (toujours relativement au coût d'une alternative plus douce) pour l'individu innocent qui pourrait éventuellement être condamné pour un crime entraînant la peine capitale et (4) le coût d'administration de la peine (qui peut être supérieur ou inférieur à celui de peines alternatives : alors que plus de ressources doivent être investies dans des procès pouvant déboucher sur une peine plus sévère, l'exécution est une sanction moins chère que l'emprisonnement) »

Posner poursuit en soulignant que la mesure de ces coûts n'est pas aisée et, en particulier, l'estimation de l'effet dissuasif de la peine capitale et l'attribution d'une valeur à la vie. Il pense pouvoir résoudre ces questions en penchant vers l'effet dissuasif et en limitant la peine capitale au meurtre, c'est-à-dire à la mise en balance de la vie de la victime et de celle du meurtrier. Et Posner de conclure : « Mais nous avons encore à comparer ces bénéfices avec aussi bien le coût administratif additionnel (s'il y en a un) de la peine capitale et le coût prospectif de gens innocents qui surviendrait de la (très faible) probabilité d'être exécuté par erreur » (*op.cit.* : 137).

Richard A. Posner, « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », *Journal of Legal Studies*, N° 8, 1979, pp. 136-137

Il n'est pas difficile d'associer les théories du choix rationnel, des jeux et de la rationalité limitée à la tendance utilitariste incarnée par l'analyse économique du droit. Ainsi, la théorie de la coopération, qui cherche à montrer comment les stratégies trouvent à se développer de manière différenciée en fonction des organisations sociales. Les systèmes de normes et de droit sont, dans des organisations complexes, conçus comme des réponses à des demandes de coopération stable : « Normes et morale sont des inventions sociales qui permettent de récupérer les bénéfices de la coopération quand les stratégies d'évitement et les stratégies non morales échouent » (Oberschall, 1994 : 381). D'autres théories se fondent sur les préférences des acteurs et, en particulier, des tribunaux. Celles-ci sont tantôt évaluées en termes de préférences de politique fondées sur des idéologies politiques ou des valeurs personnelles, qui mènent les tribunaux à choisir les actions qui approchent au plus près leur point idéal ou qui débouchent sur les meilleurs résultats politiques possibles ; tantôt en termes de préférences procédurales, c'est-à-dire, non pas les résultats politiques, mais les principes procéduraux utilisés pour aboutir à pareil résultat ; tantôt en termes de ces préférences combinées, c'est-à-dire de préférences substantielles restreintes par les règles de procédure (van Hees et Steunenberg, 2000).

IX.3. Un système autopolitique

La théorie systémique du sociologue allemand Luhmann s'est abondamment penchée sur le droit (Clam, 1997). Pour lui, le monde social n'est pas un système dans lequel s'imbrique de multiples sous-systèmes, mais une multiplicité de systèmes autonomes, au titre desquels le droit. Sa théorie est aujourd'hui connue sous le nom de théorie de l'autopoïèse du droit. Importé de la biologie, le terme d'*autopoïèse* vise à décrire les qualités autoréférentielles et autoreproductrices d'un système. N'utilisant que ses propres éléments, un système autopolitique est à la fois constitué et constitutif de ses propres éléments. Il est en outre opérationnellement clos, c'est-à-dire que toutes les opérations se produisant à l'intérieur du système reproduisent toujours le système. Cette théorie, dans sa version radicale, part du principe que toute connaissance est une construction purement interne du monde, ce qui ne laisse aucune place à l'idée du sujet humain comme fondement de la cognition (Luhmann, 1986). Les processus psychiques et sociaux coexistent et sont couplés par synchronisation et

coévolution, mais qu'ils ne se recouvrent pas dans leurs opérations. Dans les termes de Teubner, cela revient à dire que « nous nous trouvons face à une symétrie de constructions de la réalité : les processus psychiques produisent des construits mentaux de la société, et les processus sociaux des construits communicationnels de la psychè » (Teubner 1992b : 1151-1152). La modernité, dans ce schéma, se présente comme une « fragmentation de la société en une multiplicité de discours autonomes, une multiplication des épistémès » (*ibid.*). Point d'intégration donc de l'individu et du social, mais simple coévolution des processus qui leur correspondent, avec la lancinante question sous-jacente de l'interconnexion, de l'interférence, de l'ouverture et de l'hétéro-référence des différentes épistémès sociales.

Le droit, selon cette théorie, est un système autopoïétique, distinct de son environnement, en tant qu'il est un ensemble d'attentes normatives, et normativement clos, en ce sens qu'il est seul à conférer la qualité juridiquement normative à ses éléments et à les constituer de ce fait en tant que tels (Luhmann, 1988). Ce système autopoïétique est articulé sur un code binaire légal/illégal, qui permet de le distinguer des autres types de normativité. Sont ainsi exclus les calculs purement économiques, les pressions du pouvoir et des normes conventionnelles ou morales, les schèmes transactionnels ou les routines. Ainsi conçu, le droit peut remplir de multiples fonctions (Teubner, 1992a : 14-15 ; cf. chapitre III) De manière schématique, la théorie de l'autopoïèse fonctionne donc autour de trois thèses principales : la construction par le droit, en tant que sujet épistémique autonome, de sa propre réalité sociale (le droit n'est donc pas le produit mais le producteur d'une réalité sociale) ; la production par le droit, en tant que processus communicationnel, dans ses opérations juridiques, d'acteurs humains comme artefacts sémantiques (le droit n'est pas le produit mais le producteur des individus humains) ; l'oscillation entre autonomie et hétéronomie cognitives du droit, en tant qu'il constitue une *épistémè* parmi d'autres dans un champ caractérisé par leur interférence mutuelle (Teubner 1992b). L'idée d'une autonomie épistémique du droit conduit ses tenants à affirmer qu'il constitue un réseau communicationnel fermé produisant, entre autres choses, « des constructions juridiques de la réalité ». Cette autonomie conduit les opérations normatives du droit à, d'abord, s'affranchir de la normativité morale et politique et, ensuite, à pousser à la construction d'images idiosyncratiques du monde distinctes des autres constructions. « Le discours du droit invente une hyper-réalité juridique qui a perdu le contact avec les réalités du quotidien et qui octroie en même temps à ce quotidien de nouvelles réalités », ce qui lui permet de se valider lui-même et de se rendre inaccessible à la critique des autres champs de connaissance.

Notons que, dans cette version radicale du constructivisme épistémologique, Teubner introduit une bonne dose de relativisme à la théorie de Luhmann en faisant remarquer que, si « le droit est contraint de produire une réalité juridique autonome, [...] il ne peut en même temps s'immuniser contre les réalités, par là même conflictuelles, que produisent les autres discours de la société » (*op.cit.* : 1157). Teubner introduit ici la notion de « piège épistémique » qui définit une situation où le droit est à la fois contraint de produire une réalité juridique autonome et incapable de s'immuniser totalement des réalités produites par les autres discours. Là où Luhmann ne voit qu'une fragmentation de la société en une multiplicité de discours autonomes, Teubner fait remarquer la difficulté de résoudre, dans cette perspective, le problème de leurs relations, de leurs conflits, de leurs incompatibilités, de leurs interférences, ce qui le conduit à affirmer que « les institutions sociales comme le droit socialisent la cognition de l'individu mais qu'en même temps, ces 'institutions' [...] 'pensent' littéralement, indépendamment des processus psychiques de leurs membres », créant ainsi « des mondes de signification indépendants », et, pour le droit, « dans l'indépendance la plus complète à l'égard des constructions du monde des juristes » dont les constructions psychiques ne fonctionnent que comme des « perturbations ». Et si le droit, comme processus

social, est « confronté immédiatement et en permanence à des hommes » (motivations, stratégies et actions des clients, experts, juges et législateurs), ces derniers ne constituent, en fait, que des « artefacts sémantiques », indispensables à la communication juridique mais en même temps fictions construites par celle-ci (*op.cit.*).

Conclusion de la Troisième partie : La question du contexte

Les théories du droit comme institution sociale ont en commun de proposer des principes définitionnels du droit et des schèmes explicatifs de son ontologie et de son devenir. De manière caricaturale, on peut ainsi affirmer que les positivistes partagent l'idée de la spécificité intrinsèque du droit (qui le distingue de l'univers des conventions sociales et éthiques, par exemple), que les wébériens saisissent le droit dans un processus évolutionniste de rationalisation (qui en fait l'instrument par excellence d'un pouvoir bureaucratique) et que les tenants d'une approche systémique lui assignent communément une fonction, en général de contrôle. On remarquera dans chacun de ces cas de figure la propension à dégager l'étude du droit de son ancrage empirique ou, du moins, à n'avoir du contexte qu'une vision extrêmement générale et abstraite.

Pour ne reprendre que les principaux représentants de l'approche fonctionnaliste du droit, Malinowski, Parsons et Luhmann, on remarquera qu'ils considèrent le droit comme le concept qui exprime la fonction sociale d'ordonnement qu'accomplissent les institutions sociales. Ces auteurs partagent fondamentalement l'idée que : (1) le droit a un rôle et une nature ; (2) ces rôle et nature sont déterminés *a priori* par leur fonction sociale ; (3) cette fonction est de maintenir l'ordre de la société. Il reste que le fonctionnalisme est nécessairement lié à une conception intentionnaliste des choses. Dans l'exemple utilisé par John Searle, le cœur ne peut avoir pour fonction de pomper le sang que si un agent intentionnel l'a créé en sorte de pomper le sang ; c'est pour cela qu'effectivement, les cœurs artificiels ont pour fonction de pomper le sang. « Quand la fonction de X est de Y, X et Y sont les parties d'un système où le système est en partie défini par des intentions, des buts et des valeurs en général. C'est pourquoi il y a des fonctions de policier et de professeur, mais pas de fonction d'être humain en tant que tel – à moins que nous ne pensions l'être humain comme partie intégrante de quelque système plus large dans lequel sa fonction est, entre autres, de servir Dieu » (Searle, 1995 : 19). Si l'on suit la logique de ce propos, le droit peut donc se voir attribuer une fonction sociale quand il est conçu comme une institution créée pour réguler les relations humaines. Il semble en revanche difficile de lui attribuer pareille fonction quand il est compris comme émanation du social. Cela signifierait, sinon, que les sociétés se verraient dotées, dès leur naissance en tant que société, d'une conscience collective qui, à son tour, les amènerait à créer les institutions nécessaires à leur fonctionnement, ce qui reviendrait donc à affirmer que les sociétés se seraient créées elles-mêmes.

Autrement dit, l'analyse fonctionnelle ne peut opérer que si le droit est considéré comme le produit d'une agence intentionnelle. Et, pour nombre de fonctionnalistes, le droit est effectivement le produit de pareille agence intentionnelle. Ainsi en va-t-il de Teubner, pour qui les ordres juridiques sont les systèmes organisés autour du code binaire légal/illégal et peuvent remplir à ce titre plusieurs fonctions. Cette version « légaliste » n'apporte toutefois qu'une solution partielle au problème du fonctionnalisme. Elle présume toujours, en effet, quand elle considère que le droit est multifonctionnel ou dysfonctionnel, que les institutions du droit ont été créées de manière à réaliser de manière systémique une fonction ou une autre. Cela ne laisse aucune place à la possibilité pour ces institutions d'être simplement non fonctionnelles. Ces systèmes sont de plus autopoïétiques, ce qui laisse subsister la question de savoir comment le droit a été intentionnellement créé afin de remplir des fonctions sociales de manière indépendante. L'affirmation semble douteuse historiquement et empiriquement. S'il est manifeste que certains pans du droit ont été élaborés de manière à remplir des fonctions (bien qu'ils n'aient jamais réussi à être tout à fait efficaces dans cet accomplissement), il est tout aussi manifeste que d'autres pans du droit n'ont pas été conçus de cette manière. Si les « blocs de construction » du droit sont nécessairement multiples, il n'y a par contre jamais eu

de Créateur du Concept de Droit, alors même que pareille agence intentionnelle demeure nécessaire pour la conduite d'une analyse fonctionnelle. Il serait sans doute plus sage, plutôt que de postuler une ou plusieurs fonctions du droit, de rendre compte de la multiplicité des éléments à l'œuvre dans la performance du droit en ne postulant d'autre fonctionnalité que celle qui émerge du contexte de son déploiement ; autrement dit, d'en revenir à l'étude empiriquement documentée et épistémologiquement resserrée du contexte dans lequel se déploient les phénomènes associés à la notion de droit.

Le problème de l'absence de contexte des théories institutionnelles du droit a été justement dénoncé par les tenants d'une version renouvelée du droit naturel. S'attaquant principalement au positivisme, les nouvelles théories du droit naturel en appel à un « ordre naturel des choses », à un droit naturel induit de l'observation de la réalité juridique, à « la nature des choses qui s'impose par le seul fait de son existence » (Foriers, 1982 : 809). Cette nature des choses est, pour ces néo-jusnaturalistes, le produit d'un mécanisme social conventionnel et contextuel. En effet, « la nature des choses renvoie à certaines valeurs qui recouvrent un consensus à un moment déterminé et dans une société donnée » (Corten, 1998 : 98). Malheureusement, ici aussi, le degré de généralité de ce qui est tenu pour une action conventionnelle et un contexte spécifique est tel que l'avancée pragmatique est quasiment nulle. Si, en effet, l'idée d'une approche sociologique du droit est promue par ce nouveau droit naturel, c'est en même temps pour faire valoir sa correspondance avec un véritable ordre naturel. Cet effet de correspondance est pourtant loin d'aller de soi. Si loi naturelle il y a, c'est dans les typicalités invoquées, produites et reproduites par les individus. La loi naturelle n'est pas ce qui se donne à découvrir par la jurisprudence, mais bien ce qui est situationnellement tenu pour normal et attendu par les personnes engagées dans une action. Plutôt qu'une série limitée de maximes très générales, vagues, indéterminées, ne pouvant pas servir de point d'appui à la moindre règle particulière de vie commune à laquelle chacun pourrait se plier spontanément, la loi naturelle renvoie à la normalité, c'est-à-dire au point de référence, prospectif et rétrospectif, des attentes de ceux qui sont routinièrement engagés dans des situations d'un type semblable et qui s'orientent vers elles en tant que telles. Autrement dit, si la critique jusnaturaliste du positivisme a raison de lui reprocher son formalisme et sa décontextualisation, elle le fait au profit d'une notion de contexte qui n'en est pas moins abstraite.

Le contexte du droit, ce n'est pas le contexte général et abstrait du monde social dont il est le produit, mais le contexte spécifique et concret de ses lieux et mode de déploiement. Prenons l'exemple du document écrit d'un jugement. Les théories du droit comme institution le prendront en tant qu'attestation du processus historique de passage à l'écrit, de rationalisation et de formalisation du droit. En revanche, elles ne s'intéresseront pas au jugement lui-même en tant qu'action concrète et située. Elles négligeront, entre autres choses, la transformation par ce document « d'activités localement accomplies, incarnées et 'vécues' en documents textuels désengagés » (Lynch, 1993 : 287). À reposer entièrement sur le texte formalisé et poli des sentences judiciaires ou à considérer ce texte de loin, en tant que simple témoignage d'une dynamique plus vaste, on court le risque de manquer le phénomène que l'on cherche à étudier, celui de la pratique judiciaire, en général, et du mode de raisonner dans le contexte judiciaire, en particulier.

Pourtant, l'activité juridique est avant tout langagière. Cela ne signifie pas seulement que le langage est le moyen de mise en œuvre du droit, mais aussi qu'il est le moyen par lequel des faits sont transformés en objets juridiques pertinents, par lequel une preuve se voit doter de l'autorité d'établir la véracité de faits, par lequel des règles sont interprétées de manière à encapsuler des faits dans des catégories juridiquement conséquentielles : « L'usage de la

langue configure et organise activement et réciproquement les variables juridiques et culturelles en modes communicationnels de pertinence institutionnalisée. Il constitue le moyen interactionnel par lequel la preuve, les dispositions de la loi et nos identités [...] voient leur signification juridique forgée de manière improvisée en vue des procédures judiciaires. Cela représente, de plus, le mécanisme premier de création et de négociation des réalités juridiques, telles que la crédibilité, le profil, la cohérence, qui permettent d'attribuer la culpabilité et d'imputer la responsabilité et aussi de construire la vérité et le savoir à propos de [questions telles que] l'usage de la force, le (non-) consentement et l'histoire [de la victime] » (Matoesian, 2001 : 212). Autrement dit, les théories du droit comme institution négligent, en se concentrant sur la définition, la forme, la dynamique ou la fonction du droit, le cours tortueux que suit l'activité juridique, le fait que le raisonnement juridique, pour ne prendre que lui, est un processus social au fil duquel les gens imputent des raisons, des motifs et des explications à différents faits et dires, d'une manière qui ne dépend pas seulement de l'« historicité objective » de ces faits, mais aussi – et indubitablement surtout – des contingences contextuelles, situationnelles, institutionnelles, interactionnelles et artéfactuelles de la production des faits elle-même.

Il reste évidemment à préciser cette notion de *contexte* et à éviter autant que possible les pièges qu'elle comporte. Comment avoir accès au contexte et savoir ce qui est pertinent à son égard ? Qu'est-ce qu'une conception spécifique du contexte ? Qu'est-ce qui peut être tenu pour contextuel et qu'est-ce qui ne peut l'être ? Il convient de limiter le contexte à ce qui peut être décrit de manière empirique comme pertinent pour les gens qui participent à une action et à son déploiement. Le contexte n'est pas ce qui peut être observé par des chercheurs occupant une sorte de position de surplomb, ce qu'on a appelé la « théorie fourre-tout du contexte » (Drew et Heritage, 1992), mais ce qui est manifesté publiquement et vers quoi les gens s'orientent, fut-ce de manière indirecte ou implicite, dans le cours d'une action (Zimmerman, 1998). En ce sens, un contexte juridique est fait des éléments pratiques, pertinents et techniques de nature culturelle, institutionnelle, substantielle et procédurale qui ont concouru à contraindre un cours d'action spécifique articulé autour d'une notion communément reconnue de droit. L'enquête « naturaliste » sur le droit suppose ainsi que l'on préserve autant que possible la substance du monde vécu en capturant les mots, les modes d'expression, les descriptions, les gestes propres à tous ceux qui participent aux cours d'action étudiés, tout en évitant de tenir pour acquise l'importance contextuelle d'un élément en dehors des éléments permettant empiriquement d'en attester. Deux questions méritent d'être toujours posées, à cet égard. La première est celle de la pertinence des éléments contextuels pour les personnes qui interagissent. La seconde est celle de la « conséquentialité procédurale », c'est-à-dire l'incidence visible d'un élément du contexte sur la suite du cours d'action (Schegloff, 1987 ; Maynard, 2003).

Au titre des éléments importants du phénomène juridique, le document écrit joue de nos jours un rôle majeur. S'intéresser au texte de droit tout en ayant à l'esprit de le remettre en contexte suppose de s'en saisir dans le détail de son organisation interne, dans la pratique de son écriture et de sa lecture, dans la dynamique de son inscription dans des cours d'action qui le précèdent et le prolongent, en un mot, de le prendre en lui-même et pour lui-même et non comme ressource explicative de questions abstraites portant sur la nature, la fonction ou l'évolution du droit. L'étude contextuelle du texte juridique permet alors d'observer son fonctionnement dialogique, c'est-à-dire son insertion dans un ensemble de textes et actions auxquels il se réfère ou répond, qu'il mentionne ou anticipe, qu'il néglige ou suit formellement. Elle permet également de voir comment ce texte reflète directement les orientations multiples des différentes parties engagées dans une activité juridique. S'agissant des professionnels du droit, les documents reflètent souvent la nature routinière de leur travail

et de la pratique au travers de laquelle ils l'accomplissent ; s'agissant des gens ordinaires, ces mêmes documents reflètent leurs manières de négocier les solutions les plus bénéfiques ou les moins dommageables pour leur intérêt personnel, tout comme la nature moralement conséquente des procédures juridiques, au niveau aussi bien moral que juridique. Ces orientations des parties se manifestent par l'usage de descriptions et de catégorisations, par la mise en avant-plan ou en arrière-plan d'éléments d'information, par les nombreuses omissions qui deviennent apparentes par contraste avec ce qui est considéré comme un savoir juridique et contextuel normal. Par l'étude attentive des façons diverses qu'ont les parties de manifester leurs orientations et attitudes à l'égard des faits, du droit, de la qualification judiciaire, on accède alors à l'intelligence de la grammaire pratique du droit, c'est-à-dire le droit tel qu'il est concrètement produit, vécu et expérimenté par ceux qui sont amenés à le rencontrer à une occasion ou une autre.

Les phénomènes étudiés ne peuvent être abstraits du contexte spécifique de leur émergence. C'est particulièrement vrai du droit. Les vérités, identités, savoirs, visions du monde, enjeux ou conflits sociaux sont autant de questions qui ne peuvent trouver à être étudiées qu'en relation avec l'environnement particulier où se sont déployés les participants, leurs orientations, les pertinences, les procédures, les intentions, les motifs, les imputations, dans toute la phénoménologie propre à ce contexte.

Le droit en contexte et en action

L'intérêt pour les pratiques du droit est tardif sur la scène des études sociojuridiques. Cet intérêt, de nature d'abord behavioriste, a transité par la philosophie du langage ordinaire pour aboutir aux sciences sociales qui mettent l'interaction au centre de leur démarche analytique. L'on est ainsi passé d'un intérêt pour le comportement à un intérêt pour l'action, ce qu'on peut appeler une approche pragmatique ou praxéologique du monde social. Cette tendance de type phénoménologique vise à saisir le droit tel qu'en lui-même, dans son déploiement contextuel, ses interactions, son activité de production de sens, ses pratiques. Dans la veine behavioriste, les courants réalistes (réalisme américain, réalisme scandinave, nouveau réalisme) sont un mouvement mêlant la contestation du positivisme radical et l'adoption d'une démarche d'observation des comportements liés au droit, à la constitution des règles juridiques et aux rapports entretenus avec celles-ci. Dans une tradition toute différente, la philosophie du langage a éminemment contribué à l'étude du droit en action, sous l'impulsion de Wittgenstein, d'une part, et de la théorie des actes de langage, de l'autre. Les tendances interactionnistes, constructivistes et sémiotiques (interactionnisme symbolique, sémiotique juridique, théorie narrativiste, sémiotique latourienne) ont profondément transformé la sociologie et les études sociojuridiques, en mettant l'accent sur l'activité juridique et les usages discursifs qui s'y rapportent. C'est toutefois dans les études praxéologiques du droit (ethnométhodologie, analyse de conversation, ethnographie du travail juridique) que l'on observe la prise en considération la plus fine de l'activité juridique en tant que pratique, du droit en contexte et en action.

Chapitre X: Les courants réalistes

Les théories réalistes visent à développer une démarche d'observation des comportements liés au droit, à la constitution des règles juridiques et aux rapports entretenus avec celles-ci. En mettant l'accent sur la dimension pragmatique et procédurale des choses et en laissant de côté déterminisme, idéalisme et normativisme, elles insistent donc sur la dimension pratique de l'activité juridique.

X.1. Le réalisme américain

Le courant réaliste est, aux États-Unis, à l'origine d'analyses critiques aujourd'hui classiques du fonctionnement de la justice. Il se situe en réaction contre le formalisme et les théories du laisser-faire qui prévalaient outre-Atlantique au début du XX^{ème} siècle et dans un mouvement favorable à l'ancrage de la philosophie, des sciences sociales et du droit comme dans une démarche empirique. Le but était de résoudre pratiquement des problèmes sociaux concrets. Dans ce contexte, Holmes, un membre de la Cour suprême américaine, joua un rôle particulièrement important. Pour lui, la vie du droit est faite d'expérience vécue autant que de logique et le droit n'est autre que la capacité de prévoir ce que les tribunaux vont décider. Il s'agit donc d'une affaire empirique et pragmatique qui porte principalement sur l'étude des procès et des professions juridiques. Dans le sillage des réflexions de Holmes, plusieurs juristes entreprirent les premières recherches empiriques dans le domaine du droit et des institutions judiciaires. Ces recherches aboutirent à l'émergence d'un courant connu sous le nom de réalisme juridique américain. Celui-ci se divise en deux tendances principales. D'une part, la tendance des réalistes sceptiques à l'égard des règles, « qui considèrent l'incertitude juridique comme résidant principalement dans les règles de droit 'sur papier' et qui cherchent à découvrir des uniformités dans le comportement judiciaire véritable ». De l'autre, la tendance des réalistes sceptiques à l'égard des faits, « qui pensent que l'imprédictibilité des décisions des tribunaux réside avant tout dans le caractère insaisissable des faits » (Freeman, 2001 : 803-804). S'attachant à montrer que la décision judiciaire n'est pas principalement une opération déductive, les tenants de ces deux formes de scepticisme se rejoignent dans leur volonté de resituer l'action dans un contexte social et psychologique plus large. Le contexte d'énonciation devient dès lors primordial.

Jerome Frank est l'auteur de *Courts on Trial*, l'ouvrage classique du courant des réalistes sceptiques à l'égard des faits (Frank, 1950). Pour cet auteur, il est faux de penser que des faits passés puissent être restitués à partir de ce qui se dit dans une enceinte judiciaire. Les tribunaux prennent leur décision sur la base de techniques d'extraction de la vérité, mais celle-ci s'avère faillible pour différentes raisons : les sens humains sont susceptibles de mal percevoir, la mémoire est souvent l'objet d'une reconstruction et le contexte d'énonciation du témoignage influence lourdement celui-ci (« Les réactions des juges d'instance ou des jurés au témoignage sont empreints de subjectivité. Nous sommes donc confrontés à une subjectivité superposée à une subjectivité » - *op.cit.* : 22).

La théorie Gestalt

Pour Jerome Frank, le juge décide de la réalité des faits en fonction de ce qui lui semble être une preuve suffisante, dans une démarche à la fois intuitive et holistique, à la manière de la théorie *Gestalt* (de l'allemand *gestalt* qui signifie « forme ») :

« Toute pensée est faite en formes, en schème, en configurations. Une réponse humaine à une situation est un 'tout' [...] C'est une entité organisée qui est plus grande que la somme de ce qui, à l'analyse, apparaît comme ses parties, qui en est différente. L'illustration favorite des

gestaltistes est celle de la mélodie [...] La mélodie, un schème, détermine la fonction des notes, ses parties ; les notes, les parties, ne déterminent pas la mélodie »

Jerome Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1950, pp. 170-171

Pour Frank, le juge exprime une représentation des faits tels que son esprit la conçoit et cette représentation n'est pas nécessairement exacte. Mais, en fait, ce n'est pas tant la question des faits et de leur exactitude qui, pour les réalistes de la tendance de Frank, mérite toute l'attention (et donc le syllogisme judiciaire de l'application de la règle générale et abstraite aux faits particuliers et concrets), mais plutôt la question de la relation pragmatique entre les faits identifiés et les conséquences qui doivent en être tirées. Dans ce cadre, le langage occupe une place fondamentale. Pour Frank, « le processus décisionnel [du jugement], tout comme le processus artistique, implique des sentiments que les mots ne peuvent capturer » (*op.cit.* : 173).

Karl Llewellyn est la figure majeure du courant des réalistes sceptiques à l'égard des règles. Son réalisme est, à l'origine, radical, d'une nature très comparable à celui que l'on observe chez Brian Tamanaha (voir dernière section du chapitre) ou chez les ethnométhodologues (*cf.* ch. XIII) : « Ce que ces officiels (juges, sheriffs, secrétaires, gardiens, avocats) font face à des conflits, c'est, à mon avis, le droit lui-même » (Llewellyn, 1951 : 12). Plus tard, Llewellyn s'est principalement intéressé à la capacité d'utiliser les règles juridiques pour prévoir l'issue des affaires en justice, ce qu'il appelle l'« escomptabilité du résultat ». Dans son ouvrage sur la tradition de la *Common law*, il analyse la part de créativité des juges. Loin de la restreindre aux grandes affaires où le juge fait face au caractère incertain de la loi, Llewellyn souligne que « cette créativité est plutôt une affaire de tous les jours, une affaire propre à n'importe quel cas, qui peut parfaitement n'être en rien consciente » (Llewellyn, 1960 : 190). La prédictibilité des résultats, leur escomptabilité, n'est pas une fonction mathématique, mais repose sur des éléments nettement moins tangibles : le sentiment que la décision s'accorde au système juridique, qu'elle se moule dans l'ensemble du droit en place plutôt qu'elle n'en aggrave les tensions. Cette question du caractère juste et approprié d'une décision est fonction d'une appréciation *ex post* de son adéquation. Si certitude il peut y avoir quant à la justesse d'une décision (qui rejoint ici sa justice), c'est « cette certitude qui, *après l'événement*, fait que gens ordinaires et juristes *reconnaissent que le résultat atteint, aussitôt qu'ils le voient*, quelle qu'ait été la difficulté pour l'atteindre, est le résultat juste. C'est alors que les gens le ressentent *pour cela* comme quasiment inévitable » (*op.cit.* : 185 et suiv.). L'appréciation de la justesse d'une décision s'opère à partir de la perception d'une situation, qui n'est pas fonction d'un savoir technique, mais d'un sens commun du droit, d'une culture juridique dont l'acquisition est moins le fruit d'un apprentissage livresque que des interactions sociales et professionnelles de la pratique juridique quotidienne. C'est pour cela que le droit a besoin « d'hommes – une cour – justes, éduqués, prudents, sages, pour trouver, au milieu du matériau encore fluide du soleil juridique, la réponse qui sera satisfaisante, lui donner corps et solidifier ainsi partiellement un nouvel élément qui servira de point de départ à de nouveaux développements » (*op.cit.* : 185). C'est dans le droit naturel que Llewellyn entend trouver la source d'inspiration, droit naturel qu'il appartient aux juristes de transformer en règles juridiques applicables. Llewellyn et les tenants du droit naturel se rejoignent ainsi dans leur opposition au positivisme, « en ce sens qu'ils affirment qu'on ne peut rendre compte du droit dans les termes de règles promulguées par des sources institutionnelles seulement » (Jackson, 1996 : 166).

X.2. Le réalisme scandinave

Le réalisme juridique scandinave tend à considérer le droit en termes de « sentiment d'obligation » produit par le langage. Contrairement à la théorie du commandement des positivistes qui, à la suite d'Austin, considèrent le droit comme le produit de la volonté d'une autorité, des auteurs comme Axel Hägerström et, plus encore, Karl Olivecrona prêtent davantage attention à l'effet d'un commandement sur son destinataire. En conséquence, l'accent est mis sur la perception de l'énoncé juridique en sa qualité d'ordre et sur la formulation linguistique qui traduit cet ordre. Olivecrona parle de certaines de ces formulations comme d'« impératifs voilés », par quoi il entend que l'ordre n'est pas adressé à une autre personne directement, mais qu'il n'en demeure pas moins un impératif dans la mesure où l'énoncé des mots est destiné à produire un changement de comportement chez autrui (Olivecrona, 1971 : 218). Hägerström, qui était à la fois philosophe et historien du droit, s'est quant à lui appuyé sur des études concernant le recours à la magie dans la Rome ancienne pour montrer que celle-ci visait à « la production d'effets désirés autres que ceux propres à la causalité naturelle » (Hägerström, 1953 : xvii). Ainsi en va-t-il également du droit primitif, dans lequel certaines cérémonies passent par l'usage de mots qui, bien qu'ils n'ordonnent pas un comportement à leur destinataire, créent un nouvel état des choses. Ils créent un lien juridique. Sur la base de ce constat que les mots ont la capacité de produire un « lien juridique », Hägerström en déduit que cela tient au fait que l'énonciation d'une phrase produit des « états psychologiques ». Le juge, quand il applique le droit, n'est pas engagé dans une opération syllogistique, mais dans un acte de volonté qui procède d'une attitude psychologique à l'égard d'une norme.

Pour Olivecrona, le jugement de valeur résulte « de l'association d'un sentiment de plaisir avec l'idée de réalité d'une action » (Olivecrona, 1953 : xi). La valeur est de la sorte envisagée comme l'imputation d'une qualité à une action sous couvert d'une objectivité que traduit l'usage linguistique de l'indicatif.

Énoncés juridiques et véridiction

Rejetant toute métaphysique du système juridique, Karl Olivecrona, éminent représentant du réalisme scandinave, s'attache à étudier l'élément émotionnel de l'obéissance au droit et pose le principe que les énoncés juridiques sont toujours fondés sur une appréciation : « Les énoncés affirmant l'existence de droits, devoirs et qualités juridiques [...] ne peuvent être considérés comme vrais ou faux. Ils sont toujours établis sur une appréciation. [...] Bien qu'ils apparaissent ouvertement comme des propositions concernant des réalités objectives, ils ne sont en fait que l'imputation de droits, devoirs et qualités juridiques conformément à certaines règles. [...] En dépit des apparences, ce ne sont pas des énoncés sur des réalités à l'intérieur du système [juridique] ; ils constituent une partie de l'usage régulé du langage qui permet au système de fonctionner »

Karl Olivecrona, *Law as Fact*, Londres, Stevens, 1971 (2^e édition), pp. 261 et suiv.

Le propre du phénomène normatif réside dans l'émergence d'un sentiment d'obligatorité doté de qualités performatives. Ce sentiment procède de l'effet suggestif de la forme impérative qui est d'autant plus important qu'il existe un pouvoir qui la soutient (Olivecrona, 1939 : 155). Les réalistes scandinaves recourent ici à l'idée d'« intériorisation » pour expliquer qu'une obligation soit ressentie et évoquée sans qu'une pression externe directe et explicite n'ait été exercée. L'intériorisation agit mécaniquement : « L'attitude du public est – dans des circonstances normales – si rigide et uniforme que l'effet psychologique de l'acte législateur prend place en douceur, sans aucun effort particulier de la part de ceux qui décident de la loi » (*op.cit.* : 54). Olivecrona attribue ce phénomène à l'association de

certaines formules et du sentiment de pouvoir qui les accompagne, association qui a survécu à la signification originale des formules. Il considère, par ailleurs, qu'une distinction doit être établie entre le processus par lequel les officiels reconnaissent le caractère obligatoire (*obligatorité*) des actes et le processus par lequel les citoyens ordinaires la reconnaissent. Les officiels sont au contact de l'acte de promulgation, c'est donc celui-ci qui déclenche les sentiments de compulsion ; les citoyens ne sont pas au contact de cet acte, c'est la notion plus diffuse de droit qui déclenche alors leurs sentiments : « Les textes les atteignent sous l'appellation officielle de loi et c'est suffisant. L'appellation de loi, quand elle est supposée s'appliquer correctement, véhicule avec elle l'implication que les règles de conduite contenues dans les textes sont obligatoires pour tout le monde » (Olivecrona, 1971 : 131). De manière plus générale, Olivecrona distingue ainsi entre le contenu sémantique (*ideatum*) des règles juridiques et la communication de leur autorité (*imperantum*). Cette dernière suppose des modalités d'énonciation (ton et attitude de commandement) aussi bien que de réception (disposition à l'écoute et à l'obéissance). Énonciation et réception des règles opèrent au travers de modèles d'action : les règles sont « des idées d'actions imaginaires dans des situations imaginaires », tandis que leur mise en œuvre par le juge est un processus consistant à « prendre ces actions imaginaires pour modèles » (Olivecrona, 1939 : 29).

Cherchant à combiner le réalisme scandinave initial, qui considère le droit en termes de sentiments de compulsion, et un point de vue analytique sur la logique des normes, Alf Ross, un pionnier de la logique déontique, prolonge les travaux d'Olivecrona sur la constitution et de la mise en œuvre des modèles d'action organisés par la loi. Ross distingue, à cet effet, le sentiment de compulsion des gens à l'égard de la loi et le contenu abstrait des normes (le comportement qu'elles ordonnent, interdisent ou permettent). Il établit une séparation nette entre l'activité consistant à suivre une règle et l'interprétation des activités d'autrui dans les termes d'une pratique particulière. Par ailleurs, en prenant soin de distinguer les décisions judiciaires et la doctrine, il fait observer que la norme créée par le juge consiste en une injonction de faire ou de ne pas faire, appuyée par une sanction, alors que le concept juridique de la doctrine est une facilité de langage permettant de décrire le droit (Ross, 1958). Pourtant, loin de n'avoir de propriété que purement descriptive, ces concepts doctrinaux en arrivent à véhiculer une connotation morale contribuant à leur effectivité (Jackson, 1996 : 143). Ross fait reposer l'administration de la justice, que ce soit dans des affaires difficiles (*hard cases*) ou dans des affaires faciles (*soft cases*), sur un acte de volition. Ce dernier ne peut être opéré mécaniquement et, en ce sens, la décision de justice procède davantage de la justification que de l'interprétation. Le juge est, en effet, « un être humain qui exécute attentivement sa tâche sociale en prenant les décisions qu'il pense être 'bonnes' dans l'esprit de sa tradition juridique et culturelle » (Ross, 1958 : 116). De cette manière, droit et morale se recoupent dans le processus judiciaire où la façade justificative ne reflète pas nécessairement le substrat décisoire. Les maximes d'interprétation sont, dans ce contexte, « les mises en œuvre d'une technique permettant au juge, dans certaines conditions, d'aboutir à une conclusion qu'il trouve souhaitable dans les circonstances et d'en même temps maintenir la fiction d'adhésion simple aux règles et principes objectifs d'interprétation » (*op.cit.* : 152). Le raisonnement juridique n'est donc pas autonome, mais il est informé culturellement et socialement de part en part.

X.3. Une théorie sociojuridique réaliste

Fort récemment, Brian Tamanaha a entrepris, à contre-courant des thèses anti-fondationnalistes en vogue, d'identifier et de développer les fondations nécessaires à l'étude scientifique du droit. Cela suppose, tout d'abord, d'accepter l'idée d'une réalité extérieure indépendante de nos facultés de perception et d'entendement. S'appuyant sur la tradition

philosophique pragmatique et recourant à une sociologie à la fois behaviouriste et interprétativiste, Tamanaha s'oppose radicalement à la tradition des *Critical Legal Studies* et montre comment l'étude du droit est une affaire de normes et de pratiques. Son propos réduit à néant les tentatives d'assimilation du droit à la notion de contrôle social. Il s'agit là, pour Tamanaha, de parodies de description du droit.

Le droit est ce à quoi nous attachons l'étiquette de droit (Brian Tamanaha)

« Ce qu'est et ce que fait le droit ne peut être saisi en un concept scientifique unique. Le projet visant à concevoir un concept scientifique du droit était basé sur la croyance erronée que le droit englobe une catégorie fondamentale. Au contraire, le droit est un produit culturel de part en part qui est dépourvu de toute nature essentielle universelle. Le droit est ce à quoi nous attachons l'étiquette de droit ».

Ceci ne signifie pas que l'on doive renoncer à l'analyse conceptuelle, mais bien qu'il faille abandonner l'idée d'un concept de droit unique et universel. La catégorie de droit recouvre toute une « variété de phénomènes aux facettes et fonctions multiples : le droit naturel, le droit international, le droit primitif, le droit religieux, le droit coutumier, le droit étatique, le droit populaire, le droit des gens, le droit indigène. [...] Du droit de l'État du Massachusetts au droit des Barotse, du droit de l'Allemagne nazie au procès de Nuremberg ».

Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory Of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 128

À l'instar de Hart, Tamanaha reconnaît au droit étatique une sorte de nature paradigmatique, mais sans exclusive ; il existe de nombreux cas limites auxquels il ne serait pas justifié de dénier la qualité de droit. En fait, il convient d'injecter dans la théorie juridique le plus possible d'éléments tirés de l'étude empirique de ce type de phénomènes. S'il est un point qui réunit toutes les perspectives dont Tamanaha s'inspire, c'est l'affirmation sans ambiguïté de l'importance centrale des pratiques sociales : « Pour faire la différence [avec les théories sociojuridiques en vogue], il faut abandonner l'idée que la théorie peut gouverner d'au-dessus et il faut s'attaquer aux pratiques telles qu'en elles-mêmes » (*op.cit.* : 252). Pour ce faire, Tamanaha montre comment dépasser la distinction interne/externe, dans l'étude des phénomènes juridiques, en recourant à la notion de *pratique*. Les règles, par exemple, sont à la fois des propositions logiques et des « anticipations, réactions et attentes d'autres personnes dans le contexte social et intersubjectif de l'action dans une 'forme de vie' » (*op.cit.* : 158). À ces formes de vie – y compris le système juridique d'une société donnée – sont associés des ensembles de pratiques qui partagent un air de famille, par un arrière-plan de compréhension partagé, par un halo de significations communes.

Plutôt donc que de chercher à élever le droit au rang d'instrument analytique, Tamanaha suggère d'en revenir à l'observation des pratiques sociales tournant autour de phénomènes auxquels l'étiquette de droit est apposée. Une telle approche présente, pour cet auteur, de nombreux avantages. Outre le fait que, tout d'abord, elle permet de surmonter l'incapacité à faire la différence entre des normes juridiques et des normes sociales, elle fournit des critères utilisables pour distinguer un système juridique de situations de pluralisme normatif. Elle incite ensuite à étudier toutes les formes de droit reconnues comme telles dans un contexte social particulier « dans leurs manifestations concrètes et dans leurs relations avec d'autres formes de droit existant dans ce contexte social, ainsi que dans leurs points de comparaison avec les catégories générales de types de droit ou de manifestations du droit dans d'autres contextes sociaux » (Tamanaha, 2001 : 199). Enfin, cette approche ne perd pas de vue le fait qu'il peut y avoir des formes de droit qui ne sont pas ou peu liées à l'État. Tamanaha

considère que cela lui permet de fournir une théorie non idéologique de la nature plurale du droit, là où le pluralisme juridique a échoué (*cf.* chapitre III) : « À vrai dire, un mérite de cette approche – ce qui la rend non essentialiste – c’est qu’elle est totalement dépourvue de présuppositions sur le droit (au-delà de la présupposition négative qu’il n’a pas d’essence). Tout est laissé ouvert à l’investigation empirique et la construction de catégories et l’analyse font suite à cette investigation. Un autre mérite significatif [...] est qu’elle porte un regard aigu et non sentimental sur toutes les manifestations du droit et types de droit » (*op.cit.* : 200).

On peut se demander si Tamanaha échappe totalement à l’écueil définitionnel qu’il identifie. Bien qu’il fasse remarquer que le droit est ce à quoi les gens se réfèrent comme du droit, il tombe en effet dans le piège d’une autre énigme définitionnelle. Ainsi, quand il se fait l’avocat d’une restriction du mot « juridique » au droit de l’État (Tamanaha, 1997 : 212) ou quand il impute à certains systèmes juridiques une qualité spécifique (par exemple, la « théocratie iranienne » (Tamanaha, 2000 : 318), il substitue son point de vue académique extérieur et surplombant à la production par les gens d’un droit identifiable, intelligible et praticable, qui ne répond pas nécessairement à ces traits de caractère étatique ou théocratique. Cette attitude de Tamanaha est paradoxale, parce qu’il critique justement les théories sociojuridiques pour leur volonté d’inclure des phénomènes que la plupart des gens ne considéreraient pas comme du droit et pour leur exclusion de phénomènes que de nombreuses personnes considéreraient comme du droit (*op.cit.* : 315) et qu’il insiste sur la nécessité de considérer que « les gens savent généralement ce qu’ils font [avec] deux exceptions majeures : les conséquences non intentionnelles de l’action et l’erreur » (Tamanaha, 1997 : 247). Tamanaha fait en outre un certain nombre de propositions pour contourner l’écueil définitionnel. Une première question porte sur l’identité des gens dont les pratiques qualifient un phénomène de droit, à laquelle la théorie réaliste répond que c’est n’importe quel groupe social (et à laquelle il aurait pu répondre que c’est une question empirique et non pas théorique). Une deuxième question porte sur le nombre de personnes qui doivent considérer un phénomène comme du droit pour que ce phénomène puisse être qualifié comme tel. La réponse réaliste est la suivante : « Un seuil minimum est atteint quand un nombre suffisant de personnes dotées d’une conviction suffisante considèrent que quelque chose est du ‘droit’ et agissent en conformité avec cette croyance et d’une manière qui exerce une certaine influence dans le champ social » (Tamanaha, 2000 : 319). Cette réponse souffre du fait qu’elle confère à une autorité extérieure quelconque la tâche de déterminer ce qui est suffisant, alors qu’une attitude cohérente avec son programme aurait dû l’amener à dire qu’aucune réponse ne peut être donnée *a priori*, en-dehors des pratiques des gens. Une troisième question touche au risque de prolifération de différents types de droit dans l’espace social. La réponse de Tamanaha est qu’une telle profusion ne se produira que rarement dans la réalité. Il aurait aussi bien pu répondre qu’il n’appartient pas aux chercheurs de décider s’il y a trop ou trop peu de types de droit, mais que c’est une question empirique à considérer à partir des pratiques des gens. Une dernière question porte sur l’autorité conventionnellement attribuée à des acteurs sociaux pour donner naissance à de nouveaux types de droit. La réponse réaliste souligne le fait que le droit, en tant qu’institution sociale, est nécessairement produit par des acteurs sociaux. Dès lors, reconnaître l’autorité de ces acteurs ne menace que l’autorité des théoriciens du social et du juridique.

Chapitre XI: Droit, philosophie et langage

Bien que ses analyses ne portent pas principalement sur le droit, la philosophie du langage a développé nombre de réflexions dont l'apport pour l'étude sociologique du droit est fondamental. Il faut, en premier lieu, souligner l'immense contribution de Wittgenstein à la compréhension de l'action et du fonctionnement contextuel de l'usage des règles. Par ailleurs, il convient de remarquer à quel point la philosophie du langage et, tout particulièrement, la théorie des actes de langage relèvent aujourd'hui des éléments constitutifs de toute réflexion sur l'agir juridique.

XI.1. Wittgenstein et les règles

La pensée de Wittgenstein, telle qu'elle trouve à s'exposer dans les *Investigations philosophiques*, développe une approche de la règle particulièrement pertinente pour l'analyse du droit. On trouve, au point de départ de ces investigations, le fait que, pour Wittgenstein, un problème philosophique est une question dans laquelle on ne se retrouve pas (Wittgenstein, 1967 : §123). Afin de s'y repérer, il convient de se mettre à explorer l'environnement dans lequel se pose cette question, à comprendre comment on a perdu son chemin et comment on peut tenter de le retrouver. L'égarément procède largement du langage : « C'est une chose qui arrive surtout quand on présuppose que le langage fonctionne toujours de la même façon : substantifs, verbes, etc. Ce présupposé est le résultat d'un préjugé, et il suffit de prêter attention à l'usage effectif du langage dans les situations de tous les jours pour s'apercevoir qu'il s'agit là bel et bien d'un préjugé » (Schulte, 1992 : 114). Souvent, la philosophie a confondu un vouloir-dire subjectif avec une signification langagière acquise dans l'apprentissage et confirmée par l'usage. Il convient alors de « ramener les mots de leur utilisation métaphysique à leur utilisation quotidienne » (Wittgenstein, 1967 : §116). À partir d'exemples d'emploi d'expressions du langage, Wittgenstein s'attache à montrer comment les circonstances agissent sur l'usage de celles-ci, comment s'articulent le langage, l'action et les circonstances de l'énonciation. C'est ici qu'il utilise le concept de *jeu de langage* pour souligner l'importance, dans les systèmes de communication, du contexte, des facteurs non langagiers et de l'apprentissage. Ce dernier élément occupe une place majeure dans l'approche wittgensteinienne, en ce sens qu'il renvoie aux conditions d'acquisition du langage propres à l'enfance : d'une part, montrer quelque chose à quelqu'un, le faire sous ses yeux, le dire devant lui ; d'autre part, imiter les gestes de quelqu'un, répéter ses paroles. En ce sens, l'apprentissage est un dressage, ce n'est pas le fruit d'un travail réflexif mais bien d'une pratique liée à nos dispositions naturelles. Non seulement parler est-il un agir, mais c'est un agir dont la dimension non langagière est une condition nécessaire à la compréhension du langage. D'où l'insertion du langage dans un cadre plus vaste, ce que Wittgenstein nomme une « forme de vie », c'est-à-dire l'ensemble des pratiques d'une communauté linguistique. « L'aspect que vise avant tout Wittgenstein est la corrélation qui existe entre l'utilisation d'expressions langagières et les manières d'agir profondément ancrées qui, pour cette raison même, semblent si évidentes aux locuteurs qu'ils n'y réfléchissent pas » (Schulte, 1992 : 125). C'est à partir des formes de vie et de leurs jeux de langage, qui sont une manière d'agir et un système de référence communs, que nous pouvons interpréter les langages et les formes de vie qui nous sont inconnus. En effet, les différents jeux de langage peuvent présenter entre eux un « air de famille », c'est-à-dire se ressembler d'une ou plusieurs manières, sans pour autant que cela ne relève d'une propriété essentielle.

Sur cette base, Wittgenstein développe sa réflexion sur la question de la règle. Il souligne que les règles ne peuvent être séparées des conduites pratiques et que la relation qui unit règles et pratiques ne procède pas de facteurs sociologiques extrinsèques, comme la

convention d'une communauté. Wittgenstein commence par soulever un paradoxe : « C'était notre paradoxe : aucun cours d'action ne pouvait être déterminé par une règle, parce que tout cours d'action peut être conçu en sorte de s'accorder avec la règle » (Wittgenstein, 1967 : §201). Ce paradoxe est fondé sur le postulat que notre saisie de la règle s'appuie sur une interprétation de celle-ci, un jugement privé sur sa signification. Or, poursuit Wittgenstein, pareille interprétation est impossible parce que les régularités de notre comportement commun fournissent le contexte dans lequel la règle est formulée et comprise. Et cette pratique révèle peu de variations. Bien sûr, il est possible d'avoir parfois un doute, on peut hésiter, mais cela ne signifie pas l'existence d'un doute épistémologique, mais bien celle d'un doute pratique. De manière générale, on suit la règle « comme allant de soi » (*op.cit.* : §238). La question se pose dès lors de savoir comment il se fait, comment il est possible de suivre comme allant de soi une règle au-delà des cas où elle a déjà été appliquée. La réponse de Wittgenstein semble être extérieure à la règle : l'exemple, la guidance, l'expression de l'accord, l'entraînement, la contrainte, l'intimidation. Pour certains interprètes de Wittgenstein, ce ne serait donc pas en accord avec les règles que nous agirions, mais pour des raisons extrinsèques, liées au langage que les gens utilisent, à leur « forme de vie ». Pour les opposants à cette thèse sceptique, toutefois, le raisonnement de Wittgenstein viserait à démontrer l'absurdité d'une représentation quasi causale du fait de suivre une règle qui ferait de la règle une abstraction enclenchant des mécanismes mentaux. Cette vision déterministe devrait être remplacée par une perspective mettant l'accent sur la base pratique du fait de suivre une règle : l'impression d'être guidé par la règle reflète le fait que nous l'appliquons inexorablement (Shanker, 1987 : 17-18).

Wittgenstein cherche à montrer comment la relation interne entre la règle et les actions menées en accord avec elle est suffisante pour engendrer l'extension de la règle à de nouveaux cas, sans qu'il ne soit besoin de chercher pour pareille extension une base d'ordre biologique, psychologique ou sociologique. Suivre une règle ne revient donc pas à l'interpréter, comme si sa signification était déjà pleinement contenue dans sa formulation abstraite, mais à agir et à manifester notre compréhension en agissant en accord avec elle : « Suivre une règle est une pratique. Penser que l'on suit la règle n'est pas suivre la règle » (Wittgenstein, 1967 : §202). Par relation interne entre règle et pratique, il faut entendre une relation grammaticale entre l'expression de la règle et les techniques d'un système normatif, ce qui n'a rien à voir avec l'idée d'une conception privée. Si une action est, à l'occasion, qualifiée de mauvaise interprétation de la règle, l'expression n'a de sens que dans la mesure où elle est faite d'un lieu situé à l'intérieur de l'institution reconnue d'un système normatif. Une règle ne peut avoir de sens, être appliquée ou suivie que sur un arrière-fond général d'institutions, de pratiques et de techniques de conduite socialement partagées donnant les critères qui permettent de distinguer une situation dans laquelle une règle est vraiment suivie d'une autre (Coulter, 1989 : 66). La règle et la pratique d'une règle sont l'expression d'une forme de vie qui s'exhibe dans la cohérence même de nos activités.

L'apport de Wittgenstein à l'étude du droit est fondamental dès lors qu'on s'attache à examiner la portée normative d'une règle de l'intérieur même de nos activités pratiques de tous les jours, dans sa relation étroite avec l'usage qui en est fait. « Dans le contexte de nos activités juridiques de tous les jours, la vitalité des règles peut être observée dans le fait que la question 'qu'est-ce qui fait d'un 'cas clair' qu'il est clair ?' ne peut avoir de sens que sur le fond de cas qui sont simplement considérés comme clairs » (Stone, 1995 : 49-50). Il n'y a donc pas toujours et systématiquement un processus d'interprétation des règles juridiques qui est engagé dans la pratique du droit. C'est notre activité pratique d'usage habituel des règles et le type d'attention que nous leur portons à l'intérieur de cette activité qui exhibe l'exigence normative d'une règle que nous tentons de suivre. Suivre la règle de droit est une opération

fondamentalement différente selon qu'il s'agit d'un cas habituel ou d'un cas nouveau, d'une situation qui semble s'apparenter à d'autres que l'on a déjà rencontrées ou d'une situation ne présentant pas une telle similarité. Wittgenstein ne propose pas une alternative sociologique à la conception du droit, pas plus qu'il ne prétend que le droit est une entreprise interprétative. Il montre plutôt que la règle de droit n'est pas en mesure de définir à l'avance tous ses cas d'application : dans les cas simples, on aura donc tendance à la suivre « aveuglément », alors qu'un travail interprétatif sera mobilisé dans les cas difficiles. Mais, à chaque fois, c'est l'insertion de l'opération dans un contexte pratique qui sera déterminant. Contrairement donc à Derrida, pour qui chaque décision est différente et requiert une interprétation absolument unique, qu'aucune règle existante et codée ne peut ou doit garantir absolument, Wittgenstein suggère que l'on considère dans quelles formes de vie, dans quelles circonstances particulières, dans quels jeux de langage spécifiques les objets de l'activité juridique manifestent une signification sans équivoque ou, à l'inverse, exigent un travail de réduction de l'ambiguïté (Bix, 1995).

XI.2. Les actes de langage

La philosophie du langage s'est développée en parallèle des travaux de Wittgenstein, sous l'impulsion principalement de John Austin (à ne pas confondre avec le positiviste dont il était question au ch. VIII). Ces deux démarches ont en commun d'insister sur le fait que le discours n'est explicable qu'en relation aux activités (ou jeux de langage) dans lesquelles il exerce un rôle. Pour Austin, « l'acte de langage total en situation de discours total constitue le seul véritable phénomène à l'élucidation duquel nous sommes attachés en dernière instance » (Austin, 1973 : 147). Dans son ouvrage posthume *Comment faire des choses avec des mots* (traduit en français sous le titre : *Quand dire c'est faire*), il entreprend de saper les fondations de toute théorie de langage accordant une place centrale à la notion de conditions de vérité et de proposer une approche du langage en action aujourd'hui connue sous le nom de *théorie des actes de langage*. Il commence par constater que certains usages du langage ne visent pas à produire des énoncés vrais ou faux, à simplement à faire des constats ou à énoncer des faits, mais réalisent (performent) des actions. « Déclarer la guerre à Zanzibar » ou « baptiser le navire Louis-Philippe » ne revient pas à établir un constat, mais bien à agir sur le monde de manière significative. Austin appelle ces phrases et leur énoncé des *performatifs*, qu'il oppose aux constats et énoncés *constatifs*. Les énoncés constatifs ne peuvent être considérés comme vrais ou faux, mais ils peuvent s'avérer malheureux, ne pas connaître la félicité (si, par exemple, la personne qui baptise le navire n'a pas autorité pour le faire). L'acte performatif requiert, pour son succès, un certain nombre d'arrangements institutionnels sans lesquels l'action que l'énoncé tente de réaliser est simplement nulle et non avenue. Austin identifie trois types de conditions de félicité : des procédures conventionnelles produisant un effet conventionnel et suivies par les personnes adéquates dans les circonstances adéquates ; des procédures exécutées correctement et complètement ; des procédures exécutées avec les pensées, sentiments et intentions requis et suivies de la conduite requise. Mais la distinction entre performatifs et constatifs trouve toutefois à s'atténuer, tant il est vrai qu'au-delà des performatifs explicites, il existe un nombre immense d'énoncés implicitement performatifs (peut-être même l'ensemble des autres énoncés). Autrement dit, « les performatifs explicites sont en réalité simplement des façons relativement spécialisées d'être non ambigu ou spécifique quant à l'acte que vous êtes en train de performer en parlant » (Levinson, 1983 : 233). En outre, il convient de remarquer qu'au-delà de cette distinction entre performatifs et constatifs, Austin vise l'ensemble du langage au centre de l'étude duquel il entend replacer l'action réalisée par l'énonciation en vertu de la force qui lui est conventionnellement associée. Une théorie des actes de langage est ainsi construite qui fait des constatifs une catégorie d'actions réalisées par la parole : « Tous les énoncés, outre qu'ils signifient tout ce qu'ils

peuvent signifier, performent des actions spécifiques (ou ‘font des choses’) par le fait d’avoir une force spécifique » (*op.cit.* : 236).

La force des énoncés, selon John L. Austin

« À côté de la question très étudiée dans le passé de ce qu’un certain énoncé *signifie*, il existe une autre question distincte touchant à la *force*, comme nous l’appelons, de l’énoncé. Nous pouvons très clairement comprendre ce que ‘ferme la porte’ signifie, mais pas du tout être au clair sur la question de savoir si, énoncé à un certain moment, c’était un ordre, une invitation ou non. Ce dont nous avons besoin, à côté de la vieille doctrine sur les significations, c’est d’une nouvelle doctrine sur toutes les forces possibles des énoncés, doctrine pour laquelle la découverte de la liste que nous proposons de verbes performatifs explicites serait d’une grande utilité ».

On peut considérer que quelqu’un accomplit (« performe ») une action quand il énonce une phrase de trois manières, par trois types d’actes : l’acte *locutoire* (l’énoncé d’une phrase avec un sens et une référence déterminée) ; l’acte *illocutoire* (l’accomplissement d’une déclaration, d’une offre, d’une promesse, etc. en énonçant une phrase, en vertu de la force conventionnelle associée à celle-ci) ; l’acte *perlocutoire* (la production d’effets sur l’audience au moyen de l’énoncé d’une phrase, ces effets étant spécifiques aux circonstances de l’énonciation). C’est le deuxième type d’actes qui constitue la pierre angulaire de la théorie austinienne, bien que la question de la relation entre actes illocutoires et perlocutoires revête un intérêt particulier dans l’étude de l’interaction.

John L. Austin, *Philosophical Papers*, New York, Galaxy Books, 1970, p. 251

La théorie des actes de langage intéresse directement l’étude du droit. Elle peut en effet contribuer à la compréhension du sens que produisent les différentes formes de déclaration juridique. Il revient à John Searle d’avoir systématisé la théorie des actes de langage, quitte à l’avoir aussi rigidifiée. Sur la base d’une distinction entre *règles régulatrices*, qui contrôlent les activités de manière anticipative (par exemple, les règles de la circulation routière), et *règles constitutives*, qui créent l’activité elle-même (par exemple, les règles d’un jeu), Searle identifie différents types de conditions de félicité des actes de langage : préparatoires (les conditions entourant la performance de l’acte), essentielles (la performance elle-même) et de sincérité (l’intention avec laquelle l’acte de langage est accompli) (Searle, 1969 : 60 et suiv.). En pratique, les actes de langage ne procèdent pas par le biais de l’opération logique de conditions nécessaires et suffisantes, mais par l’usage et la négociation de ces conditions dans des contextes particuliers d’interaction sociale (Sbisà et Fabbri, 1981). Sur la base de ces différents travaux, Neil MacCormick s’est efforcé de construire une théorie institutionnelle du droit. Selon lui, les institutions juridiques telles que le mariage, la propriété, le contrat doivent être vues comme des collections de règles conventionnelles spécifiant, premièrement, les procédures nécessaires à la création des institutions (les règles constitutives), deuxièmement, les règles définissant les conséquences de ces institutions (les règles conséquentielles), troisièmement, les règles spécifiant le terme de ces institutions (les règles terminatives) (MacCormick, 1986).

Mais la théorie des actes de langage peut être utilisée bien au-delà de la seule question des règles conséquentielles et terminatives. Elle peut également aider à analyser le comportement verbal des juristes, comme, par exemple, l’organisation des décisions judiciaires dans les cas ordinaires et la justification que les juges apportent à leurs conclusions dans les cas difficiles. Cette interrogation sur les critères d’identification des *hard* et *easy cases* a nourri une littérature abondante. Pour Andrei Marmor, qui suit Wittgenstein et Hart en la matière,

l'activité propre au jugement procède, dans ces deux types de cas, de formes de vie différentes : agir en accord avec la règle, c'est-à-dire agir de manière non réflexive, dans les cas faciles ; interpréter, et donc agir de manière réflexive, dans les cas difficiles (Marmor, 1992). Pour MacCormick, le juge formule sa décision, dans les cas faciles, dans la forme d'un argument syllogistique, un argument qui applique un principe de logique déductive aux faits et au droit. En revanche, dans les cas difficiles, il lui faut faire œuvre interprétative. Les principes sur lesquels il fonde sa décision ne deviennent juridiques que par la force de la décision elle-même, sans que cette qualité ne leur soit conférée antérieurement (MacCormick, 1978). On retrouve ici un débat entre une conception procédurale du droit (le droit est un système de règles remplissant certaines conditions de procédure) et une conception du droit excédant le seul système de règles (le droit est un assemblage de règles et de principes). Tenant de cette dernière conception, Ronald Dworkin fait de la notion de *principe* un élément central : c'est à la lumière de ces principes que le juge, dans les cas difficiles, cherchera la réponse juridique correcte. Il est ainsi de la nature même du travail du juge que de trouver à l'aide de ces principes une solution qui existe déjà implicitement dans le système juridique et qu'il peut déduire en adoptant les formes d'argumentation et de raisonnement qui y sont en vigueur (Dworkin, 1977, et Dworkin, 1986). Alors donc que, pour les uns, un droit n'existe juridiquement qu'à la condition d'en démontrer positivement l'existence, faute de quoi il ressortit à l'ordre de la moralité, pour Dworkin, un droit existe toujours *a priori*, implicitement et indépendamment de toute autorité d'édition, et un jugement rationnel entraîne seulement sa reconnaissance juridique. Il existe ainsi des « maximes générales et fondamentales du droit » qui, bien que dépourvues du statut de règles, fondent juridiquement la décision du juge. Ces principes ne sont en soi pas univoques et, en conséquence, ils doivent être interprétés ; ils ont un poids et une adéquation (*appropriateness*) qui doivent être évalués à chaque fois.

Chapitre XII: Interactionnisme, anthropologie linguistique et sémiotique

Les différents courants abordés dans ce chapitre ont en commun de traiter du droit à partir de l'interaction juridique. Les interactionnistes symboliques mettent l'accent sur l'observation dans la vie sociale les façons que les gens ont de traiter les significations qui émergent de leurs interactions. L'anthropologie linguistique cherche à observer comment le langage sert de véhicule au pouvoir et à son exercice. Les théories sémiotique et narrative s'intéressent aux modalités de la production de sens dans le discours. D'inspiration sémiotique, la théorie latourienne vise à démonter les mécanismes de production de la vérité juridique.

XII.1. L'interactionnisme symbolique

L'origine du terme « interactionnisme symbolique » remonte aux travaux d'Herbert Blumer. Dans le domaine du droit, les principales études de l'interactionnisme symbolique remontent aux années 1960, avec le thème de la déviance en arrière-plan. Les analyses interactionnistes développent à cette occasion ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler la théorie de l'étiquetage (*labelling theory*).

Les prémices de l'interactionnisme symbolique, selon Herbert Blumer

« La première prémisse est que les êtres humains agissent à l'égard des choses sur la base des significations que les choses ont pour eux. La seconde prémisse est que la signification de ces choses est dérivée ou procède de l'interaction sociale que l'on a avec ses congénères. La troisième prémisse est que ces significations sont traitées et modifiées au travers d'un processus interprétatif utilisé par la personne quand elle a affaire aux choses qu'elle rencontre » (p. 2).

Le processus interprétatif est interactionnel en ce sens que « la signification d'une chose pour une personne émerge de la façon qu'ont les autres personnes d'agir avec cette personne relativement à la chose » (p. 5). Ceci vaut pour des entités sociales restreintes comme pour des objets tels que les institutions, les classes sociales, les organisations : « Le point de vue de l'interactionnisme symbolique est que l'organisation de grande échelle doit être vue, étudiée et expliquée en termes de processus d'interprétation engagés par les participants acteurs quand ils traitent des situations dans leurs positions respectives dans l'organisation » (p. 59). Pour parvenir à ses fins, Blumer suggère une méthode favorisant l'enquête de terrain et la familiarisation avec les mondes sociaux.

Herbert Blumer, *Symbolic Interactionism: Perspective and Method*, Berkeley, University of California Press, 1969.

Howard Becker formule la théorie de l'étiquetage de la manière suivante : « Les groupes sociaux créent la déviance en créant les règles dont l'infraction constitue une déviance, en appliquant ces règles à des gens particuliers et en les étiquetant comme des parias (*outsiders*). De ce point de vue, la déviance n'est pas la qualité d'un acte que la personne commet, mais plutôt une conséquence de l'application par d'autres de règles et de sanctions à un 'offenseur'. Le déviant est quelqu'un sur qui cette étiquette a été apposée avec succès ; un comportement déviant est un comportement que les gens étiquettent ainsi » (Becker, 1963 : 9).

Ainsi donc, le crime est construit à travers les processus par lesquels certaines actions en viennent à être définies comme criminelles et à travers les processus de mise en œuvre du droit par lesquels certaines de ces actions sont sélectionnées et identifiées par la police (et autres instances) comme relevant de la catégorie « droit criminel ». Le caractère criminel ou déviant d'une action est une propriété ou une signification qui lui est conférée, pas une qualité

intrinsèque, et c'est l'interaction qui les confère. L'interactionnisme symbolique s'intéresse, dès lors, aux processus de définition de la déviance par le biais de la législation, aux processus de sélection de la déviance par les instances répressives, aux processus d'interprétation de la déviance par les instances qui jugent, aux modalités de développement, maintien et transformation de l'identité déviante et au sens du comportement déviant pour les déviants eux-mêmes. Un but sous-jacent à cette théorie de l'étiquetage est d'induire des généralisations formelles sur les significations du crime et des processus interactionnels qui les génèrent. La réponse consiste principalement à dire que c'est le droit, via le travail du juge entre autres, qui crée la déviance, ce qui « laisse à penser que, du moment où un groupe social en prend la décision, n'importe quel acte peut faire l'objet d'un jugement lui conférant une nature déviante » (Ogien, 1995 : 111). Pour atténuer le caractère hyperconstructiviste de son propos, Becker introduit les catégories de personnes faussement accusées de déviance et de personnes secrètement déviantes. Melvin Pollner fait remarquer que ces catégories entrent en contradiction avec la théorie de la théorie interactionniste. Si la déviance est une affaire de définition ou d'étiquetage, ces deux catégories sont illogiques : si personne ne remarque l'acte (déviance secrète), s'il n'est donc pas perçu comme déviant, il ne peut être déviant ; et il ne peut non plus y avoir de fausse accusation, dès lors que l'accusation est ce qui définit la déviance en première instance (on est ce qu'on est accusé d'être, peu importe ce qui « est vraiment le cas »). Pourtant, ajoute Pollner, il est raisonnable de penser que certaines personnes violent des règles et ne se font pas prendre et que d'autres sont qualifiées de déviantes sans l'être. Ce sens du raisonnable vient de notre usage, à l'intérieur de notre cadre de référence de sens commun, du modèle mondain ou ordinaire de la déviance. Becker, en s'appuyant involontairement sur les fondations de la théorie de l'étiquetage, a redonné droit de cité au raisonnement de sens commun qui considère pour acquis le fait que certains actes sont déviantes et que cette déviance existe indépendamment de toute réaction ou définition sociale (Pollner, 1974).

Outre la déviance, l'interactionnisme symbolique s'est intéressé à l'étude ethnographique des pratiques pénales et des professions juridiques (Travers, 2002). S'agissant des premières, des études ont porté sur le caractère sélectif des arrestations en raison de la crainte d'encombrer les tribunaux (Jerome Skolnick) ou sur la tendance des avocats de la défense à pousser leurs clients à plaider coupable plutôt qu'à faire face aux accusations de la partie publique (Abraham Blumberg). D'autres ont porté sur la justice des mineurs et les activités routinières des tribunaux chargés de ce contentieux (Robert Emerson). Plus récemment, un auteur s'est intéressé à l'usage de la force par les agents de l'ordre et à la distinction qu'ils établissent entre usage légal (la force nécessaire à la soumission du suspect) et usage normal (la « réponse moralement appropriée ») (Jennifer Hunt). L'interactionnisme symbolique s'est en outre particulièrement intéressé aux professions juridiques. Au titre de ces études, on peut mentionner une recherche sur le travail des avocats ordinaires, diplômés d'institutions de second rang, et sur les méthodes utilisées pour attirer les clients (Jerome Carlin) ; une recherche sur le barreau britannique et sur le rôle d'entremetteurs des greffiers, sur leurs attentes à l'égard de leurs barristers, sur la conduite de leur carrière, sur les problèmes de routine de leur travail (John Flood) ; une recherche sur les membres juristes de la Chambre des Lords britannique, sur les méthodes utilisées pour arriver à une décision, sur l'influence qu'exerce leur anticipation des réactions d'autres groupes concernés tels que leurs collègues, les professeurs d'université ou les membres du parlement (Alan Paterson) ; ou encore une recherche sur le travail des *solicitors*, sur les processus interprétatifs à l'œuvre dans leur activité, sur leur identité professionnelle et ses transformations, sur leur perception des contraintes spécifiques à leur profession (Max Travers).

XII.2. Le langage dans le processus judiciaire

L'étude du droit sous l'angle du discours s'est principalement intéressée à l'enceinte judiciaire. Dans ce contexte, c'est généralement l'interaction linguistique au sens strict qui a concentré l'attention. De manière générique, on peut classer ces études sous la rubrique de l'anthropologie linguistique du droit.

Le champ d'intérêt de l'anthropologie linguistique est extrêmement vaste. Aujourd'hui, certains domaines semblent attirer une attention particulière : celui de la performance, de la façon de réaliser l'acte communicatif ; celui de l'indexicalité, de la propriété du langage à pointer vers son contexte d'énonciation ; celui de participation, de l'appartenance des interlocuteurs compétents à une communauté linguistique (Duranti, 1997). Mais c'est la configuration idéologique du langage qui représente le point d'attention majeur des chercheurs qui, dans les études sociojuridiques, se revendiquent de l'anthropologie linguistique. Le langage, dans cette tradition, doit toujours être étudié comme l'action simultanée d'une structure, d'un usage et d'une idéologie. En ce sens, le langage n'est pas le seul reflet et instrument de divisions sociales préexistantes, il est aussi un média créateur (Mertz, 1994). Cette créativité repose, entre autres, sur la fonction indexicale du langage, c'est-à-dire sur sa capacité à pointer des contextes sociaux et, ce faisant, à agir sur eux de manière performative. L'idéologie trouve à s'exprimer dans le langage de différentes manières, comme les « explications rationalisantes » (Silverstein, 1992) ou l'« indexation du genre », par quoi on dépasse l'association d'un style de discours à un genre exclusif pour montrer comment certaines formes discursives réalisent des actes sociaux qui sont associés au genre (Ochs, 1992). En somme, l'attention porte sur les modalités par lesquelles le langage constitue les relations sociales et particulièrement sur les « fonctions métapragmatiques du langage » (le langage sur le langage), c'est-à-dire sur le discours produit de l'intérieur même d'un groupe social à propos de ses propres usages linguistiques et idéologiques.

Dans les termes d'un représentant majeur de l'analyse de discours, « le discours est la dimension communicative essentielle du pouvoir [...] et c'est par le discours que [nous] développons et communiquons les cognitions sociales idéologiquement encadrées qui légitiment le pouvoir » (Van Dijk, 1988 : 148). L'affirmation d'une surdétermination idéologique du langage est tenue pour particulièrement vraie dans le contexte du droit, parce que sa substance est entièrement symbolique et abstraite (Danet, 1980). Les études d'anthropologie linguistique portant sur le droit se sont donc principalement attachées à étudier les relations de pouvoir qui sont enchâssées et émergent dans l'interaction judiciaire ainsi que la distribution des ressources linguistiques entre les parties en conflit. Le pouvoir est conçu comme une variable fondamentale de l'équation droit-langage. Comprendre le langage du droit, c'est comprendre le pouvoir du droit : « L'élément dominant [de la rencontre de la plupart des gens avec le droit], c'est le langage. [...] Dans la mesure où le pouvoir est effectué, exercé, exploité ou mis en cause dans de tels événements, c'est par des moyens avant tout linguistiques » (Conley et O'Barr, 1998 : 2). Des travaux ont ainsi porté sur le pouvoir des institutions du droit à configurer l'expression du conflit. D'autres se sont attachés à examiner les relations entre genre, langage et droit. Le « langage des femmes », caractérisé comme plus souple, moins assertif, moins direct, serait le propre des maillons faibles de la chaîne judiciaire. Des auteurs ont parlé de « langage des impuissants » pour traduire que ce type d'usages linguistiques s'étend à toutes les populations en situation asymétrique dans un contexte donné et, entre autres, en contexte institutionnel (O'Barr et Atkins, 1980). Les notions de classe sociale, de race, d'*empowerment* sont ainsi apparues, aux côtés de celle de genre, pour étudier les différences de langage en contexte juridique et la faiblesse des gens non familiarisés avec celui-ci ou, plus largement, les relations entre agence individuelle et institutions. Les travaux se sont également étendus à la narrativité, c'est-à-dire aux récits portant sur l'objet juridique. Ces travaux s'intéressent à la façon qu'ont les gens, dans

différents contextes culturels, de produire des récits sur les conflits qui les concernent qui permettent de déterminer, à l'intérieur de l'enceinte judiciaire ou en dehors, ceux qui ont raison et ceux qui ont tort, ceux qui disent vrai et ceux qui mentent. Les formes narratives utilisées reflètent les contraintes et ressources propres au discours juridique et traduisent l'ambivalence des protagonistes qui sont tiraillés entre expression de leur sens de la justice et désir de préserver leurs intérêts. Certaines études montrent comment la performance narrative dirige l'attention vers l'histoire elle-même, vers l'acte de raconter l'histoire et vers le narrateur, via des jeux d'intertextualité et de décontextualisation/recontextualisation (Hill et Irvine, 1992). Le discours rapporté permet de découpler l'événement raconté (le crime, par exemple) et la voix du narrateur (le juge, par exemple), avec des effets de neutralisation et de distanciation qui renforcent l'affichage d'une attitude professionnelle et impartiale.

Parmi les études pouvant être rattachées à l'anthropologie linguistique du droit, on mentionnera les recherches portant sur la communication à l'intérieur de l'enceinte judiciaire et sur les relations entre les avocats et leurs clients (Levi et Walker, 1990 ; Sarat et Festiner, 1990), mais aussi sur les relations discursives au droit comme, par exemple, le sentiment de justice des gens confrontés à la possibilité d'une action judiciaire et l'impact de l'insertion de ce conflit dans une procédure devant les juridictions américaines ordinaires. Deux modes discursifs majeurs semblent émerger, dans ce cas : le récit orienté vers les règles, par lequel le problème est présenté en termes de violation de règles spécifiques et dans lequel la solution recherchée est juridique ; le récit insistant sur la dimension sociale du problème, qui cherche des solutions permettant de rétablir les relations mises à mal par le conflit et de répondre à des besoins personnels et sociaux. À ces modes discursifs des parties répondent des modes discursifs propres aux juges : légaliste, médiateur, créatif, autoritaire, procédurier (Conley et O'Barr, 1990). La démarche anthropolinguistique s'est aussi élargie à d'autres contextes que celui de la société nord-américaine. On mentionnera ainsi une étude portant sur le langage des conflits familiaux devant des juridictions islamiques kényanes et sur l'usage par les femmes du droit et des ressources discursives qu'il offre pour promouvoir leurs intérêts et transformer leur vie domestique (Hirsch, 1998).

XII.3. Sémiotique juridique et théorie narrative

La sémiotique juridique manifeste clairement sa répudiation de l'analyse des relations du droit et de la morale en termes substantialistes et conceptuels. Elle prolonge plusieurs des intuitions du réalisme américain, s'inspire des modèles de la narrativité, de la sociolinguistique et de la psychologie sociale et s'appuie aussi sur la théorie de la cohérence narrative (voir entre autres Bennet et Feldman, 1981). C'est toutefois principalement de la sémiotique greimassienne qu'elle s'inspire et de son élaboration d'une grammaire de la construction de sens organisée dans un modèle général et abstrait axé autour de la notion d'unité narrative (Greimas et Courtès, 1979 ; Landowski, 1989). Dans cette perspective, la construction de sens implique l'interaction d'un certain nombre de niveaux différents : (a) le niveau de manifestation (surface), qui est celui des données et du sens qui leur est conféré ; (b) le niveau thématique, qui est celui du stock de savoir social implicite qui aide à donner sens aux données du niveau de manifestation ; (c) le niveau profond, qui est celui des structures de base de la signification qui ne sont pas liées à l'environnement mais tendent à l'universalité, non seulement dans le cadre des différents types de discours d'une société donnée, mais aussi « interculturellement » (Jackson, 1995). Dans ce contexte analytique, toute action humaine est conçue comme commençant avec l'établissement d'un but, instituant quelqu'un comme sujet de cette action qu'il s'agit de réaliser (de « performer »). En cela, le sujet est aidé ou entravé par l'action d'autres acteurs sociaux, ce qui affecte sa compétence à réaliser l'action. Cette dernière s'achève par la reconnaissance (ou sanction) de sa réalisation (ou non-réalisation). L'action

humaine procède ainsi d'un contrat (institution du sujet par l'établissement de buts et de compétences), d'une performance (réalisation ou non de ces buts) et d'une reconnaissance (sanction de la performance ou de la non-performance). Toute structure narrative implique un complexe d'interactions. Au niveau profond, celles-ci mettent aux prises des actants : émetteur-récepteur, sujet-objet, présence-absence de la compétence requise pour réaliser l'action (savoir-faire et pouvoir-faire). La paire émetteur-récepteur semble toutefois primordiale, la communication entrant dans la mise en oeuvre des trois parties du syntagme narratif (contrat, performance, reconnaissance). Au niveau de la manifestation, on constate que les actants peuvent apparaître sous la forme d'un ou plusieurs acteurs et qu'inversement, un même acteur peut réaliser différents rôles actantiels à différents moments (émetteur et récepteur peuvent même être une même personne). Enfin, et de manière générale, on constate que le sens d'un terme est fonction de ses relations aux autres termes pertinents et que les substitutions sont le produit de choix contraints par la nécessité de ne pas altérer la signification des autres éléments.

Bernard Jackson développe, sur la base de la sémiotique greimassienne, un modèle de la narrativité qu'il entend appliquer au droit. Dans l'analyse du niveau thématique, il part d'un mécanisme de rapprochement des situations factuelles avec une image collective (par exemple, celle d'« agir comme un voleur »). Jackson parle de « typification narrative », c'est-à-dire d'un paradigme par rapport auquel se situent et sont évaluées les situations nouvelles qui surviennent. L'image collective est ainsi à la fois la description d'une action typique et l'évaluation sociale de sa performance.

Les typifications narratives de l'action

« Dans ma version de la théorie sémiotique, j'appelle ces paradigmes des 'typifications narratives de l'action' [...] Trois éléments importants de cette notion de 'typification narrative' émergent. Tout d'abord, une typification narrative n'est pas une définition en termes de conditions nécessaires et suffisantes ; en tant que modèle qui informe notre perception, elle ne génère pas (comme pourraient le vouloir les positivistes) de jugements 'démonstrables' de ce qui relève ou non de l'image collective. Mais elle est capable de produire des jugements de similarité relative. Deuxièmement, pareille typification n'est pas une description neutre ; elle survient toujours chargée d'une forme d'évaluation (même l'indifférence étant une forme d'évaluation). Troisièmement, certaines typifications sont propres à certains groupes sociaux et/ou professionnels – des 'groupes sémiotiques', que des systèmes de significations propres distinguent les uns des autres (bien qu'ils puissent partiellement se superposer) ».

Bernard S. Jackson, *Making Sense in Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1995, pp. 152-153

Tout ce savoir social est intériorisé par les membres du groupe concerné et est mobilisé de manière plus ou moins consciente, ce qui signifie que certaines typifications narratives sont intériorisées au sein d'un groupe particulier. Le contenu du stéréotype dépend de ce que nous avons intériorisé comme typique à partir de notre expérience et de notre culture. Le jugement se fait donc, entre autres, en comparant le niveau de manifestation avec le stéréotype. Les typifications narratives surviennent chargées d'évaluations sociales tacites, ce qui est contingent au savoir social propre aux membres d'un groupe sémiotique particulier. Par ailleurs, les typifications narratives ne fonctionnent pas mécaniquement. Au contraire, le modèle proposé est négocié et interactionniste. Les nouvelles unités narratives ne surgissent pas *ex nihilo* (Sbisà et Fabri, 1981). Il faut que quelqu'un les ait énoncées et l'ait fait de

manière persuasive. Si, ainsi, une nouvelle unité narrative ne dispose pas d'une typification narrative substantielle préconstituée, elle s'insère en revanche dans les typifications des pragmatiques de création de nouvelles unités narratives (nous disposons dans notre savoir social de cadres de compréhension des personnes, comportements et discours nous persuadant que quelque chose de nouveau a été créé). Ce processus n'est bien entendu pas mécanique, mais négocié dans l'interaction et, en ce sens, la sémiotique vise à l'explication *a posteriori* de la construction de sens telle qu'elle a eu lieu.

Pour Jackson, le droit, qu'il s'agisse des règles, des décisions ou autres réquisitoires et plaidoiries, peut être envisagé comme l'ensemble des modèles narratifs socialement construits de l'expérience humaine qui sont mis en œuvre dans un cadre institutionnel spécifique (Jackson, 1988). La décision judiciaire, pour ne prendre qu'elle, devient alors une procédure de comparaison, plus évaluative que constatative, d'unités narratives concurrentes, celle(s) des faits et celle(s) de la règle. De manière générale, la pratique professionnelle du droit est une forme (ou, plus exactement, un ensemble de formes) de comportement humain productrice de sens. Ce sens n'est pas propre à la pratique juridique, il lui est imputé par ceux qui y participent. C'est en quelque sorte le sens commun de ceux qui sont engagés dans une certaine pratique. Notons déjà que le sens ne doit pas tant être entendu d'un point de vue sémantique que pragmatique. « En termes sémiotiques, le sens de la pratique professionnelle est autant une question des significations attribuées à sa pragmatique (comment les gens font usage de systèmes de signification) que de celles qui sont attribuées à sa sémantique (ce qu'ils disent au travers de l'usage de pareils systèmes) » (Jackson, 1994 : 55). L'insertion du sens dans le cadre social de sa construction — le sens est fonction du groupe sémiotique qui en fait usage, il est usage plus qu'essence, ressource plus que source — suppose qu'il fasse l'objet d'accumulations : l'individu, biographiquement, emmagasine des cadres de compréhension dans lesquels il tendra à inscrire ses nouvelles expériences. Au titre de ces cadres, on citera les différentes variantes de l'activité juridique.

XII.4. La fabrique du droit

Bruno Latour, sociologue jusqu'alors connu pour ses travaux sur le monde des sciences dures, s'est intéressé au droit et au mode de production de la vérité juridique dans le contexte spécifique du Conseil d'État français. Adoptant une posture ethnographique plus soucieuse de la pratique du droit que de la glose aussi bien doctrinale que sociologique qu'elle génère, il se donne pour ambition de « décrire le droit tel qu'il se fait » (Latour, 2002 : 205), non tel qu'on le raconte. Pour Latour, le droit est avant tout le lieu de production d'une (arté)factuelité plausible, « une fiction vraisemblable » (*op.cit.* : 9), sur laquelle peut se fonder une décision s'inscrivant dans un rapport de cohérence avec le corpus de celles qui la précèdent et permettant de fournir, de manière provisoirement définitive, un appui aussi stable que possible à un ensemble d'actes à l'équilibre interdépendant. C'est un acte d'association d'éléments disjoints qu'il s'agit de faire tenir ensemble, l'opération de remaniement et de digestion des textes, qui vise à « ne leur faire exprimer rien d'autre que ce qu'ils auraient toujours exprimé, sans que l'on s'en soit aperçu clairement avant aujourd'hui » (*op.cit.* : 197). Pour comprendre cette production, il ne suffit pas de lire les livres de recettes constitués par les grands ouvrages du droit administratif, il faut entrer dans « l'une des cuisines de la loi » (*op.cit.* : 33) et observer comment se mitonnent ses bons plats. L'on peut alors décrire les modes de constitution textuelle, intertextuelle et contextuelle du droit en dehors desquels l'analyste ne peut guère prétendre à autre chose qu'au commentaire, c'est-à-dire à l'énonciation d'un discours sur le droit plutôt qu'au démontage du discours du droit.

Sous bien des aspects, le droit est une opération de transsubstantiation d'une narration en un texte faisant autorité, mais aussi de normalisation, au sens de la réduction de l'incertitude et de son inscription dans l'ordre de la continuité. Le droit se niche dans l'oral, puis dans l'écrit, jusque dans la matérialité du dossier « dont la circulation seule permet de qualifier la trajectoire juridique » (*op.cit.* : 84) L'action est donc circonscrite par toute une série de contraintes sémiotiques et physiques. Ainsi en va-t-il du « travail de l'intertextualité » (*op.cit.* : 105), c'est-à-dire la mise en relation des différents écrits (les pièces du dossier, d'une part, les textes de référence, de l'autre), en sorte de progressivement « faire parler le cas comme un texte, en n'ayant plus que des moyens, de mieux en mieux regroupés, de plus en plus juridiques » (*op.cit.* : 101). Ainsi en va-t-il aussi des opérations de transfert de valeur au travers desquelles une affaire reçoit son caractère juridique particulier : autorité des membres du Conseil, cheminement de l'affaire, organisation des flux de dossiers, modifications de l'intérêt de l'affaire, poids variable de la jurisprudence, contrôle-qualité exercé par les magistrats, capacité à multiplier les marges de manœuvre, moyens reliant textes et affaires, cohérence et limites du droit, autant de transformations que les objets soumis au regard du Conseil d'État subissent et par lesquelles s'accomplit le « passage du droit » (*op.cit.* : 151). Ce dernier n'est pas à rechercher dans les profondeurs d'un quelconque subconscient, individuel ou collectif, mais bien davantage à la surface des choses, dans leurs manifestations publiques. Si questions de pouvoir et de forme il y a, c'est dans la façon qu'ont les parties de les poser explicitement et de les traiter qu'il faut les observer, sans postulat particulier sur les rapports de force et sur la force de la forme qui structureraient la société. Non que ces derniers n'existeraient pas, mais simplement que leur supposition n'apporte rien à la compréhension de l'activité juridique elle-même.

Les deux cents premières pages du livre de Latour constituent une illustration convaincante de la sociologie praxéologique du droit, c'est-à-dire d'une sociologie qui se veut résolument empirique (ethnographique) et centrée sur les pratiques de production de la normativité, une sociologie qui puisse aussi apparaître compatible avec la pratique des juges et dans laquelle ils puissent se reconnaître (*op.cit.* : 204). La réflexion sur la règle de droit s'arrête généralement au seuil du travail de description, si l'on entend par celui-ci autre chose que l'étude de la production formalisée des décisions de justice, son agrégation statistique ou le profilage sociopolitique et économique des acteurs du droit qui ne nous apprennent rien sur les mécanismes en jeu dans le travail de décision. Seul ce travail de description permet pourtant de voir à quel point la question de la règle n'existe pas *in abstracto*, mais seulement dans sa relation à un travail de lecture, d'écriture, de rature de textes « sur lesquels la dynamique du raisonnement peut ou non s'appuyer » (*op.cit.* : 170). Latour rejoint ici Wittgenstein, dans l'interprétation non sceptique qui en est faite (*cf. supra*), pour dire que suivre une règle, en droit, n'est pas une obligation causale entraînant la conformité du comportement, mais plutôt la formulation d'« une possibilité dont l'efficace doit être sans cesse rafraîchie » (*op.cit.* : 170) Il est parfaitement juste de dire que le droit ne peut en aucune façon être réduit à quelque chose de cognitif : l'objectivité de la règle est l'élément décisif à prendre en compte (*op.cit.* : 266).

Latour et l'ontologie mondaine du droit

Latour s'oppose radicalement à l'idée qu'il puisse y avoir un au-delà des phénomènes, une institution extramondaine des activités humaines :

« Il faut s'y faire : il n'y a pas d'autre moyen de dire le droit, de clore la dispute, d'avoir le dernier mot que de s'arrêter à ces dossiers épais, ce lent travail de réécriture, ces incessantes reprises de documents, ces précédents cherchés dans la poussière du passé, ces avis demandés

à des collègues en costume cravate dont l'assemblage tranquille et terne ressemble plutôt à un club anglais du siècle dernier. Pour avoir le dernier mot, l'humanité n'a rien trouvé de plus fort, de plus moderne, de plus argumenté, de plus grandiose, de plus majestueux. Au-dessus de la cour suprême, rien qui soit supérieur. [...] "Que nul n'entre ici, s'il croit à la transcendance du droit" »

Bruno Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002, p. 80

Les juristes se réfèrent à l'accumulation constituée par l'activité professionnelle des magistrats et des divers acteurs de la constitution des dossiers, de sorte que le fondement du droit réside dans le caractère standardisé, organisationnel – professionnel, en un mot – des relations entre les acteurs. Cette conclusion ressortit entièrement du « comment-ça-se-fait », tout en portant aussi sur le « pourquoi-ça-se-fait ». Elle ne constitue pas, en effet, un volet de la description, mais l'intégralité de ce qui peut valablement se dire, puisque le ressort même de la fabrication du droit est situé à l'intérieur des échanges courants des professionnels du droit : nous n'avons donc pas affaire à la description d'un aspect excluant le reste – l'origine, le pourquoi de l'affaire, le sens – mais au rapatriement de ces grandes questions dans l'activité contextualisée, transparente et tournée vers des fins utiles d'un ensemble d'acteurs spécifiques, attachés à résoudre des problèmes précis. Et cette question du sens, l'auteur ne la rapatrie pas non plus à un niveau mental. En effet, dire que le droit est un phénomène mental n'explique toujours pas ce qu'est le droit en contexte, dans la mesure où un phénomène mental est un état et non une action.

Chapitre XIII: Praxéologie du droit

Sous le label de praxéologie du droit, l'on regroupe les études qui se rattachent à l'ethnométhodologie, c'est-à-dire à l'étude des manières (les « méthodes » du terme « ethnométhodologie ») par lesquelles les gens (les membres d'un groupe, d'une « ethnie » quelconque, l'« ethno » de l'« ethnométhodologie ») prêtent un sens à leur monde d'action, s'orientent vers ce monde et le pratiquent quotidiennement et routinièrement. Initiée par Harold Garfinkel, l'ethnométhodologie est cette démarche des sciences sociales qui s'intéresse aux « procédures par lesquelles les acteurs analysent les circonstances dans lesquelles ils se trouvent et conçoivent et mettent en œuvre des modes d'action » (Heritage, 1984 : 9). L'ethnométhodologie ne saurait être conçue comme une tradition monolithique. Au titre de ses ramifications, on peut mentionner le courant phénoménologique, l'ethnométhodologie ethnographique ou étude ethnométhodologique du travail et l'analyse de conversation.

XIII.1. Ethnométhodologie du raisonnement ordinaire pratique

Les premiers écrits de Garfinkel manifestent déjà un intérêt pour l'activité judiciaire. On pense à ses travaux sur les jurys du Deep South (Garfinkel, 1948) ou de Wichita (Garfinkel, 1967 ; l'étude remonte à ce qui est connu comme la *Chicago jury study* de 1945), comme à ceux sur le bureau du *coroner* de Los Angeles (Garfinkel, 1997 ; l'étude date de 1957). Dans son étude sur les jurés, Garfinkel s'interroge sur les conditions de déploiement et de réalisation du raisonnement pratique. Il se demande avant tout « comment les jurés savaient ce qu'ils faisaient quand ils faisaient le travail de jurés » (Garfinkel, 1974 : 15).

Garfinkel et le raisonnement ordinaire des jurés

« J'étais intéressé par des choses telles que les usages par les jurés d'un certain type de savoir sur la façon d'opérer des affaires organisées de la société – un savoir qu'ils mobilisaient facilement, qu'ils revendiquaient les uns des autres. Bien qu'ils le revendiquaient les uns des autres, ils ne semblaient pas revendiquer des autres ce savoir sur le mode d'un contrôle. Ils n'agissaient pas dans leurs affaires comme des jurés, comme s'ils étaient des scientifiques au sens connu de scientifiques. Néanmoins, ils étaient préoccupés par des choses telles que des comptes rendus adéquats, une description adéquate et une preuve adéquate. Ils ne voulaient pas 'faire sens commun' (*common-sensical*) quand ils utilisaient des notions relevant de 'l'univers du sens commun'. Ils voulaient être juridiques. Ils parlaient d'être juridiques. En même temps, ils voulaient être justes. Si vous insistiez pour qu'ils vous disent ce qu'ils considéraient comme étant juridique, ils devenaient immédiatement déférents à votre égard et disaient : 'Oh, bien, je ne suis pas un juriste. On ne peut pas vraiment attendre de moi que je sache ce qui est juridique et que je vous dise ce qui est juridique. Vous êtes un juriste, après tout'. Vous avez donc cette acception intéressante, pour ainsi dire, de ces extraordinaires choses méthodologiques, si vous me permettez de parler de la sorte, que sont 'un fait', 'imaginaire', 'opinion', 'mon opinion', 'votre opinion', 'ce que nous hommes habilités à dire', 'ce que montrent les preuves', 'ce qui peut être prouvé', 'ce qu'il a vraiment dit', le tout comparé à 'ce que vous seulement pensez qu'il a dit' ou 'ce qu'il semble avoir dit'. Vous avez ces notions de preuve et de démonstration, de questions de pertinence, de vrai et faux, de public et privé, de procédure méthodique, et tout le reste. En même temps, tout ceci était traité par les gens concernés comme faisant partie du même contexte que celui pour lequel on les employait comme jurés, par ces jurés, en sorte que la délibération soit menée à bien. Ce travail était pour eux terriblement sérieux ».

En somme, Garfinkel s'intéresse à l'activité des jurés parce qu'elle lui donne un accès à l'étude des recours au sens commun et des déploiements de celui-ci, mais aussi parce qu'elle laisse à voir comment les membres d'un groupe social donné sont à la fois contraints par le contexte institutionnel dans lequel ils interagissent et participent à la confection de ce même contexte. C'est cette capacité à s'appuyer sur des schémas sous-jacents servant à produire un sens partagé de la réalité sociale que Garfinkel a appelé méthode documentaire d'interprétation. L'ouvrage de Lawrence Wieder constitue un exposé remarquable d'utilisation de cette méthode. À partir d'une enquête de terrain prolongée sur un établissement de réinsertion pour toxicomanes, Wieder montre comment les règles servent elles-mêmes de base pour observer, décrire et rendre compte de l'action. Les règles – ce que Wieder appelle le code des détenus – est ici un ensemble flou de maximes de conduite qui identifient un éventail d'activités que les détenus doivent ou ne doivent pas entreprendre. Il s'intéresse à ce code, non pas pour en juger la capacité explicative, mais pour décrire les usages explicatifs qui en sont faits. Il remarque que le code, en tant que système interprétatif, permet aux détenus d'identifier et de caractériser les événements du centre d'internement et d'attacher à ces événements ainsi qualifiés toutes les conséquences propres à l'« événement-qualifié-de-la-sortie ». Mais, si ce code organise fortement les perceptions et actions des détenus et du personnel du centre, il n'est pas pour autant incorporé : ses maximes ne mettent pas en relation des situations existant antérieurement à des actions subséquentes, pas plus qu'elle ne causent ces actions. Les maximes sont plutôt employées comme des moyens interprétatifs permettant de donner une pertinence particulière à de nouvelles situations et elles s'imposent, non pas en tant qu'elles préexisteraient, mais parce que leur invocation et actualisation permettent de convaincre de leur préexistence et de leur force contraignante générale (Wieder, 1974).

XIII.2. Analyse de conversation

On doit à l'analyse de conversation, cette démarche sociologique fondée par Harvey Sacks, l'essentiel des travaux d'inspiration ethnométhodologique ayant porté sur le droit. La première en date de ces études est celle de Max Atkinson et Paul Drew, dont le matériau est principalement tiré des retranscriptions des audiences d'un tribunal appelé à enquêter sur des désordres communautaires survenus en Irlande du Nord à la fin des années 1960. Cet ouvrage examine l'intérêt de l'approche ethnométhodologique à l'étude du droit, pose un certain nombre de questions méthodologiques, analyse des questions d'intérêt conversationnaliste, telles que les tours de prise de parole et la séquentialité, et décrit de manière détaillée un ensemble d'actions verbales typiques du contexte judiciaire : la formulation des accusations et la présentation de justifications et d'excuses (Atkinson et Drew, 1979). Entre autres choses, leur analyse suggère qu'« on peut voir comment l'avocat travaille à produire des descriptions dans des séquences de questions et réponses en sorte de pouvoir [...] formuler le résultat de ces descriptions de manière telle qu'il s'agit en fait d'un jugement sur l'action du témoin [...] [Ce travail descriptif] peut aussi être la base sur laquelle le témoin parvient à détecter cette intention dans l'[ordre des] questions [qui lui sont posées] » (*op.cit.* : 134).

L'étude de Douglas Maynard porte sur la négociation de plaidoirie (*plea bargaining*), une spécificité du droit de la *Common Law*. Maynard entend y décrire les critères mis en œuvre par les participants à cette procédure pour déterminer ce qui est essentiel ou non dans le cours de leur action. Clairement, il cherche également à substituer aux positions normatives sur les mérites et inconvénients de la négociation de plaidoirie une étude détaillée sur ses modes

opératoires. Alors que la recherche s'est massivement tournée, aux États-Unis, vers l'évaluation de l'impact sur la prise de décision des attributs juridiques et extra-juridiques imputés au défenseur, Maynard fait remarquer que, dans des contextes précis documentés empiriquement, il apparaît que ces caractéristiques attribuées au défenseur sont toujours une sélection opérée de manière située parmi un éventail de caractéristiques potentiellement attribuables. « Elles ne sont pas 'descriptivement adéquates' dans un sens objectif quelconque, mais elles sont mises au format des 'faits' d'un cas particulier d'une manière contextuelle, au fur et à mesure de la production des arguments » (Maynard, 1984 : 26).

Martha Komter s'est intéressée à l'interaction entre juges et prévenus dans les procès pénaux aux Pays-Bas. Il s'agit d'une étude conversationnaliste qui porte sur les dilemmes et paradoxes auxquels les différentes parties engagées dans un procès pénal, qu'il s'agisse des accusés ou des magistrats, doivent faire face et qu'elles doivent résoudre. Ce travail, qui souligne la dimension morale du jeu judiciaire, décrit les dilemmes dans lesquels sont plongés les accusés, invités à exprimer leur remords, tentés également de diminuer l'ampleur de leur responsabilité, mais également toujours soupçonnables d'agir de manière intéressée et non sincère (Komter, 1998).

Les travaux de Gregory Matoesian constituent sans doute la version la plus sophistiquée de ce que l'analyse de conversation peut produire sur l'interaction judiciaire. Dans *Reproducing Rape*, Matoesian s'intéresse au langage à l'intérieur des tribunaux dans les procès pour viol. L'intérêt du travail de Matoesian vient de son attention au détail linguistique de l'interaction judiciaire. Il nous montre ainsi comment « le caractère factuel de la structure sociale, en tant que fait social objectivement contraignant s'étirant dans le temps et l'espace, est réalisé dans les interactions ordinaires par la catégorisation, la routinisation et la normalisation des actions, des acteurs et des relations » (Matoesian, 1993 : 25). C'est dans une même perspective que Matoesian aborde une célèbre affaire américaine, le procès Kennedy Smith. *Law and the Language of Identity* est un recueil d'articles dans lesquels Matoesian s'attache au démontage minutieux de l'interaction linguistique dans les débats judiciaires de ce procès pour viol. Partant de l'affirmation que « le langage n'est pas ce simple véhicule passif d'imposition et de transmission du droit, mais [qu']il constitue et transforme la preuve, les faits et les règles en objets pertinents du savoir juridique » (Matoesian, 2001 : 3), il montre comment opère le travail linguistique qui cherche à construire les propos du témoin en termes d'incohérence. Ces incohérences du témoignage sont constituées interactionnellement par l'entremêlement de ressources grammaticales, séquentielles et catégorielles. Il s'attache à analyser au plus près les techniques judiciaires de l'interrogatoire contradictoire : recherche infinie du détail (*detailing-to-death*), inflation et contrôle du témoignage, méthode de « répétition récapitulative » (*resumptive repetition*). Il montre que le résultat des procès pour viol ne peut pas être analysé sous l'angle unique du patriarcalisme ou des rapports de pouvoir entre l'avocat et les témoins, mais doit aussi être considéré à la lumière d'un savoir partagé sur les relations unissant les catégories de « femmes » et de « violeurs », savoir que l'avocat met en évidence pour le comparer au cas en question et tirer la conséquence d'une éventuelle incongruité. Ceci lui fait dire que la recherche doit se saisir du travail poétique (c'est-à-dire créatif) propre au langage de l'interaction judiciaire si elle veut comprendre la force particulière des différentes techniques qui sont mobilisées à l'occasion d'un procès.

Les articles de facture conversationnaliste qui traitent du droit et de l'interaction judiciaire sont nombreux. On citera rapidement quelques contributions regroupées dans un recueil (Travers et Manzo, 1997). Ainsi, un article de Drew (publié initialement en 1992) s'intéresse aux méthodes utilisées par les témoins et les avocats au cours des interrogatoires contradictoires menés dans le cadre d'affaires de viol. L'article de Watson (publié

initialement en 1983) traite aussi de l'utilisation du savoir et du raisonnement propres au sens commun dans le processus judiciaire pénal. On citera aussi une contribution de Martha Komter à un dossier de la revue *Droit et Société* (Dupret, 2001), qui porte sur la construction de la preuve dans les interrogatoires de police et montre comment les policiers doivent manœuvrer entre des exigences juridiques, un contexte bureaucratique et les règles de la conversation ordinaire.

XIII.3. Ethnométhodologie du droit comme raison ordinaire

Dans une tradition plus phénoménologique, il convient de mentionner les travaux de Melvin Pollner. Le titre de son ouvrage, *Mundane Reason*, montre que ce sont les modes pratiques de déploiement du raisonnement ordinaire qui l'intéressent, davantage que l'activité juridique en elle-même. Il n'en reste pas moins que les usages de la raison ordinaire et, entre autres, les postulats de cohérence, de détermination et de non-contradiction de la réalité sont étudiés ethnographiquement dans le contexte de tribunaux américains compétents en matière de circulation routière. Les analyses de Pollner montrent ainsi que les disjonctions dans les descriptions de mêmes événements sont résolues, non pas en adoptant un point de vue relativiste mettant sur un pied d'équivalence toutes ces récits multiples, mais en pointant du doigt les conditions d'observation « exceptionnelles » qui prévalaient au moment de l'événement « contesté » (Pollner, 1987). On a déjà fait mention, par ailleurs, de la critique formulée par Pollner à l'encontre de la version de théorie de l'étiquetage proposée par Becker (voir *supra*). Pollner montre que l'incohérence de Becker correspond toutefois à la typologie des juges des tribunaux de la circulation routière. Il fait ainsi remarquer que, pour les magistrats, les atteintes aux règles de la circulation routière qui leur sont rapportées ne constituent qu'une part plus ou moins réduite des atteintes réelles mais non détectées (la « face cachée du crime »). Par ailleurs, il est manifeste que le juge « sait » que la police commet des erreurs d'appréciation, accusant ainsi une personne à tort. C'est donc sur l'idée sous-jacente d'existence d'une déviance et d'une conformité à la loi objectives que s'appuie le travail du juge. Celui-ci est amené à juger de la relation entre le crime supposé et « ce qui s'est réellement passé ». L'ensemble de ce qui se passe sous ses yeux – accusations, dénégations, témoignages, explications, excuses, justifications, recherche de circonstances atténuantes – n'a de sens que s'il est admis que la culpabilité et l'innocence sont des questions indépendantes des méthodes permettant de les établir (Pollner, 1975).

Comment le raisonnement ordinaire résout les incongruités du quotidien

« Puzzle : comment un défendeur peut-il prétendre ne pas avoir dépassé 68 miles à l'heure et un officier de police prétendre qu'il l'a fait ? Solution : c'est le compteur qui est détraqué. Puzzle : comment un défendeur peut-il prétendre que c'est le véhicule devant lui et non sa caravane qui a bloqué le trafic, alors que l'officier de police prétend que c'est la caravane ? Solution : la caravane a bloqué la vue de l'officier. Puzzle : comment un défendeur peut-il prétendre qu'une course à l'accélération (*drag racing*) n'a pas eu lieu à un moment et en un lieu donnés, alors qu'un officier de police prétend qu'elle a eu lieu ? Est-il possible que la course ait eu lieu et n'ait pas eu lieu en même temps ? Ont-ils tous les deux raison ? Solution : l'officier de police faisait en fait référence à un autre moment. Dans chacun de ces cas, ni le juge ni le défendeur ne remet en question le caractère intersubjectif des événements en question. Ils cherchent plutôt une solution à la disjonction. Ils tiennent pour acquis que, 'toutes choses égales par ailleurs', les personnes se corroboreraient les unes les autres ».

Stephen Hester et Peter Eglin, *A Sociology of Crime*, Londres et New York, Routledge, 1992, p.214

On peut situer le livre de James Holstein sur les décisions judiciaires d'internement psychiatrique dans la ligne des travaux de Pollner. Si l'ouvrage se rattache à une perspective largement interactionniste et constructiviste, qui voit dans la maladie mentale le produit d'une opération d'étiquetage, il s'en distingue, toutefois, par l'attention portée aux processus concrets qu'engage cette opération. La dimension ethnométhodologique de la démarche réside donc dans l'attention portée à la contextualité et à l'interaction langagière : « L'interaction, en général, et, plus spécifiquement, le discours et l'usage de la langue ne sont pas de simples façons de véhiculer de la signification [, mais plutôt ...] des façons de *faire des choses avec des mots* afin de produire des réalités sentées et de formuler le monde de la vie » (Holstein, 1993 : 6). Dans cette perspective, Holstein cherche à identifier les postulats sur lesquels se fondent les jugements portant sur la santé mentale des gens, de même que les contraintes et intentions propres à l'institution dans laquelle ces jugements prennent place. Il montre ainsi comment la séquence de l'interrogatoire fournit une structure permettant d'organiser les questions sur lesquelles portent les auditions d'internement en procédures juridiques informées médicalement. Par ailleurs, ces auditions visent à mettre en scène les personnes, à dépeindre les circonstances propres à chaque cas et à rendre visible l'accomplissement de la « légalité » et de la « justice » (*op.cit.* : 87).

XIII.4. Ethnographie ethnométhodologique du travail juridique

Il existe une différence importante entre le recours à un matériau judiciaire pour développer la connaissance du langage interactionnel et l'analyse de la procédure judiciaire soutenue par une démarche ethnométhodologique. L'ethnographie ethnométhodologique ou ethnométhodologie du travail se situe dans cette ligne qui entend recourir à l'ethnométhodologie et à l'analyse de conversation au profit d'une respcification de l'objet des études sociojuridiques. Dans cette perspective, en effet, ce n'est plus tant la production sociale de l'ordre qui est au centre de l'analyse que l'étude de l'organisation pratique de l'activité professionnelle. Dans le domaine juridique, cette démarche trouve à s'ancrer dans des travaux déjà fort anciens et elle se prolonge dans des recherches récentes.

La recherche d'Aaron Cicourel sur la justice des mineurs procède déjà de ce souci ethnographique. À côté de la mobilisation de l'appareil sociologique (et particulièrement statistique) de l'époque, Cicourel manifeste un intérêt marqué pour l'observation et la description des pratiques du groupe des professionnels chargés de mettre en œuvre et d'administrer le droit des mineurs. Cette technique permet à Cicourel de montrer comment les officiers de police prennent la décision d'arrêter, d'inculper ou d'incarcérer des mineurs sur la base de procès-verbaux, en fonction de contraintes organisationnelles et à partir d'un éventail limité de possibilités (Cicourel, 1968). Mais l'étude réellement pionnière dans cette démarche alliant sensibilités ethnométhodologique et ethnographique est celle de Sudnow (écrite originellement en 1965) sur les « crimes normaux ». S'intéressant au travail de qualification juridique, il montre comment les catégories juridiques, loin de pouvoir être comprises exclusivement à partir de compendiums résumant les principaux principes jurisprudentiels, doivent être saisies à partir du travail de catégorisation lui-même. Ce travail de Sudnow se fonde sur l'observation continue, pendant plusieurs mois, de juristes au travail, particulièrement dans leurs négociations de plaidoirie, et il décrit dans le détail les méthodes mises en œuvre pour entreprendre la négociation à partir de ce qui apparaît comme le « crime normal ». Les catégories juridiques formelles sont, pour Sudnow, « l'équipement conceptuel de base avec lequel des gens tels que juges, avocats, policiers ou assistants de conditionnelle organisent leurs activités quotidiennes » (Sudnow, 1976 : 158). Cela signifie donc qu'une fois ces catégories identifiées, il faut encore examiner comment les professionnels, « en cherchant à *quoi réduire* un cas à traiter immédiatement, [[...] doivent] décider de son appartenance à

une classe d'événements dont les caractéristiques ne sont pas décrites par le code pénal » (*op.cit.* : 162). C'est précisément cette classe d'événements que Sudnow désigne sous le terme de « crimes normaux », la normalité renvoyant ici à la façon qu'ont les gens de traiter une catégorie de personnes et d'événements quand ils ont affaire à un certain type d'actes criminels.

Dans le même ordre d'idées, on peut citer divers articles. Celui de Sacks sur le travail de l'avocat décrit comment les juristes sont engagés, dans le cours de leur activité quotidienne, dans la « gestion de la routine » (Sacks, 1997). Michael Lynch a pour sa part écrit un article traitant des auditions menées dans un tribunal pénal canadien, où il s'attache à examiner le travail visible et public du juge, ce qui va de la gestion des contraintes procédurales à l'admonestation morale de l'accusé au moment de sa condamnation (Lynch, 1997). Albert Meehan s'est intéressé pour sa part aux modes de production par la police de procès-verbaux et autres documents dans les questions de police des mineurs. Au titre de ces documents, le « dossier » (*running record*), qui comprend tout le savoir accumulé sur un individu, sur les lieux et les événements passés, dont il est fait usage dans la prise de décision (Meehan, 1997). Douglas Maynard et John Manzo ont également livré un article détaillé sur les modes de décision des jurys dans lequel ils montrent comment le résultat précède la décision. Ils montrent aussi que la justice, loin de n'être que la notion abstraite des philosophes et jusqu'à un certain point des sociologues, est quelque chose « qui existe empiriquement, c'est-à-dire dans le discours et l'action de la société ordinaire » (Maynard et Manzo, 1997). On citera également l'étude de Luisa Zappulli sur les auditeurs de justice italiens, dans lequel elle nous montre comment contraintes institutionnelles, savoir technique et connaissances ordinaires s'entremêlent, les jeunes magistrats étant amenés à rapidement développer leur capacité à maîtriser leur nouvel environnement professionnel pour débiter leur carrière au mieux de leurs intérêts (Zappulli, 2001).

Deux ouvrages sont spécifiquement consacrés au travail juridique envisagé d'un point de vue ethnométhodologique. Dans *The Reality of Law*, Max Travers s'intéresse à l'activité d'un cabinet d'avocats pénalistes. Après s'être attaché à décrire phénoménologiquement ce cabinet, Travers souligne comment sa nature différente, qui en fait un cabinet d'avocats radicaux, est rendue visible par les membres du personnel y travaillant au travers de leur façon de parler de leurs activités quotidiennes. En ce sens, les gens ne sont pas simplement des membres d'un groupe, mais ils sont aussi l'objet de rattachement à des catégories, ce qui implique toujours une part d'interprétation éventuellement révisable. Cette appartenance se traduit aussi par la promotion d'un type particulier de point de vue sur la pratique professionnelle et par une présentation de soi mettant en évidence son professionnalisme dans l'accomplissement de cette pratique. Quant au travail de l'avocat pénaliste à proprement parler, Travers montre comment le droit et la procédure ressortissent avant tout d'une compréhension pratique qui est fonction du type de client, de compétences de sens commun et d'un savoir acquis par l'expérience. Ceci est particulièrement visible quand on observe dans le détail comment un avocat persuade son client de plaider coupable. La perspective ethnométhodologique adoptée par Travers vise ici à privilégier la compréhension quotidienne que les gens ont, grâce à des méthodes partagées, du contexte social, plutôt qu'à donner la préférence à un point de vue de surplomb. L'auteur s'intéresse aussi à l'activité de préparation d'un procès et observe la part importante occupée par la seule routine (Travers, 1997).

C'est à la respecification de l'objet juridique, dans la dimension morale de son déploiement et dans son traitement des questions de moralité, que l'ouvrage de Baudouin Dupret s'attache. Son but est d'observer, en contexte, les pratiques et l'activité d'une grande variété de gens impliqués dans des questions propres à l'institution judiciaire ou confrontés à

elle. Plus particulièrement, son objectif est d'étudier et de décrire, de manière empiriquement documentée et détaillée, comment se produit et se manifeste la dimension nécessairement morale de l'activité judiciaire et comment cette dernière modalise le traitement d'affaires touchant à la morale. Le contexte de cette étude est spécifique : il s'agit de l'enceinte de parquets et tribunaux égyptiens et d'affaires qui y ont été traitées au tournant du XXI^{ème} siècle. Mais son ambition va bien au-delà de la présentation d'un système juridique particulier, il propose une sociologie du droit en contexte et en action, ce qu'il appelle une *praxéologie du droit*. Après avoir posé le cadre analytique de sa démarche, l'ethnométhodologie et l'ethnographie du travail juridique, l'ouvrage – nourri de très nombreux extraits d'affaires – procède en quatre temps. Il entreprend d'abord de fonder l'approche praxéologique des relations qu'entretiennent droit et morale, en partant du traitement classique de cette question, en introduisant l'idée d'une structuration morale de la cognition ordinaire et judiciaire et en s'arrêtant aux apports de la démarche ethnométhodologique. C'est ensuite à l'activité judiciaire et à l'organisation morale de son exercice que le livre s'intéresse. À cette fin, la question du contexte de l'activité judiciaire et les notions de contrainte procédurale et pertinence juridique sont développées. Puis il déroule une grammaire pratique de quelques grands concepts du droit, tels la personne, la cause ou l'intention. Enfin, il analyse de manière détaillée une affaire qui mit en cause une cinquantaine d'hommes pour leur homosexualité présumée. Sont ici décortiqués les langages de la décision de justice et de l'interrogatoire du Parquet, ainsi que les différents jeux de catégorisation qui traversent ces activités. En conclusion, l'ouvrage revient sur les relations entre droit et morale à la lumière de la démarche praxéologique qu'il a déployée (Dupret, 2006).

Conclusion de la Quatrième partie : La respécification praxéologique

Les différents courants regroupés dans cette partie partagent la dénonciation de l'incapacité de la sociologie et, pour ce qui est de ce livre, des différentes formes d'étude sociologique du droit à saisir leur objet en tant qu'accomplissement pratique. Ainsi, Bruno Latour n'hésite-t-il pas à briser les tabous et à mettre au grand jour les limites sociologies du pluralisme juridique ou du droit flexible, de la sociologie systémique, qui voudrait que le droit se réduise à un jeu formel et autoréférent, de l'anthropologie politique des sociétés modernes, qui tend à présenter celles-ci, par un simple jeu des métaphores et des contrastes, dans le cadre étroit du triptyque rituels-mythes-symboles, ou de la sociologie bourdieusienne, qui ne voit dans le droit qu'une opération de mise en forme visant à légitimer la force, c'est-à-dire un non-objet ou un faux objet, puisque tout est censé s'expliquer par l'« économie des pratiques », par des causes et des effets généraux et non par des causes et des effets liés à l'activité en question. La démarche praxéologique propose, au contraire, de se focaliser sur le propre de l'activité des juristes, en tant que telle, et d'éviter de lui attribuer des fonctionnalités inconnues des acteurs mais déchiffrables par le sociologue critique qui, de sa chaire de vérité, serait en mesure de dénoncer pêle-mêle mauvaise conscience, effets de domination et hypocrisie collective.

Le choix d'une sociologie empirique, descriptive et praxéologique est probablement seul à même de garder au droit toute son épaisseur phénoménologique. La sociologie classique du droit nous a sans aucun doute enseigné des tas de choses intéressantes, mais elle nous a aussi toujours laissés face à un « quelque chose qui manque : la pratique du droit. À force de regarder ce dernier par le prisme de l'histoire, de la structure sociale ou des rapports de force, on en a fini par perdre de vue le phénomène du droit en lui-même. L'analyse s'est équipée de concepts (codification, contrôle social, modernisation, globalisation, pluralisme, etc.), de catégories (droit civil, *common law*, droit coutumier, droit islamique, etc.), de théories (système, structurale, réaliste, behavioriste, etc.), mais, ce faisant, elle a oublié de considérer le droit comme objet de plein droit. En cherchant à éviter le piège de la décontextualisation, avec tout ce que cela suppose en termes de notions mentalistes telles que « fonction latente », « processus inconscient » ou « incorporation », l'analyse praxéologique du droit a choisi de décrire les modes de production, de reproduction, d'intelligibilité, de structuration et de publicité du droit et des activités qui s'y rattachent. On y perd l'illusion critique et glorieuse du dévoilement (bien que la critique, par son caractère totalement circulaire, finisse par rapidement s'essouffler) aussi bien que le vertige envoûtant des considérations métaphysiques, mais on y gagne indubitablement la clarté analytique.

Dans la perspective « radicale » de l'ethnométhodologie (de Fornel, Ogien et Quéré, 2001), il ne s'agit pas tant d'identifier les défaillances des pratiques étudiées au regard d'un modèle idéal ou d'une règle formelle à laquelle elles seraient censées se conformer que de décrire les modes de production et de reproduction, l'intelligibilité et la compréhension, la structuration et la manifestation publique de la nature structurée du droit et des différentes activités qui lui sont liées. Ainsi, plutôt que de postuler l'existence de facteurs raciaux, sexuels, psychologiques ou sociaux, la démarche ethnométhodologique s'attache à voir comment les activités s'organisent et comment les gens s'orientent par rapport aux structures de ces activités qui sont intelligibles dans une très large mesure. L'hypothèse sociologique de l'intériorisation des normes, provoquant des conduites « automatiques » et « impensées », ne rend pas compte de « la façon dont les acteurs perçoivent et interprètent le monde, reconnaissent le familier et construisent l'acceptable, et n'explique pas comment les règles gouvernent concrètement les interactions » (Coulon : 1994 : 648). Les faits sociaux ne s'imposent pas aux individus comme une réalité objective, mais comme des accomplissements pratiques : « Entre une règle, ou une instruction, ou une norme sociale, et

leur application par les individus, s'ouvre un immense domaine de contingences, qui est celui engendré par la pratique, qui n'est jamais pure application ou simple imitation de modèles préétablis » (*op.cit.* : 648). S'il s'agit pour les sciences sociales de prendre le droit au sérieux, ce n'est toutefois ni le droit des règles maintenues dans leur abstraction formelle, ni le droit des principes indépendants de leur contexte d'utilisation, mais le droit des acteurs du droit engagés au quotidien dans la performance du droit, en d'autres mots, un droit fait de la pratique des règles de droit et de leurs principes d'interprétation.

On l'a dit en conclusion de la première partie, il n'est pas de culture inaccessible à l'entendement humain. Non seulement peut-on y accéder, mais aussi faut-il admettre que c'est là et uniquement là que résident le droit et son ontologie. Ce que la respecification praxéologique de la question du droit dit avant tout, à cet égard, c'est que les sciences sociales n'ont pas les moyens de définir le droit en dehors de sa performance réelle, vécue et empiriquement observable. Il n'y a lieu de voir du droit que dans ce que les gens disent et font quand ils s'orientent vers quelque chose qu'ils identifient en tant que droit : « le projet consistant à dessiner un concept de droit de nature scientifique était fondé sur la conviction erronée que le droit constitue une catégorie fondamentale. [...] [Or,] le droit est tout ce que nous attachons au label droit » (Tamanaha, 1997 : 128). Autrement dit, « ce qu'est le droit est déterminé par les usages communs des gens, dans le champ social, et non pas à l'avance par le théoricien ou le chercheur en sciences sociales » (Tamanaha, 2000 : 314). Le mérite de cette approche – qui la rend non essentialiste – tient à ce qu'elle est totalement dépourvue de présuppositions sur le droit (au-delà de la présupposition négative que la droit n'a pas d'essence). Il reste alors, pour le chercheur, à s'attaquer aux ontologies du droit, à mener un travail de sociologie qui s'attache à trouver aux différentes formes d'expression et d'usage de l'idée de droit les formes descriptives et empiriquement documentées qui leur conviennent.

Prenons un exemple. En Egypte, il existe une forme de mariage que l'on appelle coutumier, qui se caractérise par le fait qu'il n'est pas enregistré à l'état civil. L'examen de pratiques articulées autour de ce type de mariage va nous permettre de montrer que la nature du droit ne dépend pas d'une définition qui lui serait imposée de l'extérieur, mais bien de l'orientation située des protagonistes vers un objet qu'ils identifient comme du droit. Si les lois égyptiennes ont toujours encouragé l'enregistrement des mariages, il suffit cependant d'un contrat établi en présence de deux témoins pour qu'un mariage soit considéré comme légalement valide. Jusqu'à une loi de 2000, toutefois, ce type de mariage ne pouvait être invoqué en justice. La nouvelle loi autorise à présent l'épouse à produire n'importe quel document établissant l'existence d'un mariage coutumier pour obtenir du juge sa dissolution. Ce mariage n'atteste pas d'un quelconque pluralisme juridique, mais seulement d'une reconnaissance limitative par le droit étatique de pratiques peu formalisées. Au début des années 2000, l'histoire de deux hommes ayant conclu un mariage coutumier fait les choux gras de la presse. L'examen du procès révèle une affaire dans laquelle un patron avait contraint son employé à avoir des relations homosexuelles en le menaçant de divulguer les « documents de mariage » qu'il l'avait obligé à signer. Intitulés « contrat de déclaration et d'engagement mutuel », ces documents ont été considérés, implicitement ou explicitement, comme une forme de mariage coutumier. Loin d'attester d'une pluralité de champs sociaux producteurs de normes, de valeurs ou de droits spécifiques faisant miroir aux normes sociales, cette histoire nous révèle plutôt la variété des pratiques juridiques, c'est-à-dire de pratiques orientées vers un même objet de référence identifié par les gens comme du droit, que ce soit pour l'interpréter, le mettre en œuvre, le contourner, le vider de sa substance ou le contester. En revanche, c'est bien à une pluralité de systèmes juridiques que les gens font référence dans cette autre affaire rapportée par la presse à la même époque. Près d'Assouan, en Haute-Egypte, le cadavre de deux hommes fut retrouvé, avec des traces montrant qu'ils avaient été exécutés par balles. Le

Parquet ouvrit un dossier qui fut classé sans suite, faute d'indices. Mais le bruit courut, parallèlement, que les deux hommes entretenaient des relations sexuelles et avaient conclu une forme de mariage coutumier. Leurs familles, estimant la situation inacceptable, demandèrent à ce qu'une assemblée coutumière soit convoquée pour juger de l'affaire. L'histoire rapporte que cette assemblée se réunit et prononça un jugement condamnant les deux hommes à la peine de mort. Cette deuxième affaire traduit effectivement l'orientation des gens vers des systèmes de justice parallèles, fonctionnant de manière largement indépendante, appuyés sur des droits distincts. L'on peut ainsi observer que droit et pratiques juridiques ne se confondent pas. Tout ensemble de normes ne constitue pas nécessairement du droit et le droit ne peut être englobé dans la catégorie fourre-tout du contrôle social. En ce sens, la sociologie praxéologique du droit est l'étude des pratiques qui sont accomplies de telle manière qu'elles eussent été différentes si le droit de référence n'avait pas existé (Dupret, 2005).

L'organisation des pratiques de référencement au droit s'observe particulièrement bien dans les textes produits par l'activité juridique. Si l'on prend le texte d'un jugement, on remarque que le contexte de sa production nous échappe. Le document juridique est écrit à des fins juridiques et tend de ce fait à cacher les conditions spécifiques de sa propre constitution. Autrement dit, le jugement est une version « lissée » qui occulte l'action qui a conduit à sa production. D'une action au compte rendu de cette action, d'un échange verbal à un récit écrit, d'un procès-verbal à un rapport, d'un rapport à un jugement, une énorme transformation a été opérée qui a créé un fossé entre ce qui s'est passé, ce qui a été enregistré et ce qui a reçu force de droit. Une analyse détaillée permet toutefois de retrouver les usages structurels, séquentiels, grammaticaux et catégoriels qui ont présidé à la rédaction du jugement, à la formalisation de ses dimensions rétrospectives et prospectives, à sa constitution dialogique et intertextuelle rassemblant en un seul document des pièces et des témoignages multiples, à la mise en relation de récits divergents et à l'émergence d'un récit dominant. On peut alors voir comment des événements mondains deviennent des faits juridiques, comment des termes aux contours flous évoluent en dispositions légales contraignantes, comment des personnalités ordinaires se transforment en parties à une affaire et, le cas échéant, comment une moralité de sens commun peut acquérir le statut de droit (Dupret, 2006).

L'étude praxéologique du droit cherche à substituer à l'élaboration de grandes théories modélisatrices l'investigation minutieuse de données réelles reflétant les façons propres aux gens d'un groupe social donné de faire sens de leur monde quotidien, de s'orienter vers lui et de le pratiquer. Cette démarche suppose d'être sensible aux modes de production de l'action qui permettent qu'elle soit comprise par les autres ; de traiter les faits sociaux comme des accomplissements interactionnels ; de décrire les orientations propres aux participants à un cours d'action donné et le déploiement concret de leur perception, de leur action et de leur manière d'en rendre compte ; et enfin de considérer les gens comme des utilisateurs de normes et non comme des créatures déterminées par les normes. En manquant de prendre au sérieux le « travail du droit », c'est l'entièreté du phénomène juridique qui tend à échapper à l'attention de l'analyste, au profit d'une glose généralisatrice tendant à extrapoler du passé au présent et au futur et du particulier au général. Ce que permet la respécification praxéologique, c'est de ne pas perdre de vue le droit lui-même, sa phénoménologie, ses ontologies, ses modes concrets de déploiement en contexte et en action.