

Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement

Guillaume Calafat, Arnaud-Vivien Fossier, Pierre Thévenin

▶ **To cite this version:**

Guillaume Calafat, Arnaud-Vivien Fossier, Pierre Thévenin. Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement. Tracés : Revue de Sciences Humaines, 2014, Penser avec le droit, 27, pp.7-19. 10.4000/traces.6040 . halshs-01929548

HAL Id: halshs-01929548
https://shs.hal.science/halshs-01929548

Submitted on 21 Nov 2018

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.

tracés

Revue de Sciences humaines

Penser avec le droit

Coordonné par Guillaume Calafat,
Arnaud Fossier et Pierre Thévenin

nº 27 2014 | 2

ÉDITORIAL

Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement

GUILLAUME CALAFAT, ARNAUD FOSSIER
ET PIERRE THÉVENIN

Un tournant juridique dans les sciences sociales ?

Ce numéro de *Tracés* souhaite mettre l'accent sur la place actuellement grandissante du droit dans les différentes disciplines des sciences sociales. L'intérêt pour le droit comme objet à part entière n'est certes pas nouveau, que l'on songe aux sociologies d'Émile Durkheim ou de Max Weber, à l'histoire des institutions, à l'anthropologie juridique d'un Marcel Mauss ou d'un Clifford Geertz, ou encore au courant *Law & Economics* développé dans le monde académique anglo-américain à partir des années 1960-1970. En invitant les chercheurs et chercheuses en sciences sociales à se positionner vis-à-vis d'un « tournant juridique » supposé, *Tracés* visait moins à dresser le constat d'une attention renouvelée pour la matière juridique qu'à formuler l'hypothèse d'une inflexion récente dans la manière d'aborder le droit, ses catégories et ses techniques. Le présent numéro recueille ainsi les indices d'une dissolution progressive de l'opposition entre, d'un côté, les tenants d'une position « externaliste », qui voient dans le droit un simple révélateur des structures et des contextes sociaux, et, de l'autre, les partisans d'une approche « internaliste », qui étudient les normes juridiques au prisme de leurs caractères formels. En réconciliant les usages politiques et sociaux du droit et l'analyse de l'outillage technique et formalisé des juristes (à travers notamment une attention croissante portée aux qualifications, aux procédures et aux spécificités du raisonnement juridique), n'ouvre-t-on pas la voie à une meilleure appréhension de ce qu'est le droit, de ce qu'il fait et de ce qu'il peut faire ?

Volontiers entretenu par les juristes, le postulat de l'autonomie du droit et de son « isolement » absolu vis-à-vis du monde social a longtemps dissuadé les sciences humaines d'appréhender la pensée juridique pour

elle-même. Inversement, les facultés de droit – en France tout particulièrement – se montraient d'ordinaire réticentes à intégrer les apports de la sociologie, de l'anthropologie ou de l'historiographie dans leurs cursus. Depuis une vingtaine d'années environ, on assiste à de sensibles évolutions, qui voient les sciences sociales s'aventurer franchement sur le terrain du droit et prendre en charge des questions qui touchent aussi bien aux usages du droit qu'à son fonctionnement spécifique et technique. Dans l'entretien qu'il nous accorde, Pierre Lascoumes confirme ainsi que la défiance qu'un certain nombre de sociologues et de politistes pouvait éprouver à l'égard du droit a laissé place à davantage d'aisance et de familiarité avec les outils et les catégories des juristes[1]. La remarque s'étend, plus généralement, à d'autres courants et d'autres disciplines : deux numéros des *Annales* avaient, en 1992 et 2002, posé les jalons d'une rencontre fructueuse entre droit, histoire et sciences sociales. Laurent Thévenot y soulignait par exemple l'intérêt heuristique de mettre en regard les « réflexions des juristes sur la règle de droit, son application et son interprétation » avec les « travaux de sociologues et d'économistes qui étudient la coordination de l'action et ses modalités diverses » (1992, p. 1293). Quant aux historiennes et historiens, ils ne considéraient plus le droit comme un simple arrière-plan normatif et institutionnel, mais davantage comme une manière particulière de questionner, voire d'altérer la réalité sociale. Ils tenaient ainsi compte des médiations formelles propres au droit qui invitent à lire différemment les sources juridiques et judiciaires (Thomas, 2002). Dans le domaine de l'économie, l'école dite « néo-institutionnaliste », de Douglass North à Avner Greif, a fait du droit de propriété un support historiquement essentiel au développement du marché (dans une perspective libérale frontalement opposée au marxisme), réinsufflant du dynamisme aux études portant sur les tribunaux marchands et sur le droit commercial. Enfin, le succès manifeste en sciences sociales de l'idée de « pluralisme juridique », qui suppose la coexistence de plusieurs systèmes de droit dans un même champ social (Merry, 1988, p. 870), a eu d'importantes répercussions sur l'anthropologie juridique et sur l'étude du droit dans une perspective globale (Teubner éd., 1997). On pourrait sans peine poursuivre cet inventaire : évoquons par exemple les dialogues du droit et de la géographie autour de la fabrique juridique des espaces (Garcier, 2009) ou de la territorialisation et de la territorialité du droit (Maccaglia et Morelle, 2014) ; mentionnons, pour finir, l'intérêt du courant « droit

1 Sur ce constat à propos de la sociologie du droit en France, on peut mettre en regard les deux états des lieux établis à quinze ans de distance par Pierre Noreau et André-Jean Arnaud (1998) et Liora Israël (2013).

et littérature » pour la représentation du droit dans la littérature (Ost et van Eynde, 2001), la rhétorique du droit (Constable, 2010) ou pour ses opérations fictionnelles (Pfersmann, 2004).

Ce numéro de *Tracés* n'offre évidemment qu'un aperçu de la reconfiguration actuelle des rapports entre droit et sciences sociales, mais laisse entrevoir quelques dynamiques et chantiers de recherches qui nous paraissent très prometteurs : plusieurs contributions pointent ainsi la manière dont la pensée critique a pu s'enrichir en envisageant le droit non plus comme un simple instrument de domination, mais bien plutôt comme une ressource mobilisable pour qualifier, analyser et contester une situation. Les articles et les notes de ce numéro montrent que ce changement de perspective s'accompagne, d'une part, d'une meilleure maîtrise, par les sciences sociales, de la technique juridique et des opérations du droit et, d'autre part, de questions épistémologiques d'importance autour de la difficile notion de « contexte ». Pour saisir ce qu'est le droit, il semble utile, plus largement, de mieux distinguer entre différentes formes de normativité, autrement dit de faire l'histoire comparée du concept et des mutations du droit, socle nécessaire à toute anthropologie juridique.

Penser – de manière critique – avec le droit

Il y a plus de soixante-dix ans, John Dewey invitait à dessaisir les juristes de leur monopole interprétatif en faisant du droit une activité sociale comme les autres. Dans la note qu'ils consacrent ici à la philosophie du droit de Dewey, Liora Israël et Jean Grosdidier appellent à prolonger cette vision « réaliste » en multipliant les enquêtes empiriques sur le droit. En renversant les rapports hiérarchiques de la théorie et de la pratique, le pragmatisme offrirait ainsi la clé d'une collaboration réfléchie de la sociologie et de la doctrine juridique. D'un même mouvement, les juristes se libéreraient de l'idée d'une « épistémologie qui serait première à toute connaissance des phénomènes juridiques », tandis que les sociologues apprendraient à décrire « le caractère mutuellement constitutif du droit et de la société ».

Parallèlement, certaines formes d'engagement politique et citoyen présentent l'appropriation du discours juridique comme un enjeu militant. Comme l'avance Vincent-Arnaud Chappe dans sa note comparative sur les sociologies du droit états-unienne et française, ce n'est pas sans ambiguïtés que le droit devient une ressource potentiellement réparatrice. Au cas de l'*American Disability Act*, qui a participé de façon positive à la construction de l'identité des personnes handicapées en leur permettant de penser

comme légitime leur place au sein du monde du travail, répond celui des femmes noires victimes de discrimination qui refusent de porter plainte de peur que la procédure judiciaire ne mette à mal leur propre éthique et ne les enferme dans une identité de victime. Si le droit sert avant tout à fournir un cadre et un langage de revendication, voire à accéder aux « scènes de l'action publique » (McCann, 1994), le discours juridique traduit mal les expériences vécues et les acteurs ne croient pas tous en l'idéal d'un droit émancipateur.

Les alliances entre juristes et non-professionnels du droit peuvent alors se révéler politiquement décisives. On pense notamment aux « boutiques du droit » des années 1970, ces services d'aide et de conseil juridiques créés en dehors des organisations institutionnelles, auxquels Lascoumes a participé. Ou encore au référendum italien sur l'eau de 2011, à la suite duquel des juristes ont rejoint les rangs des citoyens opposés à l'abandon ou au rachat des biens culturels. Comme le montre Paolo Napoli, la contribution des juristes à ce mouvement des « biens communs » (*beni comuni*) s'est d'abord manifestée par un travail de redéfinition de revendications par ailleurs relativement diffuses. Par l'entremise de juristes militants, on est ainsi passé d'une lutte contre la privatisation (qui s'appuie toujours sur l'idée de propriété, avec ses deux faces publique et privée) à un mouvement organisé autour de la référence à des biens « inappropriables ». Ici les juristes semblent moins intervenir dans des luttes préexistantes, articulées en termes de justice ou d'égalité (à l'instar du combat américain contre les discriminations raciales), que dans la formulation, indissociablement technique et politique, des enjeux mêmes de l'action.

L'implication des juristes dans le débat public n'est pourtant pas neuve, comme le montre l'étude que Guillaume Richard consacre à la question économique et politique des indemnités de guerre dans les années 1915-1919. On connaît aussi l'engagement politique des constitutionnalistes de gauche, quelques années plus tard en Allemagne, pour défendre la République de Weimar contre l'instrumentalisation autoritariste ou fasciste du droit (Le Bouëdec, 2011). Aujourd'hui, en revanche, l'étroite et univoque collaboration, historiquement située, entre État et juristes vit peut-être ses derniers instants. Plus généralement, l'assimilation entre droit et État – particulièrement prégnante en France – n'est plus guère d'actualité et les alliances, même « tourmentées », comme l'écrit Michele Spanò, semblent se multiplier entre des citoyens soucieux d'avoir des prises sur le droit et des juristes qui puisent autant dans l'histoire que dans leur imagination pour mettre leur technique de production de catégories juridiques au service des demandes sociales.

On peut ainsi s'interroger sur la valeur politique des savoir-faire juridiques. Qu'il s'agisse d'utiliser les catégories de droit privé pour trancher la

question des réparations des dommages matériels de guerre ou de « reconstruire » le système de la justice pénale sous la forme d'une fourniture de service, les stratégies de l'herméneutique juridique semblent posséder une urgence propre. À condition d'être bien lus, les textes de droit ne sont-ils pas saturés d'une sorte de politique euphémisée ? C'est ce que suggère l'analyse de Nicola Lacey, qui décortique le *Criminal Justice Act* 1991 du gouvernement John Major pour mettre au jour la collusion paradoxale d'une « approche managériale » de l'administration de la justice pénale et d'une stratégie politique répressive. Ici l'exégèse juridique, toute centrée sur les textes et leur logique interne, se fait politiquement instructive. Non seulement le flou juridique de la loi explique son caractère insidieusement répressif, mais l'introduction d'une gouvernementalité instrumentale – souvent au nom même de la défense des droits civils ou de la non-discrimination – met en péril la sauvegarde du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi ou d'indépendance de la justice. Ici le détour par l'interprétation du droit positif finit par servir l'intelligence critique, en ajoutant au diagnostic du passage « de l'État social à l'État pénal » (*Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 124, 1998) celui de l'occultation de l'État pénal par un Grand Manageur des services judiciaires. Ainsi l'analyse de « ce que fait réellement le droit », pour reprendre le programme tracé par Chappe, n'est-elle peut-être pas l'apanage des observateurs de son efficacité. La recherche du dispositif contraignant d'un texte, la mise en lumière analytique et méthodique de sa substance – définie par l'application des lois, administrative ou jurisprudentielle –, voilà bien ce qui semble faire l'ordinaire de l'exercice de la pensée juridique.

Les opérations du droit : au cœur des sciences sociales ?

L'étude des opérations propres du droit et de leurs corollaires – autorité, sanction, hiérarchie, etc. –, dont Yan Thomas avait fait le cœur de sa méthode d'historien (Thomas, 2011 ; Napoli éd., 2014), croise aujourd'hui celle de ses usages et de ses acteurs (histoire intellectuelle des juristes, ethnographie judiciaire, sociologie et analyse économique des magistratures, des professions juridico-judiciaires, des formes d'accommodements ou de conciliations extrajudiciaires, etc.). L'ouvrage d'Aldo Schiavone *Ius. L'invention du droit en Occident*, dont Thibaud Lanfranchi propose une recension critique, articule ainsi une connaissance technique des concepts (le « contrat » en particulier) et des procédés de formalisation ou d'abstraction juridiques, à une sociologie des juristes romains. Sans réduire le droit à des stratégies ou à des

intérêts qui seraient extérieurs à sa technicité, Schiavone l'inscrit dans le contexte des rapports de force sociopolitiques de la Rome républicaine, puis impériale. Pour présenter la multitude d'acteurs qui font le droit, l'historien gagne en effet à tenir compte de la formalité des constructions juridiques et à retracer le cheminement textuel qui lui est propre.

Ces constructions du droit, les concepts et les catégories qu'il ne cesse de travailler depuis ses origines romaines, comme celles de « chose », de « personne » ou de « propriété », orientent les pratiques et en génèrent de nouvelles. C'est précisément pour cette raison, selon Arnaud Esquerre, que la sociologie peut proposer un mode de compréhension original du droit, en réarticulant la norme juridique – si mouvante qu'elle ne saurait être enfermée dans un ensemble limité de textes – et les pratiques sociales. Esquerre se demande ainsi comment dépasser la fameuse critique d'Hans Kelsen selon laquelle « la sociologie du droit ne décrit pas le droit ». Il propose d'observer le droit non pas de l'intérieur, mais à partir de la validité et de l'efficacité sociales des normes qu'il produit. S'ouvre alors aux chercheurs et chercheuses en sciences sociales un terrain d'analyse enrichi, entre dogmatique et histoire, entre formalisme et sociologisme, qui tient compte de tout l'éventail des espaces de qualification du droit en même temps que de son effectivité. Si la législation autorise la crémation des corps depuis 1877, la pratique elle-même est quasi inexistante durant le siècle qui suit. À l'inverse, depuis 2008, les proches d'un défunt sont tenus de disperser ses cendres en un lieu unique et public, mais aucun dispositif n'a été mis en place pour contrôler le respect de cette règle de droit. Dès lors, la sociologie consiste à « interroger un écart » : « Pourquoi dans certains cas, le droit est-il efficace, pourquoi dans d'autres, ne l'est-il pas ? » En se distanciant, au moins provisoirement, de sa textualité et des décisions originelles qui le font naître, pour mieux privilégier l'étude de son effectivité, les sciences sociales mettraient ainsi en évidence l'incertitude et l'instabilité du droit.

Que faire, en revanche, en cas de « lacune de la loi », c'est-à-dire lorsque la règle apparaît inadaptée ou injuste ? Un exemple frappant des ressources qu'offre le droit, ou, plus exactement, que sa construction met à disposition, est celui de la lutte des années 2000 contre le téléchargement illicite d'œuvres sur Internet. Comme le montrent Francesca Musiani et Pierre Gueydier, c'est au moyen d'une « fiction » juridique qu'une nouvelle infraction, mieux ajustée que le délit général de contrefaçon, « a permis d'assurer un point d'appui capable de restaurer l'empire du droit sur [l]es objets numériques ». En effet, la loi « relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet » adoptée en 2009 et plus connue sous le nom d'Hadopi II, a fait *comme si* on pouvait techniquement sécuriser une

connexion Internet et *comme si* le piratage recouvrait une réalité criminologique uniforme[2].

Les liens entre l'analyse de la normativité juridique et celle de l'effectivité du droit se resserrent également autour de la notion d'« usages » du droit. S'intéresser aux acteurs et aux actrices qui font le droit *in situ*, l'appliquent ou, plus exactement, le mobilisent, c'est tâcher d'en définir la normativité propre, quitte à prendre le parti d'évacuer la question de sa technicité. L'étude ethno-méthodologique de Baudouin Dupret part du principe que le concept même de droit ne peut être appréhendé qu'au travers de ses usages, c'est-à-dire au travers des « pratiques » réelles et concrètes d'un droit « en train de se faire » – il n'est d'ailleurs pas interdit de reconnaître ici une certaine affiliation avec la philosophie pragmatiste du droit défendue par Dewey, mais aussi, dans une certaine mesure, avec le courant états-unien des *legal-consciousness studies* évoqué par Chappe (voir également Pélisse, 2005). La description des interactions entre juges et justiciables équivaut dès lors à « faire la grammaire du concept de droit ». Dupret prête une attention particulière au code en tant qu'il est un « ensemble d'instructions », mais aussi une « action ». L'interrogatoire d'enquête mené par un procureur égyptien dans une affaire de viol est ainsi considéré comme « l'action de suivre les instructions » fournies par la loi et la jurisprudence, elles-mêmes envisagées comme des guides utilisés par les professionnels du droit pour orienter leurs actions futures.

Ces différentes tentatives présentent peut-être le trait commun de reproduire le réflexe méthodologique qui pousse avant toute chose les historiennes et historiens, sociologues ou anthropologues à « mettre le droit en contexte »[3]. Dupret appelle pour sa part à relativiser « l'acception classique de la notion de contexte », en considérant que « sa pertinence n'est pas donnée a priori, mais manifestée en situation ». Mais cette révision peut aller dans un sens très différent, comme lorsqu'une « ethnographie de la rhétorique juridique » invite à prendre le droit comme un objet anthropologique sans contexte social véritable (Strathern, à paraître ; Riles, 2005). D'après le juriste anglais Alain Pottage (2014, p. 149), « le projet jadis novateur d'analyser "le droit en contexte" ou le "droit et la société" se voit aujourd'hui éclipsé par des projets qui n'ont nul besoin de prêter au droit une fonction instrumentale ». L'anthropologie postmoderne rejoindrait-elle ici le point de vue des juristes de la vieille école ? Par une sorte de paradoxe ou de provocation,

2 Sur ce thème, nous renvoyons au numéro 26 de *Tracés* : « Pirater ».

3 Pour un exemple récent de cette tendance, voir « Le droit en contexte », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, n° 1, 2013.

il s'agirait d'épouser cette « pensée par stéréotype » qu'Arthur Vuattoux identifie, dans sa note, à l'aspect le plus anhistorique de la logique juridique : celui qui la pousse précisément à « décontextualiser », comme disent les philosophes et les logiciens, c'est-à-dire à délibérément refuser que les à-côtés aléatoires du texte puissent faire varier sa signification autonome.

« Prendre le droit au sérieux », comme l'appellent de leurs vœux la plupart des auteur-e-s de ce numéro, suppose de contrôler les éventuelles polysémies et les transferts conceptuels entre disciplines. Sous la plume de Rémy Libchaber dont un livre récent (2013) fait ici l'objet d'une note de Sonia Desmoulin-Canselier, « dépeindre la réalité sans s'occuper des pratiques » signifie décrire la réalité juridique (autrement dit la substance normative et l'appareil textuel du droit en vigueur) sans tenir compte de la pratique administrative ni de son rôle incident dans la création du droit. Cette « pratique »-là ne rejoint donc pas vraiment l'acception des sociologues ou des historiennes et des historiens qui entendent surtout, avec le terme de pratique, les usages du droit par les acteurs et actrices profanes (l'accès au droit et sa mobilisation) ou la reproduction par les expert-e-s de l'ordre juridique. Une première piste pour clarifier ces difficultés de compréhension réciproque, dont il ne faut pas minorer l'importance, serait de prendre en compte les contraintes liées à la différence des traditions juridiques. Alors que la *common law* accorde à la magistrature une indépendance et un pouvoir discrétionnaire considérables, comme le montre l'étude par Lacey du bras de fer déclenché par une loi de 1991 sur la criminalité entre les gouvernements conservateurs et la magistrature criminelle britanniques, la tradition française n'a jamais en réalité qu'un « corps de droit apparent, qui dissimule une administration omniprésente » (Libchaber, 2013, p. 166). En identifiant sans ambages le discours de l'État au discours de la loi, il semblerait que les sciences sociales soient parfois portées à penser sous contrainte de traditions juridiques particulières (Garcia Villegas, 2009). Mais alors l'épistémologie des sciences sociales serait-elle secrètement liée à l'histoire du droit ?

Droit et normativités : de l'intérêt d'une histoire croisée

Malmenée par le management, comme le souligne Lacey, concurrencée par les formes souples de réglementation et de régulation regroupées sous la dénomination de *soft law*, par l'ingénierie sociale, par la bureaucratie ou encore par les normes éthiques, la science du droit perdrait, selon certains, du terrain. Héritée du XIX^e^ siècle, la science juridique semble en effet en berne, à l'heure où de nombreux pays proposent de réformer – non

sans vives discussions – leur formation en droit (Aït-Aoudia et Vanneuville, 2013). L'un des symptômes de cette crise d'identité est sans doute le resserrement des cursus sur les questions techniques et conjoncturelles, aux dépens des enjeux théoriques que le droit soulève. Desmoulin-Canselier constate précisément que « par conviction technicienne ou par pragmatisme désabusé, par paresse intellectuelle ou par souci de réalisme, l'envie de systématiser quitte progressivement les facultés et les lieux où l'on prétendait "penser le droit" ». D'autres, au contraire, dénoncent la juridisation rampante des pratiques sociales et voient dans les phénomènes mentionnés plus haut la preuve d'une contamination généralisée des sociétés par le droit. Dans les deux cas de figure, c'est bien la dilution du concept de droit qui semble en jeu. Qu'il s'agisse d'évacuer le droit des multiples formes de gouvernance qui lui sont associées, ou d'en critiquer l'expansion, jusqu'à confondre droit et normativité, on prive le concept de son utilité. L'enjeu est d'importance, car il s'agit également de nuancer les excès d'un « pluralisme juridique » radical qui veut voir du droit dans toute forme de régulation ou toute norme sociales (Halpérin, 2012, p. 416).

Dans son livre, Libchaber (2013) entreprend précisément de définir le droit en commençant par critiquer les quatre principaux paradigmes de la théorie du droit, à savoir le positivisme, le réalisme, le jusnaturalisme et le pluralisme qui, quoique fécond pour les sciences sociales, dissémine la juridicité « dans un ensemble de pratiques diverses ». Or, « si la normativité est partout, écrit-il, on ne peut pas penser que le droit le soit au même titre : […] il est une technique d'emploi somme toute assez rare ». Selon Libchaber, le droit dépend de l'existence d'un corps d'expert-e-s, que ces derniers agissent ou non en juridiction. Par exemple, les débats qui opposent civilistes et publicistes autour de l'indemnisation des sinistré-e-s de la Première Guerre mondiale témoignent du fait qu'en dernier recours, les catégories du droit sont forgées par celles et ceux qui s'en disent les professionnels. Le lien entre la formation du droit comme discours normatif et sa professionnalisation n'a cependant rien de substantiel ; il est au contraire profondément historique, comme le rappelle la note de Lanfranchi sur le livre de Schiavone. Dès le VI^e^ siècle avant notre ère, le *ius* a désigné un ensemble de formules orales, proférées par les prêtres, pour ensuite devenir l'apanage de l'aristocratie et, sous l'Empire, celui d'une bureaucratie centralisée au service d'un « État » que Schiavone n'hésite pas à qualifier d'« absolutiste ».

À l'heure d'une démocratie « participative », caractérisée par la multiplication des groupements d'intérêt public ou des « forums hybrides », le droit est-il encore tenu par des expert-e-s et peut-on encore identifier la construction du droit à celle de l'État ? La question de la communication,

des échanges, des porosités entre régimes de normativité retient aujourd'hui l'attention des sciences sociales comme des juristes. Libchaber, par exemple, semble déplorer qu'en France « la régulation de la société [soit] plus administrative que juridique » et que « la voie proprement juridique [soit] ouverte dans les apparences, mais délaissée en réalité » (Libchaber, 2013, p. 166). Une archéologie de cette normativité administrative montre qu'elle plonge certes ses racines dans le droit romain, mais que la catégorie même d'*administratio* désigne une rationalité gestionnaire constitutivement étrangère au droit de la propriété (*dominium*). Si l'administration s'adosse donc à la technique juridique, elle n'en forme pas moins un mode de gouvernement à part entière ; dans l'article que nous traduisons, Napoli suggère même qu'elle pourrait à son tour inspirer le droit des « biens communs » qui s'élabore aujourd'hui en Italie.

L'auteur invite en effet à renouer les fils du droit, de la politique et de l'histoire :

> Le récit historique […] n'est pas tant voué à connaître le passé qu'à définir une stratégie politique en fonction du présent : dire l'histoire signifie *ipso facto* assumer une position littéralement antagoniste dans l'actualité et surmonter ainsi le hiatus métaphysique entre action et représentation. […] Grâce à cette opération réflexive qui consiste à dire l'histoire et à occuper de la sorte une position stratégique décisive, le « commun » et les « biens communs » se doteront de leur propre immanence juridique.

N'est-ce pas là une ferme invitation, adressée aux juristes comme aux sciences sociales, à interroger les raisons et les conditions historiques des flux et reflux du droit ? Autrement dit à accompagner toute histoire du droit d'une histoire de cette histoire, et à expliciter les stratégies politiques (l'exaltation de la nation ou bien du peuple, par exemple) qui couvent sous les choix en apparence anodins, comme la relégation, par exemple, du droit romain par les savants « germanistes » ou romantiques du XIX^e^ siècle (Conte, 2002).

Si le droit ressort comme la matrice, parfois refoulée, d'autres normativités, celles qui trouvent leurs sources ailleurs, dans la religion ou la morale en particulier, cherchent parfois à se légitimer au contact du droit positif. C'est aujourd'hui tout l'enjeu pour les droits de l'homme que de trouver leur fondement dans le droit et non dans la nature, comme le suggère la critique qu'Anna Zielinska adresse, dans ce numéro, à Joseph Raz. En s'inscrivant dans la tradition philosophique libérale anglo-américaine du droit et de la justice – de John Rawls à Amartya Sen, en passant par Ronald Dworkin –, Raz cherche en effet à rendre compatibles le positivisme juridique (mâtiné d'utilitarisme) et l'existence de droits qui soient opposables à la violence des États. Mais, comme le souligne Zielinska :

> […] si elle ne fait pas référence à des chartes ou à des déclarations reconnues, [la notion de « droits de l'homme »] peut n'être réduite qu'à fonctionner comme un étendard idéologique, à l'instar de ces principes moraux qui, énoncés avec suffisamment de sérieux, peuvent servir à justifier quasi tout. Pour garder un certain contrôle institutionnel sur les « droits de l'homme », il faut que ceux-ci ne soient pas compris comme s'ils étaient construits d'un matériau différent que les autres types de législations, coutumières ou proprement positives.

La défiance qu'un certain nombre de théoriciens et de théoriciennes des droits éprouvent vis-à-vis du droit positif doit sans doute être replacée dans le cadre d'une opposition que de nombreux textes publiés dans ce numéro évoquent, entre la tradition de *common law* et celle, continentale, de *civil law*. Dans la première, le droit procède essentiellement de la jurisprudence, donc, pour partie, de la tradition (Assier-Andrieu, 2011) et des sentences judiciaires – ce qui explique la vigueur du courant théorique « réaliste » aux États-Unis, ou, plus récemment, d'une psychologie cognitive centrée sur la manière dont les émotions affectent les décisions de justice (Wiener, Bornstein et Voss, 2006). La seconde favorise plutôt le travail législatif et l'application positive de la loi. Cette distinction, ici schématisée, aide à comprendre les différences qui, d'une culture juridique à une autre, existent dans les rapports que le droit entretient à d'autres normes. Comme le note Vuattoux, la tradition de *common law* laissant une plus grande place à la personnalité du juge (érigé en auteur du droit), celui-ci peut convoquer d'autres normes que juridiques afin d'interpréter les faits et la loi, afin donc de motiver ses décisions. Si l'on suit en revanche Richard Posner dans la critique qu'il adresse aux théoriciennes et aux théoriciens qui font du droit et de la justice de simples instruments de la morale (Posner, 1995 ; Harnay et Marciano, 2001), le juge privilégiera l'expertise des sciences sociales. Cela étant, l'invention de la fracture entre *common law* et *civil law* mériterait sans doute d'être étudiée plus attentivement. Il faudrait en cela scruter davantage les moments de rupture, les crises et les révolutions qui recomposent – parfois très radicalement – le champ juridique et transforment le droit (Halpérin, 2010).

Faut-il maintenir l'opposition, somme toute transversale aux partages disciplinaires, entre une conception instrumentale du droit, qui y voit un formidable outil, instituant ou émancipateur, au service des acteurs ou du marché, et une conception plus formaliste, qui verrait le droit comme une construction autonome, ayant dans les textes son environnement véritable ? En prenant acte d'espaces de rapprochement entre droit et sciences sociales, ce numéro plaide quant à lui pour une position intermédiaire qui dépasse les antagonismes schématiques et invite à « exploiter davantage les

ressources critiques » (Favereau, 2001, p. 298) du champ juridique, à travers une analyse heuristique de ses procédés et de ses opérations. Le chantier est immense, car il suppose de penser l'historicité même des techniques juridiques tout en reconnaissant les formes abstraites de leurs contenus et de leurs énoncés, de penser plus étroitement le concept de droit (et d'éviter ainsi l'écueil du « panjuridisme »), tout en scrutant ses mutations à l'heure de la globalisation, des greffes et des transplants juridiques. Le droit devient à ce titre un objet fondamentalement pluridisciplinaire, un objet qui, pour être étudié et compris dans toute sa complexité, invite à saisir les discontinuités de son histoire (contre les postulats entretenus par la *Dogmengeschichte*), son rôle social, de même que les implications philosophiques et politiques de ses qualifications. Penser *avec* le droit, c'est à la fois penser la force et, rappelons-le, la fragilité du droit et des droits.

Bibliographie

Aït-Aoudia Myriam et Vanneuville Rachel, 2013, « Le droit saisi par son enseignement. Présentation du dossier », *Droit et société*, n° 83, p. 7-16.

Assier-Andrieu Louis, 2011, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la common law*, Paris, LGJD.

Constable Marianne, 2010, « Speaking the language of law : a juris-dictional primer », *English Language Notes*, vol. 48, n° 2, p. 9-14.

Conte Emanuele, 2002, « Droit médiéval. Un débat historiographique italien », *Annales HSS*, vol. 57, n° 6, p. 1593-1613.

Favereau Olivier, 2001, « L'économie du sociologue ou penser (l'orthodoxie) à partir de Pierre Bourdieu », *Le travail sociologique de Pierre Bourdieu. Dettes et critiques*, B. Lahire éd., Paris, La Découverte, p. 255-314.

Garcia Villegas Mauricio, 2009, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux États-Unis », *L'Année sociologique*, vol. 59, n° 1, p. 29-62.

Garcier Romain, 2009, « Le droit et la fabrique de l'espace : aperçus méthodologiques sur l'usage des sources juridiques en géographie », *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*, P. Forest éd., Québec, Presses de l'Université de Laval, p. 69-93.

Halpérin Jean-Louis, 2010, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, n° 75, p. 295-313.

— 2012, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, n° 81, p. 403-423.

Harnay Sophie et Marciano Alain, 2001, « I. Le juge, le philosophe et le scientifique », *Revue internationale de droit économique*, vol. 15, n° 1, p. 101-109.

Israël Liora, 2013, « Legalise it! The rising place of law in French sociology », *International Journal of Law in Context*, vol. 9, n° 2, p. 262-278.

Le Bouëdec Nathalie, 2011, *Gustav Radbruch, juriste de gauche sous la République de Weimar*, Québec, Presses de l'Université Laval.

Libchaber Rémy, 2013, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ.

Maccaglia Fabrizio et Morelle Marie, 2014, « Introduction. Pour une géographie du droit : un chantier urbain », *Géocarrefour*, vol. 88, n° 1, p. 163-172.
McCann Michael, 1994, *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press.
Merry Sally Engle, 1988, « Legal pluralism », *Law & Society Review*, vol. 22, n° 5, p. 869-896.
Napoli Paolo éd., 2014, *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome.
Noreau Pierre et Arnaud André-Jean, 1998, « The sociology of law in France : trends and paradigms », *Journal of Law and Society*, vol. 25, n° 2, p. 257-283.
Ost François et van Eynde Laurent, 2001, *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
Pélisse Jérôme, 2005, « A-t-on conscience du droit ? Autour des *Legal Consciousness Studies* », *Genèses*, vol. 59, n° 2, p. 114-130.
Pfersmann Otto, 2004, « Les modes de la fiction. Droit et littérature », *Usages et théories de la fiction. Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens*, F. Lavocat éd., Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 39-61.
Posner Richard A., 1995, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press.
Pottage Alain, 2014, « Law after anthropology : object and technique in roman law », *Theory, Culture and Society*, n° 31, p 147-166.
Riles Annelise, 2005, « A new agenda for the cultural study of law : taking on the technicalities », *Buffalo Law Review*, n° 53, p. 9731033.
Strathern Marilyn, à paraître, « Le brevet et le malanggan », *Tracés*, hors-série « Traduire et introduire les sciences humaines ».
Teubner Gunther éd., 1997, *Global Law without the State*, Brookfield, Dartmouth.
Thévenot Laurent, 1992, « Jugements ordinaires, jugements de droit », *Annales ESC*, vol. 47, n° 6, p. 1279-1299.
Thomas Yan, 2002, « Présentation », *Annales HSS*, vol. 57, n° 6, p. 1425-1428.
— 2011, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard - Le Seuil - EHESS.
Wiener Richard L., Bornstein Brian H. et Voss Amy, 2006, « Emotion and the law : a framework for inquiry », *Law and Human Behavior*, vol. 30, n° 2, p. 231-248.