

# Dans le regard de l'autre In the Eye of the Beholder

Sous la direction de Pierre Noreau

On peut se procurer le présent ouvrage à:

Les Éditions Thémis Faculté de droit, Université de Montréal C.P. 6128, Succ. Centre-Ville Montréal (Québec) H3C 3J7 Canada

Courriel: <a href="mailto:themis@droit.umontreal.ca">themis@droit.umontreal.ca</a> Internet: <a href="mailto:www.themis.umontreal.ca">www.themis.umontreal.ca</a> Téléphone: (514) 343-6627

Télécopieur : (514) 343-6779

# Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives Canada

Vedette principale au titre:

Dans le regard de l'autre – In the Eye of the Beholder

Comprend des réf. bibliogr. Comprend du texte en anglais.

ISBN 978-2-89400-226-1

1. Droit - Philosophie. 2. Interdisciplinarité. 3. Droit et sciences sociales. 4. Sciences et droit. I. Noreau, Pierre, 1958- . II. Titre: In the eye of the beholder.

K235.D36 2007 340'.1 C2006-942286-9

Composition : Sylvie T. Sylvestre Graphisme : Vincent Blanchard

On peut se procurer le présent ouvrage aux

## **Éditions Thémis**

Faculté de droit Université de Montréal C.P. 6128, Succ. Centre-ville Montréal (Québec)

H3C 3J7

Téléphone : (514) 343-6627 Télécopieur : (514) 343-6779

Tous droits réservés

© 2007 - Les Éditions Thémis Inc. Dépôt légal : 1<sup>er</sup> trimestre 2007

> Bibliothèque nationale du Canada Bibliothèque nationale du Québec

Le Centre de recherche en droit public n'accorde aucune approbation ni improbation aux opinions émises par ses chercheurs dans leurs études; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

# Table des matières

Pierre NOREAU	
Interdisciplinarité, regard de l'autre et compréhension	
nouvelle du droit contemporain	1
Interdisciplinarity, the gaze of the others and new conceptions of	
contemporary law	7
Paul AMSELEK	
La part de la science dans les activités des juristes	13
Jean-Marie FECTEAU	
Savoir historique et mutations normatives :	
Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire	35
C. Bogym	
Guy ROCHER	
Le « regard oblique » du sociologue sur le droit	5/
Étienne LE ROY	
L'anthropologue et le Droit. Juridisme, ethnocentrisme et	
reproduction des sociétés	75
1-production des societés	,,
Michael TREBILCOCK	
The Lessons and Limits of Law and Economics	13
Pierre NOREAU	
Voyage épistémologique et conceptuel	
dans l'étude interdisciplinaire du Droit1	65

# Interdisciplinarité, regard de l'autre et compréhension nouvelle du droit contemporain

## Pierre NOREAU

Dans le monde de la recherche, le droit fait encore figure aujourd'hui de forteresse isolée, plantée au beau milieu du champ de la connaissance. Il semble toujours poser sur le réel un regard inquisiteur et unilatéral qui donnerait au juriste cette impression légitime de construire le monde. La forme juridique connaît bien sûr ses développements propres, mais il semble toujours qu'elle se travaille elle-même de l'intérieur entretenant une complexité sophistiquée, et toujours appliquée à reconstituer son unité.

Cette vision étanche du monde juridique fait cependant l'économie facile de sa réalité vécue. Il y a longtemps que cette conception close le cède à toutes les influences. Le droit n'est plus seul et son évolution suppose le dépassement d'une simple construction rationalisée du monde. La pratique quotidienne du droit force d'ailleurs cette transgression continue et, dans la foulée de l'activité quotidienne des juristes, des légistes et des tribunaux, le droit a dû intégrer une partie des perspectives développées par les sciences sociales et humaines : intervention directe ou indirecte de l'expert œuvrant dans le domaine psychosocial du sociologue, du criminologue, parfois même du théologien, sans lesquels l'interprétation juridique de certains faits sociaux et l'évolution des concepts juridiques eux-mêmes seraient devenues plus difficiles. Qu'est-ce qu'une erreur « manifestement déraisonnable », qu'est-ce qu'un accommodement « raisonnable », qu'est-ce qu'une « société libre et démocratique »? Comment inventorier les relations susceptibles de nuire « à la sécurité et au développement de l'enfant », comment établir que telle ou telle pratique peut être définie en tant qu'« usage commercial » en se privant de la perspective offerte par d'autres disciplines. Confrontés à toutes ces questions qui exigent du droit une forme d'arbitrage social, les juristes sont appelés à se tourner vers d'autres modes de connaissance.

Sur un autre plan, le droit est appelé lui-même à un travail d'épistémologie et d'introspection nouveau. Qu'est-ce qui caractérise la pensée juridique, en tant que rapport particulier au monde. Le droit est-il une science? Le positivisme juridique est-il une expression du mouvement plus large qui caractérise la modernité? Le droit lui-même n'offrant pas de catégories susceptibles de lui permettre de s'analyser luimême, le regard de l'autre devient souvent une nécessité, du moins si on entend favoriser le dépassement d'une perspective tautologique ou dogmatique. Cette nécessité n'a d'ailleurs pas toujours été absente des facultés de droit. On oublie trop souvent que, jusqu'au milieu des années 60, l'enseignement de la philosophie était l'objet de cours au contenu bien défini, inscrits dans le cursus des études juridiques. Le thomisme servait alors de référence et le Jus naturalisme lui fournissait une perspective unifiante capable de fonder à la fois une réflexion morale sur la valeur de la normativité juridique en même temps que la modalité intellectuelle de sa cohérence. Les idéaux rationalistes portés par le droit contemporain allaient cependant venir à bout de ces références à la philosophie morale et favoriser un lent isolement du droit vis-à-vis des autres modes d'appréhension du monde. Le droit devenait enfin une référence pour lui-même. Dans la foulée d'un positivisme qui ignorait en partie ses propres fondements, une conception plus technique du droit a ainsi pu se développer, et caractérise encore aujourd'hui l'essentiel des enseignements en droit, tant au Québec que dans plusieurs pays occidentaux.

Aussi, c'est du monde de la recherche juridique qu'est venu le renouvellement des perspectives théoriques sur le droit contemporain. On doit à la curiosité de deux ou trois générations de chercheurs la mise en évidence de tout un corps de connaissances, établies en marge de la doctrine et de la dogmatique juridiques, sous le label de *théorie du droit*<sup>1</sup>. Et c'est largement à cette rencontre qu'on doit le renouvellement d'une partie importante des cadres de références utilisés, depuis, dans les études juridiques contemporaines. La tradition intellectuelle issue de la *common law*, où les études de *jurisprudence* ont toujours tenu une place

On pense notamment ici aux travaux entrepris par les chercheurs du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal et par les juristes de la Faculté de droit de l'Université McGill sous le thème *Théories et émergence du droit*, à partir du début des années 90.

#### INTERDISCIPLINARITÉ, REGARD DE L'AUTRE ET COMPRÉHENSION NOUVELLE DU DROIT CONTEMPORAIN

importante, a également contribué à la légitimation du travail théorique en droit. Pour l'essentiel, ces contributions sont cependant presque systématiquement marquées par la contribution de penseurs issus d'autres disciplines. Aussi, pour une partie, elles n'étaient pas tant le fait de juristes que de juristes-philosophes (Kelsen et Hart par exemple), ou de juristes rompus aux sciences politiques (MacCormick) ou inspirés par les percées de l'herméneutique (Dworkin). En contrepartie, on a souvent oublié que les premiers sociologues (Tocqueville, Durkheim et Weber) et les premiers politologues étaient souvent eux-mêmes juristes.

L'évolution de la pensée juridique bat en brèche l'idée qu'existeraient des modes de connaissance complets, comme le laisse souvent indirectement croire une lecture réductrice de la loi, de la jurisprudence ou de la doctrine, abordées ici comme sources d'un univers de connaissance intégral du monde. Par à-coup, la diversification des modes de connaissance contemporains remet en cause l'idéal du juriste en tant qu'homme universel. D'autres modes de connaissance, d'autres perspectives existent. Que nous apprennent-ils du droit et en quoi contribuent-elles à notre compréhension du monde juridique. C'est l'ambition du petit ouvrage que nous offrons aujourd'hui.

Plusieurs enseignements peuvent en être tirés, qui nous apprennent quelque chose sur la nature et la fonction du droit. Un détour du côté de l'épistémologie des sciences fait déjà voir la distinction entre pensée normative et pensée analytique. C'est une des contributions importantes du texte proposé par Paul Amselek, qui remet en cause la nature de la pensée juridique en tant que pensée scientifique, ce qui n'enlève rien à l'idée que l'ambition de fonder une véritable science juridique participe du même projet que celui qui a pu animer les inspirateurs de l'idéal scientifique : celui de rationaliser notre compréhension du monde et de systématiser l'action humaine dans son rapport au monde. Le texte de Jean-Marie Fecteau offre à sa manière une étude de ces parallélismes, qui mettent en évidence le fait de l'évolution concurrente du droit et du monde social. Il s'agit en effet de la lumière particulière jetée par le travail de l'historien sur l'évolution de la normativité juridique et sur l'intérêt d'un dialogue interdisciplinaire plus continu. L'ouvrage met également en évidence l'importance d'une perspective externe sur la réalité juridique, perspective qu'offrent à la fois la sociologie et l'anthropologie du droit et qu'on trouve reprise dans les textes de Guy

Rocher et Étienne Le Roy. Le droit peut y être avantageusement défini en fonction de particularités qui sont souvent très différentes de celles que les juristes présentent comme propres à la normativité juridique (on pense à l'usage de l'écrit par exemple), ce qui pose immédiatement le problème des frontières effectives de la normativité juridique et de sa fonction, toute relative, comme mécanisme de régulation sociale. Dans les deux cas, on saisit cependant aussi l'importance de prendre le droit au sérieux, de réfléchir la régulation juridique comme forme particulière du lien social. Sur une autre échelle, l'ouvrage offre de nombreux exemples de l'intérêt que présente une étude du droit, abordée par le biais des acteurs sociaux. C'est la contribution plus particulière du texte que Michael Trebilcock fait porter sur l'analyse économique du droit en restituant la place qu'occupe la rationalité des acteurs du droit (juristes ou justiciables) dans la matérialisation continue de la normativité juridique.

Cela étant, il ne faut pas nier la difficulté particulière de l'interdisciplinarité dans les études en droit. C'est un voyage difficile, en butte à la distinction (parfois à l'opposition) des épistémologies. C'est en partie cette difficulté qui conduit Jean Carbonnier à présenter les sciences sociales comme autant de « sciences connexes au droit », c'est-à-dire en tant que mode de connaissance au service du travail du juriste. Une hiérarchie est dès lors proposée entre le droit et les autres disciplines. Mais même abordée par le biais de cette définition restreinte, les défis posés à la connaissance sont importants. Difficultés d'ordre académique d'abord. Il existe en effet une forme de timidité (d'autocensure) qui fait des non-juristes des étrangers en pays juridique. L'étanchéité apparente du champ, l'ancienneté de la discipline, la spécificité du lexique élaboré par plusieurs générations de juristes, l'esprit de corps qui caractérise les acteurs du champ et même la tendance des juristes à imposer leur pensée au monde par les voies d'une qualification systématique, en viennent à limiter les prétentions des sociologues, des anthropologues, des historiens ou des économistes à faire du droit leur objet d'étude. Il s'ensuit que plusieurs de ceux qui prétendent faire œuvre d'interdisciplinarité sont souvent eux-mêmes (d'abord et avant tout) juristes.

D'autres difficultés s'ajoutent à cette étanchéité sinon à cette étrangeté du monde juridique. Les chercheurs issus des sciences sociales

#### INTERDISCIPLINARITÉ, REGARD DE L'AUTRE ET COMPRÉHENSION NOUVELLE DU DROIT CONTEMPORAIN

et humaines et les juristes attachés à l'élaboration d'une véritable théorie du droit alimentent souvent un discours en porte-à-faux les uns avec les autres, forme d'asymétrie tributaire des fonctions différentes qu'ils assignent au travail théorique, mais également conséquence du recours à des concepts qui, pour dénoter la réalité de la même façon (on pense à la notion de norme par exemple), les connotent très différemment. Ces difficultés ne sont cependant pas propres aux seuls rapports qui se tissent entre le droit et les autres sciences humaines et sociales. Elles sont caractéristiques à toute entreprise interdisciplinaire. À quelle condition ces embûches peuvent-elles être surpassées? Le texte qui conclut cet ouvrage explore quelques conditions et quelques-unes des difficultés de la recherche interdisciplinaire en droit.

L'ouvrage offert aujourd'hui par le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal ne répond pas à toutes ces embûches, mais il fait de l'interdisciplinarité autre chose qu'une nouvelle *guerre des mondes*, une vue transversale sur la vie du droit.

# Interdisciplinarity, the gaze of the others and new conceptions of contemporary law

## Pierre NOREAU

For scholars, law today still presents itself as an insular fortress located right in the middle of a vast terrain of knowledge. Legal inquiry seems always to have adopted an external and critical perspective on social reality, and this perspective reinforces the jurist's self-perception of actually making the world. Of course, legal inquiry has its own logic and history, but it always seems to operate from within itself, constructing and reconstructing its unity through ever-increasing theoretical complexity.

However, this autonomist vision of the legal world blithely ignores the reality of living law. Indeed, for a long time, the autonomist vision has been receding under the pressure of manifold influences. In contemporary legal scholarship, law no longer stands apart, and its future development presupposes letting go of traditional simplistic and hyperrational conceptions of social relations. Moreover, everyday legal practice continues to undermine the autonomist vision and, in the course of their day-to-day work lawyers, notaries, legislators and courts, have been compelled to acknowledge and incorporate insights flowing from research in the social and human sciences - notably from experts in social psychology, sociology, criminology and sometimes even theology. Without the benefit of such expertise, both the legal characterisation and interpretation of social facts and the development of appropriate legal concepts would be infinitely more difficult. Consider, for example: What is a "clearly unreasonable" mistake, a "reasonable" accommodation or a "free and democratic society"? What interactions are prejudicial to "a child's safety and development"? How can it be shown that a given practice can be defined as "commercial usage"? Is it really possible any more to give an adequate answer to these questions without taking into account the perspectives and insight provided by other disciplines? The more that law's own questions and concepts lead to its deployment as a vehicle for arbitrating social conflicts, the more

legal practitioners of all kinds are obliged to seek out and attend to other forms of knowledge.

There are other dimensions to this inquiry as well. Today legal scholarship presents us with new epistemological challenges and calls forth renewed introspection. What characterizes legal thought as a special relationship to the world? Is law a science? Is legal positivism an expression of the broader intellectual tendencies that we ascribe to modernity? Since the traditional doctrinal concepts of law do not offer tools and categories that permit self-reflexive analysis, the regard and perspective of other disciplines are preconditions to knowledge and insight that transcends the merely dogmatic or tautological. Of course, this realization has long been present within faculties of law. Too often we forget that until the mid-60s, legal philosophy had a well-defined place in the law school curriculum. At the time, especially in civil law faculties, Thomism was used as a frame of reference and "natural law" provided a unifying perspective that framed both the moral foundations of law and the intellectual conditions necessary for its coherence as a normative project. More recently, however, ideas deriving from enlightenment rationalism have come to trump explicit references to moral philosophy and led to a gradual isolation of law from other ways of understanding the world. Law finally became a self-referential discipline. A more technical and professional conception of law developed in the wake of a legal positivism that was largely ignorant of its own foundations. And this conception of the endeavour still characterizes most legal teaching in Quebec and many Western countries.

The renewal of interest in diverse theoretical perspectives on contemporary law came from the world of legal research. The curiosity of one or two generations of researchers was enough to shed light on a whole body of knowledge – today labelled "legal theory"– that till then had lain on the fringes of doctrine and legal dogma. Hence the renewal of many frames of reference that today dominate contemporary legal

See, in particular, the work done beginning in the early 1990s by researchers at the *Centre de recherche en droit public* at the *Université de Montréal* and by legal theorists at McGill University's Faculty of Law on theories and the emergence of law.

#### INTERDISCIPLINARITY, THE GAZE OF THE OTHERS AND NEW CONCEPTIONS OF CONTEMPORARY LAW

scholarship. The common law intellectual tradition, in which law deriving from judicial decisions has always played an important role, also contributed to legitimizing theoretical work in law. Still, many of the most important of these intellectual developments have been driven by thinkers from other disciplines. Many were not so much jurists as jurist-philosophers (for example, Kelsen and Hart), or jurists steeped in political science (MacCormick) or inspired by hermeneutics (Dworkin). Yet, paradoxically, it is often forgotten that the first sociologists (Tocqueville, Durkheim and Weber) and political scientists were often jurists themselves.

The complex evolution of contemporary legal theory belies the idea that there can be complete, self-referential forms of knowledge, as is sometimes implied by reductionist readings of legislation, case law and doctrine that ascribe to them the power to provide direct and full knowledge of the social world. At the same time, the diversification of forms of knowledge today challenges the conception of the legal practitioner as a "universal man". Whatever our official ideology, as jurists today we recognize that the legal point of view is but one way of seeing the world, and acknowledge the importance of other perspectives. What do these alternative perspectives teach us about law and how do they inform our understanding of the legal world? The ambition of the studies collected here is first to pose, and then to begin an answer to these questions.

Interdisciplinary inquiries have much to teach about the nature and function of law. A detour into the epistemology of science reveals the distinction between normative and analytic thought; applying this insight, one of the central aims of the article by Paul Amselek is to challenge the idea that legal thought is scientific. This conclusion is in no way inconsistent with the ambition to establish a real legal science – an aspiration entirely consistent with the scientific ideal, namely that of gaining a rational understanding of our surroundings and systematizing human action in relation to the world. In his text, Jean-Marie Fecteau explores similar terrain, highlighting how law and society are mutually interpenetrated and develop concurrently. The focus is to situate the task of the historian with respect to changes in legal normativity and to illustrate the benefits of longer term interdisciplinary dialogue. Fecteau's article signals the importance of exogenous perspectives on both law and

the "reality" that law attempts to frame. The power of such perspectives - notably those provided by the sociology and anthropology of law - are revealed in the texts by Guy Rocher and Étienne Le Roy. In defining law by reference to its particular features, especially when these special features are quite different from those that jurists portray as specific to legal normativity (for example, the use of writing), these exogenous perspectives pose a profound epistemological challenge: what, if any, are the borders between non-legal and legal normativity once the latter is understood in its function as a social regulator? Whatever the answer, it is however clear that law has to be taken seriously, and the specificity of legal regulation as a form of social bond clarified. This collection also provides examples of the value of observing and studying law as a discrete social phenomenon upon which other disciplines may cast light. Specifically, this is the contribution of Michael Trebilcock's article on economic analysis of law, in which he investigates the role of the rationality of legal stakeholders (legal practitioners and individual litigants) in the ongoing formation of legal normativity.

Nonetheless, only the naïve or excessively optimistic would deny that interdisciplinarity in legal studies is fraught with difficulty. First among these are the deeply rooted distinctions (and sometimes contradictions) between epistemologies. In recognition of this problem, many jurists such as Jean Carbonnier present the social sciences as "sciences adjunct to law". Of course, by presenting the matter this way, by seeing social sciences as forms of knowledge to be used by legal practitioners in their work, Carbonnier implicitly claims (but does not justify) a hierarchy between law and these other disciplines. Moreover, even approached through this restrictive definition, major challenges to knowledge remain. First, there are academic difficulties. Indeed nonjurists are wont to display a form of intellectual timidity (self-censorship) that makes them strangers or aliens in the land of law. The apparent compartmentalization of this field of knowledge, reinforced by the vernacular language developed by generations of lawyers, judges and jurists, the esprit de corps shared by legal practitioners and even the lawyerly tendency to impose a point of view through comprehensive and systematic characterisation of the social world has a powerful dissuasive effect on sociologists, anthropologists, historians and economists. As a result, many who insistently proclaim interdisciplinarity are themselves (first and foremost) jurists.

#### INTERDISCIPLINARITY, THE GAZE OF THE OTHERS AND NEW CONCEPTIONS OF CONTEMPORARY LAW

In addition to the compartmentalization if not strangeness of the legal world, there are other problems. Researchers from the social and human sciences and jurists wishing to develop a veritable theory of law have yet to find a shared substantive vocabulary and conceptual apparatus. Their exchanges are often marked by out of kilter (and typically asymmetric) discourses. The asymmetry results from the different functions they assign to theoretical work, and also from using concepts that may denote reality in the same way (for example, the notion of norm), but have very different connotations. These problems are not unique to the relationship between law and other human and social sciences. They are a feature of all interdisciplinary undertakings. How can they be overcome? The text that concludes this collection explores at once the difficulties of interdisciplinary research in law and the conditions under which it might be successfully pursued.

The aims of this collection sponsored by the *Centre de recherche* en droit public of the *Université de Montréal* are modest. It makes no pretence to resolve fundamental issues relating to interdisciplinary studies. But like the research programme of the *Centre* itself, it aspires to provide a transversal view of legal life, and to point the way to a conception of interdisciplinarity in law that takes the endeavour beyond an unprofitable "war of the worlds".

# La part de la science dans les activités des juristes<sup>1</sup>

## Paul AMSELEK<sup>2</sup>

Le sujet que je me propose de traiter n'est pas d'un abord facile. Mon vieux maître de philosophie pestait bien souvent contre la tendance des élèves dans les dissertations ou les exposés à trop tourner autour du pot et à retarder l'entrée en matière par d'interminables préalables, rappels et mises au point : « quand on vous demande un cigare, aimait-il à dire, n'allez pas le chercher à La Havane ». Je vais pourtant aujourd'hui délibérément manquer à ce sage précepte et commencer par vous emmener faire un tour vers de lointaines Caraïbes : il m'apparaît, en effet, nécessaire, en introduction à mon sujet, d'opérer préalablement quelques clarifications relatives à la science d'une part, au droit luimême d'autre part, car il s'agit de choses sur lesquelles nos idées manquent singulièrement de netteté. Qu'est-ce que la science? Qu'est-ce que le droit? C'est après avoir répondu au moins succinctement à ces deux questions et avoir ainsi établi une indispensable connivence entre nous sur ces points - une indispensable « entente » comme dirait le philosophe du langage Gadamer - que je serai en mesure de vous entretenir de manière intelligible de la part de la science dans les activités des juristes, c'est-à-dire dans la théorie du droit, dans les activités théoriques tournées vers le droit.

Et d'abord, qu'est-ce que la science? Bien des confusions sont dues au fait que ce terme de *science* est un terme polysémique. On l'emploie en particulier comme synonyme de *connaissance*, de *savoir* – c'est même le premier sens qu'en donne le célèbre *Vocabulaire de la* 

<sup>1</sup> Texte remanié d'une conférence prononcée en avril 1997 à la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis (Tunis II) et qui a été publiée au *Recueil Dalloz*. Je remercie les Éditions Dalloz d'avoir aimablement autorisé cette re-publication.

<sup>2</sup> Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Philosophie d'André Lalande: celui qui sait des choses, qui a des connaissances, du savoir, est couramment qualifié de « savant »; on loue sa « science ». Ce premier sens est très large et très vague puisqu'il amène à décerner le même label à l'érudit ou à l'original qui a appris par cœur des poèmes, des noms de rues ou des pages d'annuaire téléphonique et au physicien ou au biologiste qui travaillent dans des laboratoires en vue de maîtriser les processus de survenance des phénomènes naturels. Justement, si l'on veut exprimer ce que recouvre le terme « science » lorsqu'on l'applique à ces noyaux durs et paradigmatiques par excellence que sont la physique ou la biologie, on doit relever qu'il désigne un certain type spécifique d'activité, productrice certes d'un savoir, mais pas de n'importe quel savoir, d'un savoir d'une nature bien déterminée. Cette activité consiste, plus précisément, à construire des lois ou règles théoriques établissant un rapport entre l'apparition au monde d'un type de phénomène et certains autres phénomènes occurrentiels et donnant ainsi la mesure de la possibilité de survenance de ce phénomène en fonction de ces occurrences. Ces lois théoriques se moulent, dans le principe logique de leur articulation, sur le modèle suivant : « dans telles circonstances, tel type de phénomène doit, ou ne peut pas, ou peut - ou encore en termes de loi probabiliste : a tant de chances de – se produire ». Les outils mentaux ainsi construits ont pour fonction de permettre de se repérer dans les flux événementiels que la réalité déploie sous nos yeux, de les expliquer, c'est-à-dire littéralement de les dé-plier, de les démêler, d'y introduire mentalement de l'ordre, des ratios, de la rationalité; par là nous est donné le pouvoir de contrôler les séquences du réel, d'anticiper ou d'interférer sur leur déroulement, de déclencher artificiellement la production de tel phénomène en réunissant les conditions de sa survenance, etc.

Contrairement à la vision simpliste de la philosophie analytique dans l'inspiration du Cercle de Vienne et du positivisme logique, la science n'est pas une production d'énoncés présentant certaines caractéristiques, et notamment des caractéristiques formelles, – des énoncés ayant une prétendue « forme nomique » comme l'a soutenu par

exemple Rudolf Carnap<sup>3</sup>. Cette conception est aussi irréaliste que celle qui prétend pareillement, en philosophie morale et juridique, réduire les règles de conduite à des énoncés à forme déontique, par exemple des énoncés à l'impératif, et l'éthique à une production de tels énoncés. La science n'est pas une activité de production d'énoncés d'un certain type, une simple activité linguistique; c'est une activité artisanale visant à l'élaboration et bien sûr à l'expression, à l'énonciation et à la diffusion d'outils mentaux destinés à remplir une fonction spécifique, à rendre des services spécifiques à ceux qui en seront les utilisateurs.

Il est bien évident que, dans ce sens strict et rigoureux, la science ne se confond pas avec n'importe quelle activité théorique. Il convient précisément, pour la suite de mon exposé, de dénoncer un contresens qui empoisonne depuis longtemps notre vision de l'activité scientifique : la science est classiquement associée et réduite à l'idée de spéculation au sens étymologique du terme, comme si le savant n'était qu'un miroir sur lequel les choses du monde venaient se refléter, un observateur contemplant le monde et se contentant de le décrire, de relater ses observations; les lois scientifiques édictées par lui ne seraient que des descriptions, plus précisément des formulations d'observations générales induites des observations particulières fournies directement par l'expérience. D'où le classique et lancinant problème, toujours d'actualité comme on le voit par exemple à travers les théories épistémologiques de Karl Popper : cette induction sur laquelle repose la science est-elle légitime? Ne correspond-elle pas à un pari audacieux, à une espèce de saut périlleux du raisonnement? Qu'un phénomène ait été observé x fois se produire dans les mêmes circonstances n'autorise pas à extrapoler une vision d'ensemble et à décrire la série complète des apparitions au monde de ce phénomène toujours dans le contexte des mêmes circonstances. Rien n'assure que les faits à venir seront conformes à ces lois-descriptions générales. Il s'agit donc, conclut-on, de simples « hypothèses », de simples « conjectures », qu'on ne peut jamais admettre définitivement mais seulement jusqu'à preuve contraire. Ce qu'exprime Popper – dans le sillage de Hume – en disant que les lois scientifiques ne sont pas vérifiables, susceptibles d'être reconnues

Rudolf CARNAP, *Les Fondements philosophiques de la physique*, trad. J.M. Luccioni et A. Soulez, A. Colin, Paris, 1973, p. 203.

comme vraies : elles sont seulement réfutables ou falsifiables, susceptibles d'être reconnues comme fausses en fonction des données de l'expérience.

Cet ensemble d'idées, pour classique qu'il soit, doit être rejeté : le savant n'est pas un simple observateur (et encore moins un simple miroir ou réceptacle passif, sans opacité), et les lois scientifiques ne sont pas d'hypothétiques descriptions générales - « universelles » - de toute la série d'apparitions au monde des mêmes types de phénomènes; elles ne sont pas davantage susceptibles d'être dites fausses, d'être infirmées, que d'être dites vraies, d'être confirmées. Les lois scientifiques sont des outils fabriqués par l'homme, par l'esprit humain, des outils qui ne décrivent pas le monde, qui ne le reflètent pas, mais plus exactement le mettent en système et tirent de là leur utilité même. En tant qu'outil construit par l'homme, une loi scientifique est aussi peu susceptible d'être dite vraie ou fausse qu'une règle de conduite ou qu'un outil matériel quelconque, un cendrier, un parapluie, une table ou une chaise. Ce sont les observations sur la base desquelles cette loi a été élaborée ou encore les pré-visions, les observations anticipées, faites sur la base de cette loi, qui peuvent être dites vraies ou fausses, mais non les lois ellesmêmes qui ne sont pas, encore une fois, des descriptions du monde mais des systématisations de ses productions; l'expérience permet seulement de leur reconnaître ou de leur dénier, non pas une valeur de vérité, mais une valeur utilitaire, pragmatique: ce sont de bons ou de mauvais instruments selon leur aptitude effective à rendre les services qu'on en attend, selon qu'ils permettent ou non de se repérer efficacement dans le flux événementiel et de faire des prévisions et prédictions exactes.

Je dirai que les lois scientifiques ne sont pas, ainsi que le prétend Popper, réfutables, mais plus exactement répudiables, « jetables » comme on dit volontiers aujourd'hui, lorsqu'elles cessent de nous apparaître utiles et qu'on est en mesure de les remplacer par d'autres outils plus performants et plus gratifiants. C'est ce qui explique, du reste, qu'une ancienne loi puisse continuer à être utilisée si elle continue à rendre des services en pratique, alors même qu'on a construit par ailleurs une nouvelle loi plus efficiente qui est en désaccord logique avec elle : c'est le cas, par exemple, des lois de Newton qu'on continue à utiliser parce qu'elles sont plus commodes à manier dans les expériences de la vie ordinaire que les lois de la relativité générale d'Einstein. Et ces

dernières sont elles-mêmes utilisées concurremment avec les lois de la mécanique quantique pourtant incompatibles avec elles puisqu'elles donnent lieu à des prédictions différentes, ce qui montre bien que les idées de vérité et de fausseté n'ont pas cours dans ce domaine.

Voilà pour ce qui concerne la science. Mais qu'est-ce que le droit, en second lieu? Je serai beaucoup plus bref sur ce point. Il me suffira de rappeler que le droit est constitué de règles pratiques, de règles de conduite, - c'est-à-dire là encore d'outils mentaux, d'appareillages mentaux, artificiellement élaborés par l'esprit humain, fruits eux aussi d'une activité créatrice et artisanale de l'homme. Ces règles pratiques sont destinées, elles, à diriger la conduite de ceux à qui elles sont adressées en leur indiquant la mesure de leur possibilité d'agir, la marge de manœuvre à l'intérieur de laquelle doivent se tenir leurs accomplissements, leurs faits et gestes, ce qu'ils ne peuvent pas faire (l'interdit), ce qu'ils ne peuvent pas ne pas faire (l'obligatoire), ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire (le permis). Ces règles visent à encadrer, à guider la volonté des intéressés dans ses déterminations, dans les réalisations qu'elle initie, à la différence des lois théoriques qui sont des outils de guidage pour l'intelligence humaine, lui permettant de se repérer dans les productions du monde. Les unes servent en quelque sorte à la gouverne des hommes, les autres à leur lanterne.

Mais l'important pour mon propos, c'est cette nature même d'outils mentaux des règles juridiques. Je suis maintenant, avec cette donnée ontologique, en mesure d'entrer de plain-pied dans mon sujet : quelle est la part de la science dans la théorie du droit? Je proposerai une approche de style kantien ou quasi-kantien de cette question en la ramenant à ces termes : à quels types de démarches théoriques les règles juridiques, en tant même qu'outils mentaux, *peuvent*-elles donner lieu? La tendance très générale est à coller l'étiquette de « science » à toutes ces démarches. Notamment, les juristes qui font de la dogmatique juridique répugnent à se concevoir autrement qu'à l'image de savants : même s'ils reconnaissent volontiers quelques particularités à leur discipline, ils ne s'en raccrochent pas moins, comme l'autrichien Hans Kelsen hier ou l'italien Vittorio Villa aujourd'hui, à quelques similitudes superficielles avec le modèle scientifique tel qu'il se trouve illustré par les sciences de la nature; cet « air de famille » – pour reprendre la

fameuse formule de Wittgenstein réutilisée par Villa<sup>4</sup> – leur paraît suffisant pour revendiquer le label de science. C'est en somme exactement comme si, les perroquets ressemblant aux hommes puisqu'ils ont des yeux et qu'ils parlent, je me croyais autorisé, à partir de ces quelques traits de similitude, à les faire entrer dans la famille de l'homme et à les tenir pour une variété authentique d'êtres humains. Cette force attractive qu'exerce le paradigme scientifique dans le domaine des disciplines juridiques, comme d'ailleurs dans beaucoup d'autres domaines, a quelque chose d'assez dérisoire : comme si l'activité scientifique était, de toutes les activités humaines, la seule sérieuse et digne d'être entreprise et qu'il fallait en conséquence à tout prix se placer sous sa bannière pour valoriser ce que l'on fait et accéder à un statut de respectabilité.

En réalité, toutes les démarches auxquelles donne lieu le droit ne sont pas et ne peuvent pas être scientifiques. En tant qu'il est constitué d'outils, d'outils de direction des conduites, ou plus précisément encore d'outils de gouvernement des peuples humains par les pouvoirs publics qui sont placés à leur tête, le droit est une technique, une technique de « contrainte sociale » comme dit Kelsen, une technique de « contrôle social » ou « d'ingéniérie sociale » comme disent les réalistes américains. Dès lors, et à l'instar de toutes les autres techniques, de toutes les autres catégories d'outils humains, le droit peut servir de support à deux grands types de démarches théoriques tout à fait différentes et qu'il faut se garder de confondre : des démarches technologiques d'une part, des démarches proprement scientifiques, anthropologiques en l'occurrence, d'autre part. Ce sont les deux points que je développerai tour à tour dans mon exposé.

I

Les démarches technologiques ont occupé jusqu'ici et continueront sans doute pendant longtemps d'occuper une place largement prépondérante dans les activités théoriques des juristes. La technologie peut se définir d'une manière générale comme la théorie de la technique.

<sup>4</sup> Vittorio VILLA, *La science du droit*, trad. Odile et Patrick Nerhot, Story Scientia – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 1990, p. 112.

Mais il faut immédiatement préciser que le technologue, c'est en quelque sorte un technicien au second degré : c'est l'homo faber qui réfléchit sur lui-même, sur son expérience artisanale de création et de mise en service d'outils, et cela tout à la fois dans la perspective de constituer cette expérience artisanale en savoir, en savoir-faire didactique, propre à la transmission et à l'apprentissage, mais aussi et dans le même temps dans la perspective de contribuer à perfectionner cette expérience artisanale, à la rendre plus « performante », à y introduire à la lumière de sa raison de la cohérence, des améliorations, à lui faire produire une meilleure satisfaction des besoins pratiques en cause. En bref, c'est en tant qu'activité de rationalisation de la technique que la technologie est théorie de la technique.

Et c'est en ce sens que les théoriciens du droit font le plus souvent, non pas de la science ainsi qu'ils le prétendent, mais de la technologie juridique. Il faut, plus précisément, sous-distinguer selon que leur activité de rationalisation se concentre sur l'une ou sur l'autre des deux composantes fondamentales de l'expérience juridique, – je veux dire selon qu'elle porte sur les procédés, sur la technique de fabrication des outils juridiques (sur la technique constituante du droit), ou bien sur les outils eux-mêmes fabriqués (sur la technique juridique constituée): je proposerai de qualifier ces deux branches de la technologie juridique respectivement de « technologie législative » ou mieux « jurislative » et de « technologie dogmatique ».

1/La technologie jurislative vise à rationaliser les modes de fabrication, de conception, de mise au point et d'édiction des règles juridiques; elle consiste à jauger les procédés existants et à rechercher les voies et moyens d'une élaboration plus satisfaisante.

Cette démarche technologique a constamment tendu à être placée, depuis le siècle dernier, sous le pavillon prestigieux de la science : il s'agirait de parvenir à fabriquer scientifiquement du droit, ni plus ni moins! C'est ce rêve fou – cette espèce de visée alchimique de transmutation de la rationalité pratique en rationalité théorique – qui a

19

Pour bien marquer qu'elle concerne la production de toutes les règles juridiques, et pas seulement celles émises par la branche dite « législative » du pouvoir public.

animé le père fondateur du positivisme et de la sociologie, Auguste Comte, et dans son sillage les pionniers de la sociologie juridique mais aussi nombre de leurs continuateurs, que ce soit en France avec des penseurs comme Emile Durkheim, Lucien et Henri Lévy-Bruhl, dans les pays germaniques avec notamment Eugen Ehrlich ou Hermann Kantorowicz, ou ailleurs (par exemple en Argentine avec l'Ecole Egologique fondée dans les années 40 par Carlos Cossio et encore très vivace<sup>6</sup>). Ce courant de pensée, qu'on a pris l'habitude de dénommer « positivisme sociologique » et qui est en vérité en proche parenté avec le mode de pensée jusnaturaliste, prétend que le droit applicable dans les sociétés humaines devrait faire l'objet, au lieu des procédures usuelles d'édiction, de recherches scientifiques rigoureuses; seule investigation expérimentale de la réalité sociale, avec les nouvelles méthodes apportées par la sociologie, permettrait de dégager le vrai droit effectivement et spontanément à l'œuvre derrière les phénomènes sociaux observables; la science devrait ainsi être amenée à remplacer avantageusement le pouvoir politique et ses méthodes archaïques et arbitraires – purement autoritaires – de fixation des lois juridiques.

L'illusion scientiste est tenace; aujourd'hui encore elle continue de sévir, entretenue il est vrai d'une certaine manière dans les milieux scientifiques eux-mêmes qui de nos jours se croient habilités à traiter ès qualité de bien des questions qui dépassent leur compétence, aussi bien de questions métaphysiques que de questions éthiques : dans l'un de ses derniers livres, le philosophe des sciences Jean-François Gautier a dénoncé magistralement cette dérive de la pensée scientifique contemporaine et au plus haut niveau de ses représentants<sup>7</sup>. On ne doit donc pas s'étonner qu'à une époque récente où s'est manifesté un regain d'intérêt pour la réflexion technologique sur les procédés de fabrication des règles juridiques, la nature même de cette réflexion ait été à nouveau dévoyée : c'est encore une fois le label scientifique qui a été revendiqué par les promoteurs de la « légistique » ou « science de la législation », en

<sup>6</sup> Cf. Daniel Esteban HERRENDORF, *Autopsie de la science du droit*, trad. L. Tumahai et A. Sériaux, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996.

Jean-François GAUTIER, L'univers existe-t-il?, Actes Sud, 1994.

particulier le théoricien suisse Luzius Mader, l'un des principaux chefs de file<sup>8</sup>.

Il s'agit toujours de la même confusion entre le « rationnel » et le « scientifique » : la recherche de modes de fabrication plus rationnels des normes juridiques, la mise au point de procédures sophistiquées – encore que plus ou moins concluantes en pratique – d'aide à la décision des autorités juridiques, la prise en compte dans la stratégie de ces dernières d'observations ou de lois sociologiques ou autres du reste, rien de tout cela n'autorise à parler – à supposer d'ailleurs que cela ait un sens – d' « élaboration scientifique du droit » pour reprendre le sous-titre emblématique du fameux ouvrage de François Gény intitulé *Science et technique en droit privé positif*.

L'évocation de ce dernier ouvrage, que de méchantes langues ont qualifié de « vrai bazar métaphysique » 9, jugement qui ne paraît pas somme toute dépourvu de lucidité, m'amène à faire une mise au point. Il est possible, en effet, de donner un tour pratique aux règles théoriques en les transformant en règles techniques du type « recettes », « procédés » : tel est l'objet de ce qu'on appelle classiquement les « sciences appliquées ». Dans son Traité de Logique de 1921, Edmond Goblot en donnait une illustration à travers cet exemple élémentaire jusqu'à la caricature mais d'autant plus éclairant : « Proposition scientifique : Toute eau contenant tel microbe détermine la fièvre typhoïde chez celui qui l'absorbe. Règle pratique : Si vous voulez éviter la fièvre typhoïde, ne buvez pas de l'eau contenant ce microbe ». Mais, précisément, le droit n'est pas une science sociale appliquée, contrairement aux idées mises en circulation par Gény, sinon il se présenterait comme un simple ensemble de recettes: « pour obtenir tel résultat, voilà comment il convient de procéder ». Les règles juridiques ne sont évidemment pas de ce type. Ce qui est vrai, c'est que, dans la fixation de sa politique juridique et pour atteindre les finalités sociales qu'il vise, le législateur peut s'appuyer sur les enseignements pratiques des sciences, qu'il s'agisse d'ailleurs de

<sup>8</sup> Cf. sa contribution à l'ouvrage La science de la législation, sous ma direction, P.U.F., Paris, 1988.

J. C. CŒBERGH, Moderne Rechtsvormingstheorieën, 1932, p. 86 (cité par J. Haesaert, Théorie générale du droit, Bruylant, Bruxelles, 1948, p. 235).

sciences sociales ou de sciences naturelles. Ainsi, pour faire face à un danger d'épidémie de typhoïde, le législateur, s'aidant de la règle technique citée par Goblot, sera amené à prescrire par exemple des mesures de protection des eaux consommées par la population, un contrôle permanent de ces eaux, l'interdiction de consommer ou de livrer à la consommation des eaux contaminées, éventuellement l'acheminement vers la région menacée d'une eau en provenance d'autres régions pour être distribuée à la population, etc. Ces différentes mesures juridiques inspirées par des règles techniques ne sont pas elles-mêmes des règles techniques, des règles théoriques tournées en forme de recettes, comme veut le faire croire Gény avec sa fameuse et fumeuse distinction du « donné » et du « construit » : ce sont des règles prenant place dans le cadre d'actes de commandement, d'actes d'autorité de dirigeants sur des dirigés, ce qui est tout à fait étranger aux règles techniques et aux sciences appliquées; simplement ces mesures juridiques ont été élaborées et édictées en l'occurrence en tenant compte - entre autres données - d'un savoir scientifique. Cette prise en compte donne aux décisions du législateur le caractère de décisions éclairées, rationnelles; elle ne modifie pas pour autant l'essence même de ses démarches. Autrement dit, le droit n'est pas une science appliquée, mais les sciences et leurs applications peuvent aider les décideurs juridiques à mieux ajuster les règles juridiques qu'ils édictent aux objectifs qu'ils entendent atteindre à travers la mise en vigueur de cette réglementation dans le contexte social environnant; les sciences et leurs applications permettent une meilleure adéquation des moyens mis en œuvre par le législateur aux fins choisies et poursuivies par lui.

2/ Le second volet de la technologie juridique, c'est ce que j'ai proposé d'appeler la « technologie dogmatique » car elle correspond tout à fait aux activités traditionnelles de la dogmatique ou doctrine juridique. Et c'est pourquoi d'ailleurs je n'aurai pas besoin de m'y arrêter bien longtemps: ces activités théoriques, qui ont pour objet les normes juridiques elles-mêmes édictées par les autorités publiques, sont familières à tous les juristes; elles sont en particulier le pain quotidien des « enseignants-chercheurs » des Facultés de droit.

Et pourtant leur nature même reste encore bien mal perçue. Depuis le siècle dernier le positivisme juridique a mis en circulation et très largement accrédité l'idée que la dogmatique juridique est une science.

Kelsen est évidemment le penseur le plus représentatif - la figure de proue - de ce courant de pensée dominant : sa Théorie Pure du Droit n'est de bout en bout qu'une défense et illustration de cette conception de la dogmatique juridique comme « science du droit », une science à part entière aux côtés des sciences de la nature, soumise – prétend-il – aux mêmes devoirs d'objectivité et de neutralité, qui doit rester exempte de toute coloration idéologique et de toute prise de position critique, et qui viserait à formuler - à l'instar des sciences naturelles - des lois scientifiques, des lois théoriques qu'il appelle « propositions de droit » (Rechtssätze). Sans doute ces prétendues lois théoriques présentent-elles à ses propres yeux des traits caractéristiques tout à fait différents de ceux des lois véritablement théoriques formulées par les autres sciences (puisqu'elles articulent des relations d'«imputation» et non de « causalité » et qu'elles énoncent, nous dit-il, ce qui devrait être alors que selon lui les lois scientifiques énoncent en principe ce qui est<sup>10</sup>): mais cette différence d'essence, qui aurait dû logiquement faire obstacle à une identification sous le même concept de « science », ne paraît guère lui avoir posé problème.

En tout cas, quelle que soit la conviction de ce grand maître à penser – conviction partagée par beaucoup –, elle repose sur toute une série de faux-semblants, d'assimilations hâtives et de contresens. Deux mises au point méritent, à cet égard, d'être faites.

a) L'argument de base invoqué à l'appui de la scientificité de la dogmatique juridique, c'est qu'elle aurait pour tâche, et pour unique tâche, de *décrire* son objet, les normes juridiques, – les propositions de droit émises par elle étant ainsi susceptibles d'être dites vraies ou fausses à l'instar (c'est du moins ce que croit Kelsen) des lois théoriques émises par les sciences de la nature. C'est ce caractère purement descriptif de sa démarche qui en ferait indiscutablement une science – une science placée sous l'auréole et le contrôle objectif de l'expérience. Cette manière de

Voir par exemple *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 1997, p. 218 : « Les propositions dont se sert la science normative du droit pour décrire le droit contiennent une information destinée à notre intelligence. Mais loin de nous indiquer ce que les membres de la société feront, elles nous indiquent ce qu'ils devraient faire – en vertu des normes juridiques ».

voir ne résiste guère à l'examen : d'une part, et comme il ressort de mes précédentes observations, il est erroné de penser avec Kelsen que la description de son objet est, comme il dit, la « fonction essentielle de toute science » 11. La science ne décrit pas, les lois scientifiques ne sont pas des descriptions : ce sont des outils fabriqués par l'esprit du savant, des outils élaborés à partir d'observations et de descriptions, mais qui ne décrivent pas eux-mêmes le monde, qui ne constituent pas des tableaux de ce qui se donne à voir, mais des espèces de « clefs » ou « grilles de lecture » qui, mentalement surimposées au monde, permettent de se repérer dans ses productions. D'autre part, toute description susceptible d'être dite vraie ou fausse ne s'intègre pas pour autant, nécessairement, dans une démarche scientifique, dans une visée de construction de lois scientifiques : il suffit de penser aux constats d'huissier, aux inventaires de stocks des commerçants ou tout simplement à la description que vous serez peut-être amenés à donner de cette sympathique réunion à vos amis. Au surplus, peut-on dire que la dogmatique décrit et ne peut légitimement que décrire les normes juridiques qui forment son objet d'étude? A vrai dire, la référence à l'idée de description ici me paraît, en toute hypothèse, bien peu heureuse : on ne peut décrire que des choses observables du monde sensible, car une description, c'est la transcription d'une observation, comme il ressort de l'étymologie même (de-scribere : écrire d'après un modèle qu'on a sous les yeux, et donc dépeindre ce que l'on voit). On peut décrire l'acte d'édiction du législateur en disant : le législateur a prononcé ou a écrit telles paroles. Mais est-ce vraiment là le travail – l'unique travail – de la dogmatique juridique que de reproduire, ou paraphraser, les paroles du législateur? Kelsen lui-même, dans certains passages de la Théorie Pure du Droit, a éprouvé ce côté dérisoire impliqué par sa conception et en a été visiblement embarrassé : « on objectera peut-être qu'il est tout à fait superflu d'ajouter, aux normes juridiques posées par l'autorité juridique et décrites par cette science du droit, des propositions de droit formulées par la science du droit. Il faut bien accorder que cette objection n'est pas si évidemment mal fondée que l'objection selon laquelle serait superflue la juxtaposition à la nature d'une science de la nature. Car, à la différence du droit, la nature ne se manifeste pas dans des mots parlés et écrits. En ce qui

<sup>11</sup> KELSEN, « Eine Phänomenologische Rechtstheorie », Österreichische Zeitschrift für offentliches Recht, XV-4, 1965, p. 387.

concerne le droit – se contente-t-il de noter –, il n'est qu'une réponse possible à l'objection, à savoir qu'elle aboutirait à admettre que serait inutile la juxtaposition au Code Pénal d'un exposé scientifique du droit pénal, – c'est-à-dire, en généralisant, que serait superflue l'existence d'une science du droit à côté du droit lui-même » 12. Voilà une réponse bien gênée et bien peu argumentée, qui se ramène au fond à ceci : « Est-ce qu'une science descriptive du droit est superflue? Non, sinon il faudrait reconnaître que la science descriptive du droit est superflue » .... C'est évidemment d'une logique implacable!

En réalité, la dogmatique s'intéresse à la teneur des règles juridiques édictées, c'est-à-dire à des contenus de pensée, et ces contenus de pensée sont susceptibles non pas de description, mais plus exactement de *commentaire*, terme qui évoque dans son étymologie (*cum-mens*) l'idée d'avoir de la pensée à l'esprit, de penser sur de la pensée. On peut exprimer de façon métaphorique la différence entre décrire et commenter en disant qu'elle correspond à la différence entre peindre un paysage et peindre sur de la peinture.

Il faut surtout souligner que les commentaires que la dogmatique développe sur la réglementation juridique ne relèvent pas de la catégorie des énoncés apophantiques susceptibles d'être dits vrais ou faux : ils ressortissent au domaine des opinions (comme l'exprime, du reste parfaitement les termes de « dogmatique » ou de « doctrine »), des opinions qu'on peut seulement taxer de bien-fondées ou de mal-fondées. Ces commentaires se placent, en d'autres termes, non pas sous le signe de la vérité et de la vérification, mais sous celui de la justesse et de la justification. C'est le cas pour les commentaires exégétiques et didactiques consistant à analyser et approfondir le contenu des règles juridiques, à explorer toutes les virtualités d'application qu'elles recèlent, et à faire une présentation systématique, ordonnée de ces réglementations. Mais c'est aussi le cas, et de manière encore plus pertinente bien sûr, pour les commentaires critiques consistant à apprécier la réglementation juridique telle qu'elle a été édictée et éventuellement telle qu'elle est appliquée en pratique, à dénoncer les imperfections, les obscurités, les lacunes, les antinomies qu'elle peut comporter, ou les

<sup>12</sup> Théorie pure du droit, 2<sup>e</sup> éd., trad. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 101.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

conséquences socialement néfastes qu'elle risque d'engendrer, les entorses qu'elle inflige à certaines valeurs communément admises, etc. Ces commentaires critiques, dont la dogmatique ne s'est jamais privée jusqu'ici, loin de là, sont parfaitement légitimes et ne constituent nullement de sa part une espèce de dérive chronique, de manquement déontologique permanent : c'est le prétendu devoir de demeurer purement neutre, passif, acritique, de s'abstenir de tout jugement de valeur, qui constituerait de la part du juriste dogmaticien un manquement grave à sa fonction sociale, à ce que les autres attendent de lui : c'est-à-dire contribuer à faire progresser la réglementation juridique tant par ses analyses fouillées que par ses critiques et suggestions éclairées.

b) Il est à observer, au demeurant, que même les commentaires purement analytiques et didactiques de la dogmatique juridique n'ont rien à voir, ni de loin, ni de près, avec les lois scientifiques : il convient, sur ce point, de faire justice d'un autre argument lui aussi couramment invoqué au soutien de la prétendue scientificité de la dogmatique en tant qu'elle serait précisément une activité de présentation ordonnée de la réglementation juridique. Cette association du scientifique à une démarche théorique de systématisation remonte à Kant<sup>13</sup>. A la vérité, la pensée du philosophe de Königsberg n'est pas dépourvue d'équivoque et de contradiction. Dans la première partie de sa Critique de la raison pure, en effet, il commence par montrer qu'une science authentique, en tant même que démarche de la raison pure, ne peut porter que sur des objets du monde sensible et non sur de pures entités du monde intelligible, lesquelles ne se laissent pas connaître (Erkennen) mais seulement penser (Denken), - ce qui devrait exclure la possibilité d'une science du droit <sup>14</sup>. Prétendre, précise-t-il, appliquer les catégories de l'entendement à autre chose qu'à des intuitions sensibles ne peut être

En fait, il y avait déjà avant Kant, une tendance à associer science et systématicité (voir René SÈVE, « Le système juridique », Archives de philosophie du droit, 1986-31, p. 3); elle s'est illustrée en particulier dans l'œuvre de Jean Domat (Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1689). Mais c'est Kant qui a véritablement conféré ses lettres de noblesse à ce critère de reconnaissance du scientifique et qui a par là contribué de manière décisive à l'accréditer.

<sup>14</sup> Cf. Simone GOYARD-FABRE, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », dans *Théorie du droit et science*, sous ma direction, P.U.F., Paris, 1994, p. 222 s.

qu'un vain et illusoire exercice - ce qu'il qualifie de « dialectique transcendantale » – débouchant sur des mirages métaphysiques <sup>15</sup>. Mais ensuite, dans la deuxième partie de l'ouvrage, au chapitre sur l'architectonique de la raison pure on le voit, assez étrangement et sans qu'il paraisse le moins du monde troublé par ce manque de rigueur, développer une toute autre conception de la science : « j'entends par architectonique l'art des systèmes. Comme l'unité systématique est ce qui transforme en science la connaissance commune, c'est-à-dire ce qui d'un simple agrégat de ces connaissances fait un système, l'architectonique est donc la théorie de ce qu'il y a de scientifique dans notre connaissance en général » 16. C'est cette conception-là que le philosophe reprend dans sa Doctrine du droit où il a ainsi été amené à parler de « science du droit » (iurisscientia) 17, d'une manière d'ailleurs une nouvelle fois assez peu rigoureuse, puisqu'il commence par indiquer que « cette dernière appellation revient à la connaissance systématique de la doctrine du droit naturel », puis observe que « le droit comme science systématique se divise en droit naturel qui ne repose que sur des principes a priori et droit positif (statutaire) qui procède de la volonté du législateur » 18.

Cette conception de la science a, depuis, prospéré dans la pensée juridique 19; Kelsen, en disciple de Kant, s'en est fait tout particu-

Voir à ce sujet Roger CARATINI, Vent de Philo, Michel Lafon, Paris, 1997, p. 336.

<sup>16</sup> Critique de la raison pure, traduction A. Delamarre et F. Marty, dans Emmanuel KANT, Œuvres philosophiques, sous la direction de Ferdinand Alquié, tome I, Galllimard, Paris, 1980, p. 1384.

<sup>17</sup> Ce serait, historiquement, l'un des tout premiers emplois de cette expression : cf. Olivier JOUANJAN, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », dans *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, sous la direction d'O. Beaud et de P. Wachsmann, Presses universitaires de Strasbourg, 1977, p. 23.

<sup>18</sup> KANT, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, « Doctrine du droit », traduction A. Philonenko, Vrin, Paris, 1993, p. 103 et 111.

Voir, par exemple, cette profession de foi de Portalis, qui était lecteur de Kant: « La législation est une véritable science. Nous appelons une science une suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies dans un corps de doctrine et de système sur quelques unes des branches

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

lièrement le champion (tout en se rattachant par ailleurs à titre principal à la conception première de la science de Kant et en prétendant donner à sa « science du droit » — du droit positif — des bases empiriques) : « conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif... elle crée son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible. De même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système doué d'une unité — le cosmos, la nature — que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne deviennent un système présentant une unité, exempt de contradictions, en d'autres termes un ordre — un ordre juridique — que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit » <sup>20</sup>.

Bien que très répandue, cette notion de science, et spécialement de science du droit, inspirée de Kant ne saurait être sérieusement retenue; elle repose là encore, de toute évidence, sur une confusion du scientifique et du rationnel. Toute discipline, par définition même, est une activité théorique de mise en ordre, de présentation ordonnée, rationnelle, d'un savoir d'un certain type; elle n'est pas nécessairement science, qu'il s'agisse par exemple d'une discipline comme l'histoire ou encore des exposés théoriques systématiques en matière d'art, de cuisine, de sports, etc. Par delà la similarité toute formelle des manières de s'exprimer, une chose est le travail de « mise en ordre » du savant, qui consiste à élaborer des lois mettant en système les apparitions au monde des phénomènes pour permettre de se repérer dans le déroulement des productions du réel, une toute autre chose est le travail de « mise en ordre » du juriste-dogmaticien, qui consiste à ranger les outils juridiques

principales de notre connaissance » (Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Paris, 1844, p. 298); ou de nos jours cette même conviction exprimée par Jean Carbonnier : « c'est une science (celle que, dans la doctrine étrangère, on nomme volontiers dogmatique) que l'exposition systématique des règles constituant l'ordonnancement juridique, coordonnées logiquement à l'unité du système » (Droit civil, tome 1, P.U.F., Paris, 1977, p. 37).

20

Théorie pure du droit, 2<sup>e</sup> éd. précitée, p. 98.

en vigueur et à en faire, pour les besoins de la pratique de ces outils, une présentation ordonnée, systématique, cohérente.

Mais on ne doit pas conclure de toutes ces réflexions que le domaine juridique est insusceptible de servir de cible à des démarches proprement scientifiques : de telles démarches sont possibles et existent, mais – et c'est l'objet de la seconde et très brève partie de mon exposé – encore faut-il que ces démarches scientifiques soient correctement conçues.

Ш

Existe-t-il – ou mieux : peut-il y avoir – une « science du droit »? À cette question, dans les termes mêmes à travers lesquels elle est formulée, je suis d'avis, et sans l'ombre d'une hésitation, de donner – en dépit de l'opinion dominante – une réponse négative : il ne peut pas y avoir de science du droit à proprement parler; il ne peut y avoir, dans le domaine de l'expérience juridique, qu'une science de l'homme lui-même, une science de l'homme sectorisée, s'occupant d'un secteur des activités de l'homme, – ce qu'on peut appeler en ce sens une science anthropologique du droit. C'est ce que je voudrais mettre en lumière avant de formuler quelques observations sur les rapports entre cette science anthropologique du droit et ce qu'on appelle couramment la « sociologie juridique ».

1/ La science, ainsi que je l'ai rappelé, consiste à établir des rapports entre la survenance au monde d'un type de phénomène, d'un type de chose, et certaines circonstances, un certain contexte d'autres choses. Mais, précisément, les règles juridiques, pas plus que n'importe quelle autre catégorie d'outils humains, ne peuvent faire directement, en elles-mêmes et pour elles-mêmes, l'objet d'une science : les choses humaines ou culturelles, en effet, à la différence des choses naturelles, ne sont pas des choses qui surviennent d'elles-mêmes, « naturellement », qui se produisent ou, comme disait Aristote, qui « ont en elles-mêmes et en tant que telles le principe de leur mouvement »<sup>21</sup>; il s'agit, par définition même, de choses qui sont produites, qui sont faites par l'homme. Il n'est

ARISTOTE, Métaphysique, livre V, chap. 4, trad. J. Tricot, Vrin, Paris, 1991, t. 1, p. 170.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

donc pas possible de les insérer en tant que telles dans le cours des choses et de prétendre les traiter de manière autonome. On doit les considérer comme des faits de l'homme, comme des productions humaines, et c'est ainsi rattachées à l'homme, à des actes, à des comportements humains, et en définitive à une volonté humaine qui s'est déterminée - consciemment ou non d'ailleurs - à agir dans un certain sens, sous l'empire de certains motifs, qu'on peut les étudier scientifiquement. Ou, pour le dire autrement, c'est leur être produit et non leur se produire qui doit être mis en corrélation avec la production de telle ou telle autre chose, - ce qui revient donc toujours à rendre compte d'agissements humains, de l'autodétermination de volontés humaines. Ainsi, par exemple, on ne peut pas relier directement les vêtements ou les maisons dans certaines régions aux conditions climatiques comme on pourrait le faire pour la pousse de certains végétaux : cela n'aurait strictement aucun sens. Les conditions climatiques n'entraînent pas directement, dans le déroulement du cours des choses, le surgissement de certains types de vêtements ou de maisons: on doit seulement les considérer comme des facteurs en fonction desquels se détermine la volonté de l'homme et se produisent les accomplissements qu'elle initie. Entre ces facteurs et les choses humaines, il y a l'intermédiaire de la « boîte noire », c'est-à-dire l'instance typique de volonté, d'autodétermination de l'homme, instigatrice des choses humaines. Pour avoir cru pouvoir négliger cette donnée, on sait à quelles aberrations s'est condamné le behaviorisme. Les choses humaines ne peuvent pas être considérées en elles-mêmes et pour elles-mêmes comme si elles s'autoproduisaient naturellement, mais toujours en tant que faits de l'homme dont il s'agit de rendre compte. C'est au fond ce que le philosophe allemand Wilhelm Dilthey visait à exprimer en opposant l'expliquer des sciences naturelles et le comprendre des sciences humaines.

En ce sens, il ne peut donc pas y avoir à proprement parler de « science du droit », de « science des normes juridiques », mais seulement une science de l'homme, une science anthropologique étudiant un secteur catégoriel de faits humains, ceux qui constituent l'expérience juridique des hommes : les faits d'élaboration, d'édiction, de diffusion, de réception, d'utilisation, d'apprentissage, de théorisation, etc., des normes juridiques. Ce sont ces faits de l'homme, et non directement les

instruments juridiques, qui sont susceptibles de faire l'objet d'un traitement scientifique<sup>22</sup>.

L'on voit ici la différence qui sépare cette science anthropologique du droit (science de l'homme dans le secteur de l'expérience juridique) de la technologie juridique. Du point de vue de la science anthropologique, le savant n'a qu'une relation médiatisée avec le droit : l'objet de sa théorie, c'est l'homme élaborant, utilisant, appliquant des règles de droit, et non directement ces règles elles-mêmes : celles-ci restent approchées comme immanentes aux actes humains visés et non en elles-mêmes et pour elles-mêmes. Au contraire, l'activité théorique du juristetechnologue est en prise directe avec le droit, avec les règles juridiques : son travail de rationalisation porte sur la technique juridique elle-même; il se situe lui-même à l'intérieur de l'expérience juridique au service de laquelle il œuvre et dont il n'est qu'un acteur en tant que technicien au second degré, - un acteur engagé, un acteur « mondain » en quelque sorte. C'est cette différence d'approche et de distanciation que l'on exprime couramment aujourd'hui, depuis Herbert Hart, par la distinction d'un point de vue interne sur le droit caractérisant notamment la dogmatique juridique et d'un point de vue externe caractérisant l'anthropologie juridique.

Cette différence, Kelsen l'a bien mal perçue: pour lui la dogmatique juridique, parce qu'axée directement sur les normes juridiques serait non seulement une science du droit, mais *la* science du droit, tandis que l'anthropologie juridique n'approchant le droit que médiatement serait une science parallèle s'occupant d'un tout autre objet

Les courants réalistes de la théorie du droit, en opposition avec l'idée kelsénienne d'une science normative du droit ou science du *Sollen*, prétendent, pour reprendre des formules de Michel Troper, qu' « une science du droit ne peut être construite que sur le modèle des sciences empiriques », que « comme toute science elle doit porter seulement sur le *Sein* » et doit donc traiter les normes juridiques « comme des faits empiriques » (« Réponse à Denys de Béchyllon », *Rev. Rech. jur.*, 1994-1, p. 268). Mais ce mot d'ordre « law as fact », lancé en particulier par le réalisme scandinave, ne doit pas induire en erreur : les normes juridiques, pas plus que des maisons ou des machines, ne sont en elles-mêmes des faits empiriques, des choses qui se passent, et elles ne sont donc pas susceptibles d'être traitées comme telles; les faits empiriques dans le champ de l'expérience juridique, ce sont les différents agissements humains historiques à travers lesquels cette expérience se développe.

que le droit lui-même : « elle se demande de quelle façon des faits religieuses, économiques, ou des représentations influencent effectivement l'action des législateurs et des tribunaux; ou sous l'empire de quels motifs les hommes accordent leur conduite à l'ordre juridique ou ne l'accordent pas. Ce n'est donc à proprement parler pas le droit luimême qui constitue l'objet de cette connaissance, ce sont certains phénomènes parallèles de l'ordre de la nature »<sup>23</sup>. Kelsen ne s'est pas rendu compte qu'au contraire, parce qu'en prise directe sur le droit, la dogmatique juridique ne peut pas être une science, et que la seule science possible dans le champ juridique c'est précisément celle qu'il récuse, l'anthropologie, la science de l'homme dont la démarche n'est science justement que dans la mesure où elle repose sur « un point de vue externe ».

2/ Cette science anthropologique du droit, recoupe bien sûr ce qu'on appelle couramment la « sociologie juridique ». Mais je voudrais à ce sujet, et avant d'en terminer, formuler deux ultimes mises au point.

Tout d'abord, il me semble préférable de parler, plutôt que de *sociologie juridique*, d'*anthropologie juridique* (science de l'homme, dans le secteur des activités juridiques). Cette science recouvre, en effet, différentes branches : la sociologie juridique, mais aussi la psychologie juridique (centrée sur les comportements de l'individu et non sur les phénomènes de groupe et les comportements collectifs), ou encore l'ethnologie juridique (spécialisée dans les faits juridiques des sociétés archaïques pré-industrielles, – ce que certains appellent d'ailleurs « l'anthropologie juridique » <sup>24</sup>).

Il y a surtout, en second lieu, une confusion qui doit être dissipée. Il faut bien voir, en effet, que l'étiquette « sociologie juridique » est utilisée en pratique d'une manière ambivalente : tout en étant affectée en principe à désigner les démarches scientifiques de l'anthropologie juridique, elle est constamment accolée à des démarches qui relèvent en réalité de la technologie juridique, de la technologie jurislative mais aussi de la technologie dogmatique. C'est qu'en effet, contrairement aux

<sup>23</sup> Théorie pure du droit, 2° éd. précitée, p. 142.

Norbert ROULAND, Anthropologie juridique, P.U.F., Paris, 1988.

allégations de l'école normativiste kelsénienne - d'ailleurs en contradiction flagrante avec ses postulats positivistes -, la dogmatique juridique ne se limite pas à prendre en considération les seules règles juridiques envisagées in abstracto; elle ne peut – et en pratique elle ne l'a jamais fait – fermer les yeux sur l'environnement humain historique à l'intérieur duquel se déploie l'expérience juridique. Le matériau sur lequel elle appuie ses démarches théoriques, ce n'est donc pas simplement la réglementation juridique, mais la réglementation juridique en contexte : que ce soit dans ses activités de présentation des diverses normes juridiques, pour faire apparaître les objectifs, les besoins sociaux auxquels elles répondent, que ce soit dans ses activités herméneutiques, pour analyser la portée qu'il convient de donner à ces normes, ou que ce soit encore dans ses activités critiques, pour en jauger les effets, à commencer par le degré même de leur effectivité, la dogmatique juridique est constamment amenée à explorer le contexte humain historique dans lequel les règles en vigueur ont été conçues, sont reçues et sont mises en œuvre. Mais cette prise en compte de données psychosociologiques, même si on y voit généralement une démarche de « sociologie juridique », ne doit pas induire en erreur et faire croire que la dogmatique juridique rejoindrait ici la science anthropologique du droit et prendrait elle-même une coloration scientifique. Ses préoccupations restent en réalité toujours identiques et fondamentalement différentes de celles d'une science : même lorsque le juriste scrute l'horizon au-delà des textes, au-delà des codes juridiques, il s'agit toujours du technicien au second degré en quête de rationalité pratique, de cohérence, d'efficacité, qui évalue dans son contexte la production et le fonctionnement des outils juridiques, qui s'enquiert des finalités sociales qui leur ont été assignées et des résultats sociaux qu'ils produisent réellement ou sont de nature à produire; c'est toujours le regard intéressé et critique du technologue au service de la technique juridique, et non celui du savant poursuivant un objectif de maîtrise des modes d'apparition au monde des phénomènes. Il ne faut pas confondre, en d'autres termes, l'objet même dont la technologie s'occupe, sur lequel elle travaille, c'est-à-dire les normes juridiques, et les données d'observation et d'information qu'elle utilise à cette fin. De sorte qu'en dépit de l'essor considérable qu'a connu ce qu'on appelle la « sociologie juridique » depuis le milieu de ce siècle, le développement de l'anthropologie juridique proprement dite, l'activité de recherche de lois théoriques dans le domaine juridique, est encore assez modeste,

beaucoup plus qu'on ne le croit généralement. Ce n'est pas la science anthropologique du droit qui s'est surtout développée durant toute cette période, mais plutôt l'investigation et l'observation des faits sociaux dans le secteur de l'expérience juridique : science et simple observation, on l'a vu, ne doivent pas être confondues, particulièrement lorsque l'observation s'insère dans des démarches purement technologiques, se trouve mise au service de la technologie.

Ce qui m'amène en fin de compte, en guise de conclusion, et pour répondre à la question de la part de la science dans les activités des juristes, à reprendre purement et simplement le constat que faisait le philosophe du droit belge Haesaert en 1948 dans sa Théorie générale du droit et qui me paraît encore à peu près exact une cinquantaine d'années après, à savoir que la dogmatique juridique occupe à elle seule presque tout le champ des activités théoriques dans le domaine juridique et que « c'est à peu près à elle seule que se borne l'enseignement universitaire » 25. Sur ce dernier point, j'espère qu'il me sera pardonné d'avoir eu l'indélicatesse, alors que je suis l'invité de la « Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis », de remettre ainsi en cause la nature scientifique des disciplines dogmatiques qui représentent, comme partout ailleurs dans toutes les Facultés de Droit, l'essentiel des disciplines enseignées : c'est que précisément les Facultés juridiques ont pour tâche essentielle de constituer et de diffuser un savoir de technologie juridique, beaucoup plus accessoirement, je le crains, un savoir scientifique. Mais cela n'enlève rien, il faut le répéter, à l'intérêt social fondamental qui s'attache à cette activité, puisqu'elle est le soutien de base de l'expérience juridique dans nos sociétés, ce grâce à quoi elle peut continuer d'avoir lieu, de se transmettre et de progresser au fil des générations : ce mérite se suffit à lui seul et n'a guère besoin, assurément, de la caution du label « science ».

J. HAESAERT, *Théorie* générale *du droit*, déjà cité, p. 20.

## Savoir historique et mutations normatives

Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire

### Jean-Marie FECTEAU\*\*

I.	L'espace relationnel complexe entre histoire et droit	37
II.	Une histoire du droit décloisonnée? Les promesses historiques de la « nouvelle histoire du droit »	40
III.	Un déficit d'ambition explicative?	44
IV.	L'espace-temps de la normativité	48

<sup>\*</sup> Je voudrais dédier ce texte à André Morel, précurseur de l'histoire du droit québécoise, récemment disparu.

<sup>\*\*</sup> Département d'histoire, Université du Québec à Montréal.

L'histoire du droit occupe dans l'histoire des faits sociaux une place à la fois stratégique et marginale. La pratique de la recherche en fait une affaire de spécialistes. Le rôle que joue le droit dans toute théorie du changement économique et social lui accorde en revanche une place centrale dans l'activité historienne.

Après des décennies d'études sages et d'histoires-maisons à la gloire des juristes, après l'enthousiasme généré par les appels à une « nouvelle » histoire du droit, dans les années 1980, qu'est donc devenue l'histoire du droit? Il n'est évidemment pas question, dans l'espace limité consacré au présent texte, de faire une réponse développée à cette question. Il ne s'agit pas non plus de se rabattre sur un simple bilan de la route parcourue, d'abord parce que ce bilan, du moins au plan empirique, est impressionnant, ensuite parce que les bilans n'apportent qu'une réponse partielle et trop souvent biaisée aux questions fondamentales touchant l'état d'un savoir en un lieu et à un moment donné<sup>2</sup>.

Mon propos sera ici à la fois plus humble et plus ambitieux : s'interroger, à partir de l'expérience québécoise que je connais mieux, sur les limites, voire les apories, la complexité et les perspectives d'un champ de recherche constamment tiraillé entre les besoins professionnels de la pratique et les exigences analytiques des sciences sociales.

#### I. L'espace relationnel complexe entre histoire et droit

À moins de revendiquer une autonomie disciplinaire particulière, l'histoire du droit se situe inexorablement à la jonction de deux disciplines, de deux modes d'interrogation du social qui s'entrecroisent de multiples façons. De fait, réfléchir sur les rapports entre histoire et

Jochen HOOCK, « Dimensions analytiques et herméneutiques d'une histoire historienne du droit », Annales ESC, vol. 44, n° 6, novembre-décembre 1989, pp. 1479.

Voir cependant l'excellent bilan critique produit par Donald FYSON, « Les historiens du Québec face au droit », Revue juridique Thémis, vol. 34, n° 2, 2000, pp. 295-328.

droit, c'est tout autant réfléchir sur un état de chose particulier et sur un **projet** ouvert sur le futur.

Évidemment, au niveau d'abstraction le plus élevé, on peut s'interroger sur le statut et la configuration particulière de chaque discipline, ne serait-ce que pour constater ce qui, intrinsèquement, les rapproche ou les distingue. Un premier constat nous amènerait à saisir les très profondes différences entre l'histoire et le droit. L'une se veut la science du changement, une discipline éclatée à la poursuite d'un objet évanescent, sinon impossible : l'ensemble des modes d'existence et de transformation des collectivités humaines du passé. Elle est aussi une science sociale dont le récit construit est tout tourné vers l'exigence d'expliquer le réel. L'autre est un savoir à la fois de l'immédiat et de la durée, de la règle en vigueur et de sa résistance au temps. Savoir profondément intégré autour d'une doctrine qui souvent le constitue, avec en vue toujours un objet pratique, et un espace d'opération délimité. Un savoir aussi tiraillé entre l'interrogation sur le sens de la norme et les contraintes de la pratique sociale, entre la réflexivité et la distanciation propres aux sciences sociales et la nécessité d'administrer la norme dans toute sa matérialité.

Mais on pourrait s'amuser à exagérer ces différences. Ce serait oublier que dès les origines du droit moderne, celui-ci partageait avec l'histoire des procédures analytiques, et que les deux relevaient d'une démarche intellectuelle aux parentés frappantes<sup>3</sup>: interrogation sur les différents modes de causalité sous-jacents à l'agir humain, art du contexte qui structure cet agir, science de l'interprétation du réel, etc. On pouvait déjà faire à l'époque un remarquable rapprochement entre les postures éthiques impliquées par les deux approches, notamment face à l'usage de la faculté de juger, devant la nécessité de déterminer, au cœur de la pratique impliquée par chacune, le juste et l'inacceptable. Derrière la rigoureuse positivité du fait historique et de l'acte jugé, il y avait déjà, comme en promesse, toute l'aventure risquée de leur interprétation et de ses exigences herméneutiques. Mais plus encore, au-delà des parentés intellectuelles entre histoire et droit, ces deux univers disciplinaires ont

Voir le travail fascinant de Donald R. KELLY, *History, Law and the Human Science. Medieval and Renaissance Perspectives*, London, Variorum Reprints, 1984.

vu leur destin se croiser constamment, les points d'intersection se diversifier toujours davantage. Car le terrain qui les sépare a toujours été le lieu d'un échange constant.

D'abord un échange de biens « factuels », opération de réciprocité par laquelle le droit donnait à l'historien pressé un aperçu rapide de la réalité institutionnelle ou juridique dans laquelle baignait le récit historique, et recevait en retour de celui-ci une connaissance historique élémentaire des tenants et des aboutissants politiques, économiques ou sociaux des origines de la norme et de la cause. Cet « utilitarisme réciproque » fait encore les beaux jours d'une collaboration constante, d'un échange perpétuel de savoirs produits plus ou moins indépendamment l'un de l'autre.

Ensuite, un échange d'**expertise** où les pratiques se croisent encore plus intimement. La littérature sur le rôle de l'historien comme expert ou consultant dans la pratique légale ne cesse de croître à la vitesse des grands procès sollicitant autant la mémoire que les droits traditionnels<sup>5</sup>. À l'inverse, pour l'historien le droit n'est pas seulement source de savoir empirique sur la norme. Il constitue aussi un ensemble de méthodes et de logiques procédurales dont la connaissance est indispensable à qui veut comprendre l'espace normatif dans lequel baigne toute réalité historique.

Cependant, je ne crois pas que la voie d'entrée à privilégier pour une réflexion sur l'histoire du droit doive prioritairement reposer sur le concept d'échange, même s'il recouvre un ensemble de pratiques essentielles à la compréhension des enjeux sous-jacents aux rapports entre droit et histoire. Ce qui est important, à mon sens, est moins ce qui circule entre deux espaces disciplinaires que ce qui se produit lorsque deux savoirs s'entremêlent ou coexistent sur un terrain commun, dans une aspiration partagée à un même savoir. Lorsque les exigences du droit

<sup>4</sup> FYSON, op. cit., pp. 304-315.

<sup>5</sup> Carlo GINZBURG, Le juge et l'historien: considérations en marge du procès Sofri, Paris, Éditions Verdier, 1997; Henry ROUSSO, La hantise du passé. Entretien avec Philippe Petit, Paris, Textuel, 1998; Michel MORIN, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », Revue Juridique Thémis, vol. 34, n° 2, 2000, pp. 329-368.

et les implications du passé se retrouvent dans une même pratique : l'histoire du droit.

# II. Une histoire du droit décloisonnée? Les promesses historiques de la « nouvelle histoire du droit »

Commençons par un constat. Malgré des percées empiriques intéressantes, la césure entre l'histoire du droit faite par les historiens et autres chercheurs des sciences sociales et celle des juristes et chercheurs des facultés de droit a été et demeure trop souvent profonde, peut-être particulièrement au Québec, et les « passerelles » entre les deux, encore trop rares<sup>6</sup>. Plus encore, à quelques exceptions près<sup>7</sup>, l'histoire du droit québécois demeure une activité secondaire, souvent développée en marge d'autres préoccupations de recherche plus « immédiates », tant dans les facultés de droit que dans les départements d'histoire<sup>8</sup>. En somme, les éléments principaux du diagnostic que je portais sur l'histoire du droit il y a plus de quinze ans<sup>9</sup>, soit le relatif isolement disciplinaire,

Je pense à la collaboration entre Blaine Baker et Brian Young dans George Blaine BAKER et al., Sources in the law library of McGill University for a reconstruction of the legal culture of Quebec: 1760-1890, Montreal: McGill University, Faculty of Law and Montreal Business History Project, 1987 et au colloque sur l'histoire du droit organisé par le Centre d'histoire des régulations sociales tenu à l'UQAM en mai 1999, lequel a donné lieu à la parution de Jean-Marie FECTEAU, Maryse BEAULIEU, Rachel CHAGNON, Jean-Philippe GARNEAU (dir.), Les pratiques de l'histoire du droit au Québec, numéro thématique dans Revue Juridique Thémis, vol. 34, n° 2, 2000, pp. 291-561.

<sup>7</sup> Je pense à des chercheurs comme Michel Morin, John Brierley, Sylvio Normand, Jean-Maurice Brisson, Donald Fyson, Brian Young.

Sans tomber dans le fétichisme bourdieusant des stratégies de champs et des habitus, il faut tout de même noter que l'histoire du droit a peu d'infrastructures institutionnelles propres et, dans le cas du Québec, est pénalisée par la très grande faiblesse des facultés de droit en ce qui concerne la recherche fondamentale (philosophie, sociologie et histoire du droit). Une comparaison systématique avec l'évolution d'un champ comme l'histoire des sciences et ses modes d'institutionnalisation au Québec serait particulièrement éclairante à cet égard.

Jean-Marie FECTEAU, « L'histoire du droit dans le champ du savoir : Légitimation et contradiction disciplinaire », Robert D. BUREAU et Pierre MACKAY, (dir.), Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970-1987, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, pp. 501-514.

#### SAVOIR HISTORIQUE ET MUTATIONS NORMATIVES LES DÉFIS D'UNE NÉCESSAIRE CONVERGENCE ENTRE DROIT ET HISTOIRE

le centrage sur une définition positiviste et a-critique du droit, l'autolimitation du questionnement juridique en histoire, me semblent encore tout à fait pertinents aujourd'hui.

Pourtant, les ambitions esquissées dans les années 1970 et développées dans les années 1980 débouchaient sur une remise en cause fondamentale, non seulement de l'histoire du droit dite « traditionnelle », mais de ses conditions théoriques et méthodologiques de production 10. Cette histoire du droit dite « nouvelle » voulait prendre au sérieux l'histoire, non seulement celle concernant l'évolution de la norme et des formes juridiques, mais aussi celle de ses conditions socio-économiques de mutation, tout en relativisant la positivité du droit et de l'image qu'il donnait de lui-même et en remettant en question les frontières entre le légal et le social. Cette histoire se voulait **critique** 11, rejetant vigoureusement le formalisme et l'élitisme de l'histoire faite jusqu'alors. Elle se voulait aussi fondamentalement **interdisciplinaire**, et mobilisait l'ensemble des sciences sociales au profit d'un savoir nouveau sur le droit. Elle se voulait enfin **épistémologiquement lucide**, consciente du

Certains textes programmatiques méritent d'être rappelés: pour les États-Unis 10 Robert W. GORDON, « Critical Legal Histories », Stanford Law Review, vol. 36, janvier 1984, pp. 52-125; R.W. GORDON et M.J. HORWITZ, « Historicism in Legal Scholarship », Yale Law Journal, vol. 96, avril 1981, pp. 1017-1062; pour l'Angleterre David SUGARMAN, « Theory and Practice in Law and History : A Prologue to the Study of the Relationship between Law and Economy from a Socio-historical Perspective », Bob FRYER et al. (eds.), Law, State and Society, London, Croom Helm, 1981, pp. 70-106; pour l'Allemagne et la France HOOCK, op.cit., pp. 1679-1490 et J. POUMAREDE, « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », Procès, nº 6, 1980, pp. 91-102; pour le Canada, R.C.B. RISK, « A Prospectus for Canadian Legal History », Dalhousie Law Journal, vol. 1, nº 2, octobre 1973, pp. 227-245, Graham PARKER, « The Masochism of the Legal Historian », University of Toronto Law Journal, vol. 24, 1974, pp. 279-317, André MOREL, « Canadian Legal History - Retrospect and Prospect », Osgoode Hall Law Journal, 1983, vol. 21, nº 2, pp. 159-164 et Barry WRIGHT, «Towards a New Canadian Legal History», Osgoode Hall Law Journal, vol. 22, 1984, pp. 349-374.

<sup>«</sup> Legal history can be a fundamentally critical enterprise », Barry WRIGHT, « An Introduction to Canadian Law in History », W. Wesley PUE et Barry WRIGHT, (eds.), Canadian Perspectives on Law & Society. Issues in Legal History, Ottawa, Carleton University Press, 1988, pp. 9.

besoin d'expliciter ses cadres d'analyse et ouverte à l'expérimentation d'avenues théoriques nouvelles <sup>12</sup>.

On aurait tort de sous-estimer le caractère heuristique et fécond de ces ambitions. De remarquables réussites en témoignent. Je me contenterai de mentionner ici, pour mémoire, certaines collections importantes de travaux en histoire du droit canadien et québécois, comme les multiples volumes des *Essays in the History of Canadian Law*, les ouvrages collectifs de Bercuson et Knafla, de Pue et Wright, de Fyson, Coates et Harvey, ou enfin le numéro thématique récent de la *Revue Juridique Thémis* sur les pratiques de l'histoire du droit au Québec 13. En conséquence, notre connaissance des rapports entre droit et société s'est grandement raffinée, et ce dans un grand nombre de domaines. Mais il faut prendre acte du fait que ceci s'est produit au prix d'un recul des ambitions épistémologiques de la nouvelle histoire du droit, ou peut-être sous le couvert de sa naïveté théorique.

Ainsi, l'histoire du droit s'est-elle développée dans quatre domaines principaux :

1. d'abord, la résilience et le développement de l'histoire du droit traditionnelle est un fait remarquable. L'analyse de la généalogie d'un champ juridique donné, celle de l'évolution de la norme et de

<sup>«</sup> Naïve empiricism of the archival sort may appear to be scholarly, objective, interdisciplinary and rigorous, but ignores the insights developed by a wide range of social and intellectual historians », W. Wesley PUE, « Theory and method in the history of law », W. Wesley PUE et Barry WRIGHT, (eds.), op.cit., Ottawa, Carleton University Press, 1988, pp. 23-28.

D.J. BERCUSON et Louis A. KNAFLA (eds.), Law and Society in Canada in Historical Perspective, Calgary, University of Calgary, 1979, Wesley, W. PUE et Barry WRIGHT (eds). Canadian Perspectives on Law and Society. Issues in Legal History, Ottawa, Carleton University Press, 1988, Donald FYSON, Colin M. COATES et Kathryn HARVEY, (eds.), Class, Gender and the Law in Eighteenth and Nineteenth Century Quebec: Sources and Perpectives, Montréal, Montreal History Group, 1993, Murray M. GREENWOOD et B. WRIGHT (eds.), Canadian State Trials, Law, Politics, and Security Measures, 1608-1837, Toronto, University of Toronto Press, 1996; Jean-Marie FECTEAU, Maryse BEAULIEU, Rachel CHAGNON, Jean-Philippe GARNEAU (dir.), Les pratiques de l'histoire du droit au Québec, numéro thématique dans Revue juridique Thémis, vol. 34, n° 2, 2000, pp. 291-561.

la jurisprudence, l'étude des institutions juridiques ont continué à se faire « à l'interne », souvent sans référence autre que de politesse au contexte sociétal global qui sous-tend cette évolution <sup>14</sup>:

- 2. s'est aussi notablement développée une histoire sociale des normes et des institutions juridiques, axée sur la détermination des conditions sociétales d'apparition ou d'évolution des institutions ou des normes, comme de leur emprise sociale 15:
- de même, une des avancées les plus notables a été la croissance des études socio-économiques mesurant l'application concrète d'une norme donnée et les multiples usages du droit dans la société civile<sup>16</sup>;

Citons parmi beaucoup d'autres contributions: Daniel MASSICOTTE, « Droit des contrats et pratiques contractuelles en droit romain et dans la Coutume de Paris: aspects juridiques de la location immobilière à Montréal aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 4, déc. 1996, p. 1053-1107; Julien D. MACKAY, « La loi [québécoise] sur le notariat, son évolution et son histoire », *La Revue du notariat*, vol. 91, mars-avril, mai-juin 1989, p. 421-455, 573-605; Michel MORIN, « La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire », *Revue du Barreau*, vol. 50, n° 5, novembre-décembre 1990, pp. 827-923.

À titre d'exemple: Dominique GOUBEAU et Claire O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État: les origines tumultueuses d'une institution légale », Les Cahiers de droit, 38, n° 4, déc. 1997, pp. 769-804; Donald FYSON, Criminal Justice, Civil Society and the Local State: the Justices of the Peace in the District of Montreal, 1764-1830, thèse de doctorat, histoire, Université de Montréal, 1995; Brian YOUNG, The Politics of Codification. The Lower Canadian Civil Code of 1866, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994. Pour un bel exemple récent, voir Philip GIRARD, Jim PHILLIPS and Barry CAHILL (eds), The Supreme Court of Nova Scotia, 1754-2004, Toronto, University of Toronto Press, 2004.

Notamment, Bettina BRADBURY et al., « Property and mariage: the law and practice in early 19th Century Montreal », *Histoire sociale*, vol. 26, mai 1993, pp. 9-40; Marie-Aimée CLICHE, « Puissance paternelle et intérêt de l'enfant: la garde des enfants lors des séparations de corps dans le district judiciaire de Montréal, 1795-1930 », *Lien social et politiques-RIAC*, n° 37, printemps 1997, pp. 53-62; Jean-Philippe GARNEAU, *Droit, famille et pratique successorale au XVIIIe siècle canadien. Les usages du droit dans la société rurale de Beaupré, en amont et en aval de la Conquête britannique*, thèse de doctorat, histoire, UQAM, 2003.

4. enfin, au cours des dernières années, on a de plus en plus abordé le droit comme forme culturelle qui se modèle étroitement dans les représentations sociétales, établissant les liens étroits entre la normativité et la culture<sup>17</sup>.

#### III. Un déficit d'ambition explicative?

L'avancement de nos connaissances a donc été indéniable, mais les ambitions épistémologiques de la « nouvelle » histoire du droit se sont trop souvent résorbées en une foule d'études particulières, certes minutieuses et érudites mais d'envergure limitée. L'appel à une histoire critique, relativisant la positivité du droit, et profondément interdisciplinaire reste encore largement ignoré.

Deux facteurs me semblent à la source de ce phénomène.

1. D'abord, on a peut-être minimisé la puissance de l'ordre juridique et la pesanteur des isolationnismes disciplinaires. La formation des juristes aux méthodes et aux problématiques des sciences humaines est restée minimale. Il suffit de regarder les programmes de formation en droit, et la place tout à fait marginale accordée à la sociologie, à la philosophie, à l'anthropologie ou à l'histoire du droit, pour s'en convaincre 18. Les historiens, que l'on se rassure, ne sont pas en reste : au Québec, il n'existe pas, à ma connaissance, un seul cours permettant aux historiens de s'initier

On a aussi appelé cette approche la « new new legal history ». Voir Christopher L. TOMLINS et Bruce H. MANN (eds), *The Many Legalities of Early America*, Chapel Hill University of North Carolina Press, 2001, et Lauren BENTON, *Law and Colonial Cultures : Legal Regimes in World History 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Un bref regard sur le programme des facultés de droit québécoise (incluant le droit civil à l'Université d'Ottawa) nous révèle qu'au-delà d'un cours général introductif sur les fondements du droit, seule l'Université d'Ottawa a un cours d'histoire obligatoire. Aucune faculté n'inclut non plus comme obligatoires des cours de sociologie ou de philosophie du droit. La présence d'un cours très général, habituellement dénommé « Fondements du droit », fait souvent office de formation théorique.

au droit ou aux systèmes normatifs en général...<sup>19</sup>. L'extrême rareté des équipes multidisciplinaires, qui permettent un échange systématique d'expertise entre l'approche historique et l'approche juridique, n'arrange évidemment pas les choses<sup>20</sup>. Pour reprendre une boutade connue, tout ce que les facultés de droit et les départements d'histoire ont en commun dans une université québécoise est un code postal commun et parfois une chaufferie centrale!

Cependant, des phénomènes comme l'éclatement empiriste des 2. études et le manque de regard critique d'ensemble sur les conditions historiques d'apparition du droit ne relèvent pas seulement d'une relative césure disciplinaire. Au niveau épistémologique, la remise en question des grands cadres interprétatifs ou méthodologiques (marxisme, structuralisme, systémisme, etc.) a systématisé l'éclectisme méthodologique, souvent justifié d'un relativisme de bon aloi. Les temps ne semblent désormais propices ni aux grandes conceptuelles, ni aux interrogations fondamentales sur le sens global d'une réalité aussi vaste que par exemple la structure normative d'une société. En histoire du droit comme ailleurs, on a ainsi assisté à un rabattement massif des aspirations à comprendre vers les fausses certitudes de l'empirisme, promouvant avant tout la rigueur des méthodes ponctuelles de recherche et la définition de problématiques précises qui permettent trop souvent de faire l'économie d'un cadre théorique explicite<sup>21</sup>.

Aucun programme d'histoire n'offre de cours d'histoire du droit ou des institutions juridiques québécoises ou canadiennes dans les universités québécoises. L'exception est le département d'histoire de l'UQAM, qui a à son programme un cours intitulé « Droit, État et société dans l'histoire du Québec », cours qui n'a jamais été effectivement donné...

Je ne connais qu'une seule équipe interdisciplinaire en histoire du droit à l'heure actuelle au Québec, soit le projet de D. Fyson, J. L'Heureux et S. Normand, à l'Université Laval, sur « Le droit romain dans la culture juridique québécoise ».

L'éclatement de la recherche en sciences sociales, et notamment en histoire, a été souvent mentionné. Voir Alain CAILLÉ, *La démission des clercs. La crise des sciences sociales et l'oubli du politique*, Paris, La Découverte. 1993 et François DOSSE, *L'histoire en miettes. Des « Annales » à la « nouvelle histoire »*, Paris, La Découverte, 1987. Je me suis prononcé plus longuement sur cette question

L'histoire du droit est donc encore un terrain en friche parsemé de richesses, d'agglomérats de connaissances dans divers secteurs précis, sans que la question centrale des mutations de la normativité dans les sociétés québécoise et canadienne ait été affrontée systématiquement et explicitement. On s'arrête trop peu sur le fait aberrant qu'il n'existe pas encore, après des décennies de recherches souvent impressionnantes, de synthèse un tant soit peu compréhensive sur l'histoire du droit canadien et québécois<sup>22</sup>. On peut toujours prétendre que ce phénomène est la conséquence de l'immensité et de la variété des institutions et des formes juridiques. Argument spécieux s'il en fut, dans la mesure où des synthèses monumentales ont été accomplies sur des réalités autrement complexes (ne serait-ce que par l'immense défi que représente, par exemple, une histoire nationale...). L'absence<sup>23</sup> d'une synthèse en histoire du droit est certes fonction de l'éclatement du savoir auquel on vient de faire allusion, mais elle trahit aussi les contradictions particulières de l'histoire du droit, sur lesquelles il est nécessaire de se pencher brièvement.

Notre hypothèse est qu'une histoire du droit consistante avec ses ambitions théoriques et épistémologiques tend à détruire, du moins à déconstruire l'objet de son étude, soit le droit lui-même comme ordre et comme institution. Toute histoire du droit qui prend au sérieux la mise au clair des conditions d'évolution et de mutation de la normativité sociale doit non seulement étudier le droit sous les formes où il se donne à voir, mais aussi mettre en lumière les limites et la fragilité des frontières qu'il

dans Jean-Marie FECTEAU, « Entre la quête de la nation et les découvertes de la science. L'historiographie québécoise vue par Ronald Rudin », *Canadian Historical Review*, vol. 80, n° 3, septembre 1999, pp. 440-463.

La dernière synthèse du droit québécois et canadien remonte à 1901 : Rodolphe LEMIEUX, Les origines du droit franco-canadien, Montréal, Théoret, 1901.

<sup>23</sup> Et non l'impossibilité. Voir par exemple Lawrence M.A. FRIEDMAN, *History of American Law*, New York, Simon and Shuster, 1973. Sans compter évidemment les nombreuses synthèses du droit anglais ou français produites. Ces synthèses sont cependant, la plupart du temps, des manuels présentant les institutions juridiques ou résumant les principales étapes d'évolution des grands ensembles légaux (droit civil, criminel, etc.)

s'assigne<sup>24</sup>. La nouvelle histoire du droit, dans sa version dominante non radicale, promouvait, au fond, l'ouverture de « passerelles » entre le droit et les sciences sociales, dans le respect des frontières et des acquis de chaque « science ». L'histoire du droit, dans sa version la plus raffinée, prenait la forme de ces études capables d'analyser systématiquement, à la lumière des méthodes des sciences humaines et en pleine connaissance des idiosyncrasies de la forme juridique, les **rapports** entre le droit et la société, nuançant l'effectivité de l'un par la réalité de l'autre, ou jaugeant leur influence réciproque. Les possibilités de variations empiriques sur ce thème étaient évidemment infinies, et susceptibles de développer un quantité impressionnante de connaissances, ce dont témoigne la production scientifique en histoire du droit depuis 30 ans.

Mais la recherche historique sur les modes de constitution du droit comme forme de lien social, celle qui devrait porter sur la logique fondamentale présidant à l'insertion du droit dans les sociétés, et la mutation de cette logique au long du temps, tous ces questionnements fondamentaux ont trop souvent été délaissés au profit de monographies pointilleuses et érudites sur des normes ou des institutions particulières. En effet, une telle recherche demande plus que la connaissance précise de la règle de droit et que l'étude fine du contexte social permettant de comprendre son adoption, son application, ou sa modification. Elle demande que soit déconstruit le concept de droit, que son caractère opératoire soit mis en question, dans un sain irrespect des frontières qui voudraient le séparer des autres dimensions de la réalité sociale <sup>25</sup>.

P. Legendre, usant d'une autre problématique, ne dit pas autre chose : « Le droit n'a rien de "naturel", pas plus qu'il ne constitue un phénomène "objectif" dont le caractère universel irait de soi [...]. Ce que nous appelons le droit se rapporte avant tout au parcours et aux inventions du monde européen, élargi à l'Amérique, dans le domaine de la normativité [...]. Il est essentiel d'envisager le droit d'abord pour ce qu'il est dans l'histoire humaine, un certain mode d'accès à la normativité », « Ce que nous appelons le droit », Le Débat, n° 74, mars-avril 1993, p. 107.

Cette position veut se démarquer radicalement d'un certain déconstructionnisme qui, par le biais du discours, légitime l'analyse purement interne du droit : « L'éclaircissement du droit par les sciences sociales s'est [...] soldé par des effets imprévus : la production d'artefacts hybrides, au statut épistémique incertain et aux conséquences sociales imprévues [...]. Il n'y a pas "d'instruction" du droit par le monde extérieur, il n'y a que la "construction" d'un monde

Ceci veut dire comprendre le caractère fragile et contradictoire de la construction du droit dans sa positivité, chercher à saisir d'où provient cette prétention, qui est au fondement du droit, à stipuler les conditions de la contrainte, à définir les paramètres de la justice, à canaliser les litiges, voire à valider le lien social. Cet exercice implique qu'il est nécessaire de faire l'histoire de la normativité sociétale et des modalités d'inscription du droit dans cette normativité<sup>26</sup>.

#### IV. L'espace-temps de la normativité

Cette histoire de la remise en cause de la positivité du droit, de sa construction difficile comme objet de recherche, pourrait prendre trois directions, qu'on me permettra d'aborder brièvement ici.

1. En amont, il faudrait interroger systématiquement les conditions de construction de l'univers juridique québécois.

Il s'agit d'exhumer l'**ensemble** des choix politiques et des contraintes socio-économiques, les cadres globaux de la pensée, les complexes discursifs qui président à l'instauration d'une logique normative donnée et permettent de comprendre les caractères fondamentaux de sa consolidation institutionnelle et les « conditions de la cohérence interne »<sup>27</sup> d'un tel ensemble normatif. Les travaux de mon collègue et ami Brian Young sur l'apparition du code civil, par exemple, constituent une bonne entrée en matière à ce que pourrait donner une telle étude<sup>28</sup>. À titre d'exemple, un ensemble de questions, à notre sens fondamentales, doivent présider à l'analyse de la place du droit dans la

extérieur par le droit ». Gunther TEUBNER, « Pour une phénoménologie constructiviste du droit », *Annales histoire sciences sociales*, n° 6, novembre-décembre 1992, pp. 1160 et 1154.

Qu'on me permette un parallèle facile à titre simplement illustratif de mon propos : l'histoire du droit est à l'histoire de la normativité ce que l'histoire du capitalisme est à l'histoire économique.

<sup>27</sup> Au sens que lui donne Patrick TORT, *La pensée hiérarchique et l'évolution*, Paris, Éditions Aubier-Montaigne, 1983, pp. 42-57.

<sup>28</sup> Brian YOUNG, *The Politics of Codification. The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994.

transition à la démocratie et au capitalisme au 19<sup>e</sup> siècle<sup>29</sup>. Au-delà des contraintes ponctuelles permettant l'apparition de lois ou normes particulières, la mise en place de l'ordre juridique libéral, un ordre qui est encore au fondement de notre univers normatif, n'est pensable qu'à l'intérieur de paramètres relativement précis, dont il est d'ores et déjà possible de saisir quelques-uns des caractères :

a) L'ordre juridique libéral a comme référence incontournable l'espace national, une référence qui certes explique les multiples variations de la norme entre les différentes formations nationales, mais laisse ouverte la question des limites de cette variation. Ainsi, comment comprendre l'évolution globalement synchronique à travers l'Occident de la prison comme mode dominant de punition<sup>30</sup>, ou encore de la protection de l'enfance<sup>31</sup>, au-delà des explications faciles ou tautologiques en terme d'« influence » ou de « précurseur »? En somme, par quel phénomène la forme nationale dans laquelle s'inscrit le droit ouvre-t-elle la porte à des évolutions internationales quasi-simultanées (à échelle temporelle suffisamment longue)? Au-delà des règles présidant aux relations internationales et au droit des nations en général, il existe des ensembles normatifs globaux qui se développent tout au long des XIXe et XXe siècles, ensemble normatifs « virtuels » constitués par des modèles ou des idéaux réglementaires ou politiques trouvant une application concrète et selon des modalités très diversifiées dans les différents

On me permettra d'utiliser systématiquement cet exemple, tiré de notre propre expérience de recherche, comme on voudra bien nous pardonner les références systématiques à certains de mes travaux où sont élaborés plus en détail les points esquissés ici.

Jean-Marie FECTEAU, « A few thoughts about the role of imprisonment in the political economy of penal reforms, 1770-1830 », *Journal of Human Justice*, vol. 5, n° 2, printemps 1994, pp. 34-42.

Marie-Sylvie Dupont-Bouchat, Éric PIERRE, Jean-Marie FECTEAU, Jean TRÉPANIER, Jacques-Guy PETIT, Bernard SCHNAPPER, Jerund DEKKER, Enfance et justice au XIX<sup>e</sup> siècle. Essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance 1820-1914 (France, Belgique, Pays-Bas, Canada), Paris, Presses Universitaires de France, 2001, 443 p.

- cadres législatifs nationaux<sup>32</sup>. Une histoire comparative systématique du droit permettrait de mettre à jour ces ensembles et leur configuration particulière<sup>33</sup>.
- b) Un autre aspect du modèle libéral réside dans les implications de la liberté comme mode de régulation sociale. La liberté n'est pas qu'une forme juridique: elle est aussi un choix fondamental de société et une aspiration, ce qui a pour le droit des implications immenses. Sous l'emprise de ce choix et de cette aspiration sont ainsi générées tout un ensemble de contraintes et de contradictions potentielles qui à la fois structurent et fragilisent l'ordre juridique. Par exemple, le principe de respect de l'intégrité individuelle et du libre arbitre pose un ensemble de contraintes à la capacité de punir, contraintes qui déterminent notamment la césure entre le droit des enfants et des adultes en cette matière<sup>34</sup> et les limites de la réhabilitation et du traitement des prisonniers en milieu carcéral. Par ailleurs, les conditions d'effectivité de la liberté d'entreprendre induisent des contradictions importantes dans l'ordre juridique (responsabilité limitée des investisseurs, par exemple<sup>35</sup>). En somme, la liberté, comme horizon sociétal d'attente, doit être pensée comme condition essentielle de

<sup>32</sup> Voir, par exemple, Daniel T. RODGERS, Atlantic Crossings: Social Politics in a Progressive Age, Cambridge, Mass., Londres, The Belknap Press of Harvard University Press. 1998.

L'approche culturelle en histoire du droit, mentionnée plus haut, est en ce sens prometteuse, car elle repose souvent sur un refus des exceptionnalismes nationaux trop faciles. Sur le comparatisme impliqué par une vision large des dynamiques culturelles, on pourra consulter avec profit Jocelyne DAKHLIA, « La question des lieux communs. Des modèles de souveraineté dans l'Islam méditerranéen », Bernard LEPETIT (dir.), Les formes de l'expérience, une autre histoire sociale, Paris, Albin Michel, 1995, pp. 39-61.

Jean-Marie FECTEAU, « Note sur les enjeux de la prise en charge de l'enfance délinquante et en danger au XIX<sup>e</sup> siècle », Lien social et Politiques-RIAC, nº 40, automne 1998, pp. 129-138.

Jean-Marie FECTEAU, « Les "petites républiques": les compagnies et la mise en place du droit corporatif moderne au Québec au milieu du 19° siècle », *Histoire* sociale, vol. 25, n° 49, mai 1992, pp. 35-56.

production d'une logique normative tout à fait unique et particulière <sup>36</sup>.

- c) En corollaire, le droit moderne induit une logique de séparation entre sphères publiques et privées qui n'est pas seulement constitutive d'un territoire juridique nommé « droit public » plus ou moins nettement délimité. Cette logique préside aussi à une recomposition complète des critères de classement et des modes de conceptualisation de l'ordre juridique<sup>37</sup>. Toute une série de phénomènes appellent à être analysés sous cet angle: je ne mentionnerai, que pour exemple, le développement d'un monde de l'intime protégé par le droit, la structuration par le droit civil des règles de l'échange, comme modalité principale de reproduction du lien social, la lente, puis de plus en plus brutale immersion des règles privées dans une régulation étatique de plus en plus élargie, et en corollaire la mise en place d'une sphère normative régulant l'espace politique (droit public, électoral, parlementaire, administratif, etc.).
- d) Enfin, qu'en est-il, dans la perspective d'une histoire du droit systématique, du choix de la **démocratie** comme mode d'organisation politique des sociétés, un choix fondamental qui implique, au premier chef, la mise en place d'un ordre juridique possédant des modalités particulières d'adaptation aux réalités sociales changeantes. Ceci induit notamment un bouleversement des critères de légitimation du droit (rendant partiellement caducs la tradition et le droit naturel) en fonction non seulement des règles de la logique interne au droit, mais surtout des normes de validité présidant à la production de la

Jean-Marie FECTEAU, « Ruses de la raison libérale? Éléments pour une problématique des rapports État-individu au XIX<sup>e</sup> siècle », dans Y. ROBY et N. VOISINE (dir.), *Érudition, humanisme et savoir. Actes du colloque en l'honneur de Jean Hamelin*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1996, pp. 69-92.

Voir la démonstration de F. ÉWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986. Pour le cas québécois, Jean-Marie FECTEAU, « L'État, les rapports entre sphères publique et privée et la régulation sociale au 19<sup>e</sup> siècle québécois. Questions de méthode et hypothèses », *Cahiers d'histoire*, vol. 17, n° 1-2, printemps-automne 1997, pp. 21-39.

loi. En d'autres termes, la démocratie est un mode de médiation des problèmes sociaux qui peut impliquer, dans la mesure où le droit peut être **produit** par la collectivité, le développement de logiques juridiques nouvelles (comme par exemple la mise en place de normes d'intervention sur les problèmes sociaux à la source de ce qu'on a appelé le « droit social » à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, un ensemble normatif qui, « inséré » entre les normes de droit privé et le droit public classique, ne fera qu'approfondir les contradictions du droit libéral<sup>38</sup>. Cette même médiation peut aussi entraîner, à l'inverse, la mise en place d'instruments juridiques de protection **contre** certains effets définis comme « pervers » de la démocratie<sup>39</sup>, par le biais notamment de la révision judiciaire de certaines décisions politiques.

Nation, liberté, privé et démocratie sont donc historiquement aux sources d'un ordre normatif nouveau, élément fondamental du mode de régulation libéral. Or, comme tout ordre juridique, celui-ci naît dans la fragilité et se construit dans la contradiction. L'étude systématique de ces contradictions dépasse la simple description de ses manifestations ponctuelles. Elle exige que soit saisie la configuration spécifique d'un ordre juridique en fonction du type de lien social existant.

2. La mise en réflexivité du droit comme objet de recherche peut aussi se faire en **aval**, c'est-à-dire dans les modalités de mise en pratique de l'ordre juridique.

Établir le profil de ce que l'on pourrait appeler les conditions de possibilité d'un ordre normatif donné est un premier moyen de

Jean-Marie FECTEAU, «Le citoyen dans l'univers normatif: du passé aux enjeux du futur», dans J.-M. FECTEAU, J. LÉTOURNEAU et G. BRETON (dir.), La condition québécoise. Enjeux et horizons d'une société en devenir, Montréal, VLB Éditeur, 1994, pp. 83-101.

C'est le cas du droit que les cours s'arrogent de veiller à l'application du droit constitutionnel. Un superbe exemple dans le cas canadien: David SCHNEIDERMAN, « A. V. Dicey, Lord Watson, and the law of the canadian constitution in the late nineteenth century », *Law and History Review*, vol. 16, n° 3, automne 1998, pp. 495-526.

déconstruire le droit. Un autre moyen est de montrer le flou profond des frontières que le droit prétend occuper dans sa pratique, comme d'ailleurs les importantes variations de ces frontières. Deux brefs exemples suffiront ici.

Au ras du quotidien, l'opération concrète de la normativité permet de voir le flou, souvent artistique, qui préside à l'immersion du droit dans les rapports sociaux. La problématique du pluralisme juridique et surtout de l'inter-normativité permettent de dépasser la notion un peu simpliste d'un simple « écart » entre la norme et la pratique, comme si la norme était toujours première, et la pratique la simple résultante toujours bancale de l'injonction normative... Une étude des pratiques sociales au quotidien montre comment la norme juridique peut être réappropriée, réinterprétée, et intégrée dans un rituel qui n'a de juridique que le nom que les juristes tiennent à lui donner 40. De même, l'ordre légal peut voir se développer dans son sein des sous- ou des péri-normativités, développant des logiques propres sous l'enveloppe formelle du droit. C'est par exemple ce qui est arrivé au monde associatif à partir du 19<sup>e</sup> siècle: sous l'ombrelle des procédures d'incorporation pourront se développer toute une série de pratiques réglementaires attachées à une multitude de groupements dans la société civile<sup>41</sup>.

Sous un autre angle, on peut aussi voir la norme, une fois appliquée, transformer la réalité qu'elle veut réguler, comme si le droit, une fois en opération, impulsait de nouveaux rapports sociaux qui le transcendent et parfois le débordent. La définition éminemment variable de l'illégalité en est évidemment l'exemple le plus patent, d'abord dans la mesure où le droit se présente ici comme une des formes pétrifiée de la morale (par exemple dans les campagnes de criminalisation de

<sup>40</sup> On en trouve un bel exemple dans Jean-Philippe GARNEAU, op.cit.

Jean-Marie FECTEAU, « État et associationnisme au 19° siècle québécois. Éléments pour une problématique des rapports État/société dans la transition au capitalisme », dans A. GREER et al. RADFORTH (eds.), *Colonial Leviathan. State Formation in Mid-Nineteenth-Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, pp. 134-162; Jean-Marie FECTEAU, « Du droit d'association au droit social : essai sur la crise du droit libéral et l'émergence d'une alternative pluraliste à la norme étatique (1850-1930) », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 12, n° 2, automne 1997, pp. 143-157.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

comportements proscrits<sup>42</sup>), mais aussi parce que la norme nouvelle modifie les rapports sociaux en se diffusant dans la société civile, mettant en place un ensemble neuf de relations qui la confirment et la déforment à la fois (un phénomène déjà analysé par Foucault<sup>43</sup> en ce qui concerne l'apparition de la criminalité moderne). C'est ainsi que le droit nouveau est à la source du développement des appareils de maintien de l'ordre sur les comportements populaires, transformant ainsi à jamais le visage de la répression. Ici, le droit devient moins un appareil de normalisation qu'un vecteur de changement social, dont l'impact ne peut être saisi qu'en conjonction étroite avec l'étude des rapports complexes entre l'autorité étatique et les classes populaires<sup>44</sup>.

Le droit se déconstruit en s'appliquant, et la problématique théorie/ pratique ne fait qu'écumer, bien en surface, le fascinant phénomène de la création/dissolution de la norme au frottement de la réalité sociale. Mais pour penser ce phénomène, pour en saisir à la fois toute la complexité et la richesse, il nous faut aussi penser le rapport du droit avec le **temps**.

#### 3. En diachronie : le droit à l'épreuve du temps

En effet, le droit est une des manifestations les plus remarquables du rapport des sociétés avec le temps, c'est à dire au changement. Que ce soit sous l'angle de la mutation des régimes juridiques ou sous celui de la répétitivité fondamentale de la norme<sup>45</sup>, le droit induit un rapport

Voir par exemple les campagnes de moralisation au Canada et leurs tentatives d'influer sur le Code criminel canadien: André CELLARD et Gérald PELLETIER, « Le Code criminel canadien, 1892-1927 : étude des acteurs sociaux », *Canadian Historical Review*, vol. 79, n° 2, juin 1998, pp. 261-303.

<sup>43</sup> Michel FOUCAULT, Surveiller et punir. Naissance de la prison, Paris, Gallimard, 1975.

Pour de belles illustrations québécoises, Martin DUFRESNE, La justice pénale et la définition du crime à Québec, 1830-1860, thèse de doctorat, Histoire, Université d'Ottawa, 1997 et Daniel DICAIRE, Police et société à Montréal au milieu du 19<sup>e</sup> siècle, Mémoire de maîtrise, Histoire, Université du Québec à Montréal, 1999.

<sup>45 «</sup> Par nature, le droit dépend de son application répétée. Il suppose un minimum de formalisation, de régularité dépassant les cas particuliers [...]. L'unité de mesure temporelle du droit (de n'importe quel droit) repose sur la répétabilité

particulier au temps, voire une façon de le retenir... Cette inscription de la normativité dans le temps donne d'ailleurs à l'univers juridique sa dimension **politique**.

Le droit est politique, dès l'abord, ne serait-ce que dans la mesure où il est produit par les représentants que la société se donne (ou par les maîtres qu'elle subit), parce qu'il est administré par un appareil public ou parce qu'il s'adresse à tous les citoyens d'un espace politique donné. Mais il est politique, encore plus fondamentalement, parce qu'il exprime la volonté de **durer** d'une collectivité humaine donnée, et les caractères et conditions de cette durée. La loi, la norme, la convention, l'institution constituent cette utopie nécessaire qui consiste à vouloir arrêter le temps, ou du moins contrôler un tant soit peu son cours, canaliser son écoulement, prévoir au mieux les occurrences futures d'un réel en perpétuel glissement.

L'ordre juridique moderne n'est qu'une modalité, éminemment fragile, de cet impératif temporel. Le droit est une formidable machine de « réduction par ajustement de la nouveauté », pour reprendre la belle expression de l'historien Bernard Lepetit<sup>46</sup>, un processus qui se situe au cœur de la reproduction sociale. Les sociétés contemporaines ont appris à appuyer leur existence et leur capacité de durer sur la forme juridique. Toute une série de mécanismes de contrôle du temps ont été mis en permettant cet « ajustement » nécessaire: d'amendement, adoption de lois-cadre facilitant les modifications par voie réglementaire, intégration des cas particuliers dans la norme par jurisprudence, établissement la institutionnelles indépendantes de l'espérance de vie de leurs membres par l'incorporation, détermination de séquences temporelles fixes

structurelle »; Reinhart KOSELLECK, « Histoire, droit, justice », *L'expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 161-180.

<sup>«</sup> Le détachement des objets du moment de leur élaboration n'a pas seulement pour résultat, par un effet presque mécanique, d'accroître la stabilité des normes. Parce qu'elles résistent à la disparition et au renouvellement des circonstances et des personnes qui les ont instituées, elles perdent leur signification initiale et contribuent à rendre la convention opaque pour ceux qui y participent. Le poids du passé devient d'autant plus extrême qu'il tire sa force de son oubli », Bernard LEPETIT, « Le présent de l'histoire », Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale, Paris, Albin Michel, 1995, pp. 282.

permettant des révisions ponctuelles mais systématiques des normes et du personnel qui les gère (élections périodiques, refontes statutaires), mises à jour fondamentales de pans entiers du système normatif (codification<sup>47</sup>). Le droit est une vaste gageure sur le temps, toujours perdue, toujours reprise<sup>48</sup>.

Certes, les luttes sociales, les contradictions internes aux divers modes de régulation sociale représentent de redoutables défis à tous les efforts d'objectivation et d'autonomisation du droit. Mais c'est le **temps** qui met ces contradictions en mouvement, modifie l'espace d'expérience comme l'horizon d'attente des protagonistes et fait que, ici encore, entre la lettre de la loi et la vie sociale, il faut moins parler d'« écart » que de mondes différents, l'un tenant à ce que l'on veut garder ou promouvoir, l'autre au contexte prévisible ou fortuit dans lequel viendra se dissoudre cette intention.

C'est de cette mouvance du réel, et du destin que la norme y subit, dont l'histoire du droit doit parler aussi. Cette histoire, non contente de poser la question des modalités ponctuelles de production, d'application et de modification du droit, doit interroger les conditions structurelles de ses mutations comme les limites de son efficience normative à travers le temps.

Une des apories fondamentales de l'histoire du droit est que sa réussite et sa pertinence heuristique dépendent de sa capacité d'abolir son objet pour mieux en saisir les contours, donc les limites...

<sup>47</sup> La codification est aussi un moyen de prétendre nier le temps en se donnant comme une fin, un symbole immuable auquel on se réfère. Est-ce la raison pour laquelle les travaux historiques systématiques sur l'évolution du droit après les codifications, surtout en droit civil, sont si rares, notamment au Québec?

Une gageure où le futur peut aussi être pris en otage et servir de prétexte aux injustices du présent : « L'avenir devient la grande excuse pour tous les maux de la nouvelle société, la grande excuse de la société pour le fait que ce qui lui sert de droit, c'est elle qui le produit, en le façonnant par le calcul de ses intérêts propres, voire en ne réagissant, petit à petit, qu'à des problèmes qu'elle a ellemême suscités », Niklas LUHMANN, « La troisième question. Le droit, l'histoire du droit et le recours au paradoxe », Le Débat, n° 74, mars-avril 1993, pp. 102.

# Le « regard oblique » du sociologue sur le droit

# Guy ROCHER\*

I.	Quelques caractéristiques du « regard oblique »	59
II.	Les sources de la sociologie du droit	61
	A. Le positivisme	61
	B. La phénoménologie	63
	C. L'actionnalisme institutionnaliste	64
III.	Le pluralisme juridique	65
	A. Le systémisme	66
	B. Le constructivisme	68
	C. La critique	69
III.	. Un « regard oblique » à travers des « regards obliques »	69
Co	nclusion	72

<sup>\*</sup> Professeur de sociologie au Département de sociologie et chercheur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

Le dictionnaire Robert définit le « regard oblique » en disant que c'est le regard « de quelqu'un qui ne regarde pas droit, en face ». Et ce même dictionnaire ajoute un exemple tiré de Balzac: « Un de ces regards obliques pleins de finesse et de ruse ». Je n'oserai certainement pas dire que le regard oblique du sociologue sur le droit est plein de finesse et de ruse! Si j'ai eu recours à cette expression imagée dans le titre de cette conférence, c'est plutôt pour clarifier dès le départ la différence entre le regard du sociologue sur le droit et celui du juriste. Ce dernier regarde le droit dans les yeux : il cherche à savoir ce qu'il dit, c'est-à-dire ce qu'il permet ou défend, ce qu'il enlève ou donne, ce qu'il autorise, impose ou prohibe. Le sociologue, quant à lui, regarde avant tout « l'environnement » du droit : comment, par qui, et pour qui il a été voulu et produit, la signification qu'on lui accorde, l'utilisation qui en est faite, les effets attendus ou imprévus qu'il engendre ou qu'on en tire, les attitudes entretenues ou créées à son endroit, les rapports ente le droit et les autres normativités. Le regard du sociologue glisse en quelque sorte sur le droit, pour « obliquer » vers les contextes sociaux, économiques, politiques, culturels dans lesquels il prend naissance et en rapport avec lesquels il agit.

#### I. Quelques caractéristiques du « regard oblique »

Ce « regard oblique » du sociologue sur le droit présente en conséquence certains traits caractéristiques, qui en font un « regard de l'autre...». En tout premier lieu, ce regard n'est pas normatif. Le droit est, par sa nature même, dans son essence, un discours normatif. Il dit ce qui doit être, ce qu'il faut faire ou ne pas faire, et parfois comment le faire, et prévoit la sanction positive ou négative des actions permises, imposées ou prohibées. La sociologie, quant à elle, fait partie des disciplines empirico-inductives : elle cherche à comprendre, interpréter et expliquer la réalité telle qu'elle apparaît aux yeux de l'observateur. En soi, la sociologie n'a pas d'intention évaluative, elle ne porte que des jugements de fait (ce qui est) sans jugement de valeur (ce qui doit être). Dans cette perspective, le droit est vu et reconnu par le sociologue comme un fait de société. Et ce qui permet de le construire épistémologiquement et méthodologiquement comme un fait de société, c'est que toute expression ou tout discours juridique appartient à un

« environnement » avec lequel il entretient de multiples et diverses interrelations, que le sociologue s'emploie à observer et à expliquer le mieux possible. Le droit, réalité normative, est donc regardé et d'une certaine manière reconstruit par le sociologue sur le mode empiricoinductif, c'est-à-dire d'une manière non normative.

En second lieu, il faut rappeler que le sociologue s'intéresse à la diversité des phénomènes et institutions qui composent ce qu'on désigne par le terme général de « la société ». Celle-ci, dans sa totalité et dans ses parties, est donc l'objet d'étude du sociologue. Dans cette perspective, le droit apparaît au sociologue, du moins pour une de ses « fonctions » sociales, comme faisant partie des différents appareils et instances de la régulation sociale, c'est-à-dire de la production et de l'action des multiples règles qui régissent ou prétendent régir la conduite des individus, des groupes, des institutions. Dans ce vaste ensemble régulatoire qui contribue à l'ordonnancement et à la gouverne des relations sociales, le droit est analysé par le sociologue comme un des agents de construction de « l'ordre social » tout autant qu'un des facteurs, positif ou négatif, du changement social. À ce titre, le droit entretient des rapports de convergence et de divergence avec les autres normativités, que celles-ci soient éthiques, déontologiques, professionnelles, administratives, techniques ou protocolaires. L'action normative du droit s'inscrit dans ce vaste complexe régulatoire, dans une perspective d'internormativité.

En troisième lieu, la société qu'observe et interprète le sociologue est généralement celle de la modernité, c'est-à-dire des sociétés contemporaines issues de la révolution industrielle et des suites du Siècle des Lumières. L'anthropologie, entendue comme une des disciplines des sciences sociales, s'est en général spécialisée dans l'étude des sociétés dites traditionnelles, non industrielles. Le droit auquel s'intéresse le sociologue est celui des sociétés urbanisées et industrielles modernes, ou post-modernes si l'on veut, chez lesquelles s'observe un droit très élaboré, hautement institutionnalisé, solidement professionnalisé et enté sur l'État.

Enfin, le « regard oblique » du sociologue est guidé et encadré par à la fois un besoin et une volonté de théorisation. J'entends par là que ce regard n'est pas nu, il porte des vêtements; il est vêtu de concepts et de

théories qui orientent sa vision du droit et de son « environnement ». Comme l'intention de la sociologie en est une d'intelligibilité, c'est-àdire qu'elle est porteuse du projet intellectuel qui consiste à proposer des explications susceptibles d'apporter une nouvelle perception, singulière et signifiante, sur le monde social qu'elle observe, de rendre donc celuici un peu plus et un peu autrement intelligible, il faut à cette fin qu'elle soit dotée d'un appareil intellectuel qui aille au-delà du sens commun, qui permette un regard du second degré. Le droit et son environnement sont des faits sociologiques, mais qui sont appréhendés par le sociologue par et à travers une grille conceptuelle et théorique destinée à en dégager une signification particulière. Le « regard oblique » n'est donc pas amorphe, il est vitalisé par l'appareil conceptuel et théorique qui sert à l'orienter vers les aspects signifiants de la réalité et à en dégager des interprétations qui feront sens. Du même coup, le sociologue chercheur peut espérer contribuer en retour à l'enrichissement du cadre conceptuel et théorique qu'il utilise.

#### II. Les sources de la sociologie du droit

Ce « regard de l'autre... » du sociologue sur le droit, pour être celui que je viens de rapidement esquisser, a dû puiser à des sources intellectuelles diverses, auxquelles il faut remonter pour comprendre sa singularité. Je rappellerai sept de ces sources.

#### A. Le positivisme

Parmi toutes ces sources, le **positivisme** tient à mon avis la première place, à tout le moins d'un point de vue historique. Je réfère ici à l'épistémologie et à la méthodologie qui est à l'origine de la science moderne et de la culture scientifique contemporaine. Ces dernières ont émergé et évolué grâce au travail créateur et innovateur des penseurs et des chercheurs qui ont proposé et tenté d'expliquer les faits par l'observation de la réalité, à l'encontre des explications mythologiques, magiques, théologiques ou exclusivement philosophiques. Le positivisme a représenté une immense révolution intellectuelle, qui a sans doute pu puiser dans la philosophie aristotélicienne et dans la science arabe médiévale, et qui fut plus particulièrement illustrée en Occident par Francis Bacon (son *Novum Organum*), Machiavel (*Le Prince*), Descartes

(Discours de la méthode), Claude Bernard (Introduction à l'étude de la médecine expérimentale) et Auguste Comte (Cours de philosophie positive). C'est ce dernier qui a nommé et systématisé le positivisme.

La méthode scientifique positiviste qui s'est progressivement développée depuis Francis Bacon jusqu'à Claude Bernard a permis l'explosion des sciences de la nature et des sciences physiques, surtout à partir du 17° et du 18° siècle. Elle s'est introduite plus tardivement dans les sciences humaines et sociales, vers la fin du 19° siècle et au début du 20°. Ce fut alors l'occasion d'un très vif débat entre les tenants d'un transfert pur et simple de la méthode scientifique depuis les sciences de la nature vers les sciences humaines, les opposants à un tel emprunt et ceux qui proposaient d'adapter la méthode scientifique à l'objet des sciences humaines. Intense surtout en Allemagne, ce débat est connu sous le nom de la *Methodenstreit* (conflit de la méthode).

La sociologie a vu le jour sous l'influence de la poussée du positivisme scientifique vers les sciences humaines. Auguste Comte ouvrit cette voie dès le milieu du 19<sup>e</sup> siècle et Emile Durkheim s'inspira de sa philosophie pour produire et établir la première grande œuvre sociologique en langue française. Mais on peut dire que la sociologie du droit avait précédé la sociologie générale, avec la parution en 1748 de l'*Esprit des lois*, où Montesquieu recourait à la méthode scientifique pour expliquer le droit par ses rapports à son environnement tant physique qu'humain et social.

Le positivisme n'a pas bonne presse dans les sciences sociales et humaines. On entend rarement un sociologue, un anthropologue, un historien, faire profession d'adhésion au positivisme. Pourtant, il faut le reconnaître, le positivisme a été le berceau de la sociologie et de la sociologie du droit. Et il en demeure toujours le milieu intellectuel d'inspiration, même quand on le rejette l. En ce qui concerne précisément « le regard de l'autre... » sur le droit, c'est lui, le positivisme, qui est à la source de la différence fondamentale entre la posture épistémologique d'une sociologie empirico-inductive et le discours essentiellement normativiste du droit.

<sup>1</sup> Voir notamment Positivism and Sociology, sous la direction et avec une Introduction de Anthony Giddens, Londres, Heinemann, 1974.

#### B. La phénoménologie

Il existe une certaine sociologie qui se veut exclusivement et intégralement positiviste. Il en va de même pour une sociologie du droit. Cette dernière est particulièrement représentée par l'œuvre de l'étatsunien Donald Black<sup>2</sup>. Mais le positivisme en sociologie est plus généralement complété par l'influence que la phénoménologie a exercée sur elle. Celle-ci a eu, parmi ses effets, celui de rendre les faits sociaux intelligibles « de l'intérieur », c'est-à-dire en mettant l'accent sur les acteurs et leur subjectivité, et plus précisément sur leur motivation, leur conscientisation, les significations qu'ils accordent à leur action et à celle des autres, les intérêts qu'ils poursuivent et les valeurs auxquelles ils adhèrent. En ce qui concerne le droit, ce qui en fait un phénomène social auquel s'intéresse le sociologue, c'est l'ensemble des rapports que les acteurs entretiennent avec lui, à travers les représentations qu'ils s'en font, les attitudes qu'ils ont à son égard, les préjugés et les stéréotypes qu'ils portent à son sujet. Dans la perspective de la phénoménologie, le point de départ et le point d'arrivée d'une sociologie du droit, ce sont les acteurs.

C'est principalement par l'intermédiaire de Max Weber que la phénoménologie a pénétré la sociologie et principalement la sociologie du droit. On sait l'influence qu'a exercée sur cette dernière une importante partie de l'œuvre de Weber. On lui doit d'avoir opérationnalisé la phénoménologie par la traduction qu'il en a faite dans la méthodologie d'une « sociologie compréhensive », qui consiste pour le chercheur à tenter de se mettre à la place des acteurs observés et d'interpréter leurs actions de l'intérieur. (C'est le sens du verbe allemand *Verstehen*, utilisé par Weber pour parler de la *Verstehende Soziologie*). D'où l'importance que prend chez Weber, dans ses « concepts fondamentaux de la sociologie », le « sens subjectif » que les acteurs accordent à leur action et à celle des autres, en tant que fondement de sa sociologie.

C'est dans cette perspective axée sur les acteurs que la sociologie du droit porte une attention spéciale, héritée de Weber, aux

<sup>2</sup> The Behavior of Law, New York, Londres, Academic Press, 1976.

professionnels du droit et à leurs rapports au droit, que ceux-ci soient les juges, les avocats, notaires, policiers, médiateurs et autres. La même attention doit être accordée au citoyen qui recourt au droit, ou qui est touché par le droit, pour des fins infiniment variables. Enfin, les acteurs collectifs —tels les groupes d'intérêt, groupes de pression— entrent aussi, bien sûr, dans une « sociologie compréhensive » du droit, car ils peuvent eux aussi être soumis à l'analyse du « sens » que chacun d'eux donne à son action et à celle d'autres groupes.

#### C. L'actionnalisme institutionnaliste

Ces acteurs —individuels et collectifs— ne sont pas des atomes à l'état libre. Ils sont tous, ou presque tous, insérés dans des groupements, des cadres, des structures sociales, des institutions. Et leurs actions, et le sens que les acteurs eux-mêmes leur infusent, sont en partie sinon entièrement colorés par leur appartenance à ces structures. Nous remontons ici à une troisième source d'inspiration de notre sociologie, que j'appelle l'actionnalisme institutionnaliste. Nous la devons, cette troisième source, principalement à Talcott Parsons. On a dit de sa théorie sociologique qu'elle était un structuro-fonctionnalisme, expression qui est restée attachée à son œuvre. Mais en réalité, à mes yeux du moins, la sociologie de Parsons appartient avant tout à la lignée de Weber et à sa définition de l'action sociale: c'est en ce sens qu'elle est « actionnaliste ». Mais c'est un actionnalisme ancré dans une attention aux institutions où l'action humaine se situe, dont elle dépend et qu'elle contribue à construire, reproduire et déconstruire. Les acteurs sont donc à la fois les créatures et les créateurs des institutions auxquelles ils appartiennent. Et le droit apparaît aisément, en particulier dans les sociétés modernes, comme un des facteurs —ou un des agents— utilisé pour créer et entretenir l'architecture de ces institutions, que celles-ci soient la famille, le milieu de travail, le système d'enseignement ou de santé, les activités sportives et de loisir, ou toute autre.

L'institution est donc un mode dominant de régulation de la vie sociale et collective des acteurs. On peut dire d'elle qu'elle est un « ordre de vie » régulé, reprenant une expression chère à Max Weber. Et c'est en ce sens que l'on peut identifier un ordre juridique dans presque toute institution, qui contribue à la construire et reconstruire, la distingue

d'autres institutions, participe à l'élaboration et à l'entretien de sa culture propre tout autant qu'à son fonctionnement et à sa gouverne.

#### III. Le pluralisme juridique

L'évocation des ordres juridiques attachés aux diverses institutions ouvre logiquement la voie à la quatrième source de la sociologie du droit, celle du pluralisme juridique. En effet, dans la perspective institutionnaliste, le droit n'est pas le fait que de l'État : il se retrouve dans la grande diversité des institutions qui forment le tissu de la société. Bien évidemment, le droit de l'État, dont l'empire s'est immensément étendu sur et dans la vie civile des sociétés modernes, est une référence obligée dans presque toutes les institutions. Mais on y trouve aussi généralement une autre forme de droit, entendu dans un sens élargi, un droit non étatique, instaurant dans l'institution une forme de normativité explicite, contraignante, produite et interprétée par des acteurs de l'institution, aussi efficace, sinon plus, que le droit positif de l'État. C'est, en tout cas, ainsi que j'ai pour ma part défini un « ordre juridique » non étatique, présentant les mêmes traits et le même mode d'efficacité normativante que le droit étatique<sup>3</sup>. Dans la société moderne, l'ordonnancement social et la gouvernance dépendent pour une large part de l'existence effective de ces ordres juridiques non étatiques au sein des institutions.

L'idée du pluralisme juridique est peut-être venue, tout naturellement, aux anthropologues du droit, quand ils ont entrepris d'observer les diverses formes d'actions et d'institutions ayant un caractère et une efficacité « juridiques » dans les sociétés traditionnelles, mais sans qu'elles n'appartiennent à la définition du droit étatique telle qu'elle est entretenue par l'État et les juristes dans les sociétés industrielles avancées. On en trouve l'expression notamment chez Norbert Rouland<sup>4</sup> et Etienne Le Roy<sup>5</sup>.

<sup>3 «</sup> Pour une sociologie des ordres juridiques », dans Guy ROCHER, Études de sociologie du droit et de l'éthique, Les Éditions Thémis, 1996, chapitre 7.

<sup>4</sup> Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988.

We Pour une anthropologie du droit », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 1, 1978, p. 71-100.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

En sociologie du droit, la théorie et la méthodologie pluraliste ont été tout particulièrement développées au Québec. On le doit surtout à nos collègues Jean-Guy Belley et Roderick Macdonald. Le premier en a fait l'axe central de la thèse doctorale qu'il a soutenue à l'Université de Paris. Le second lui a donné une coloration que l'on peut peut-être appeler « personnaliste ». L'un et l'autre ont contribué à clarifier et diffuser la perspective pluraliste dans bon nombre de leurs écrits, entre autres dans les articles parus dans le numéro spécial sur le droit de la revue Sociologie et sociétés<sup>6</sup>, et par leurs chapitres dans l'ouvrage Théorie et émergence du droit<sup>7</sup>. Ils ont ainsi établi et enrichi la valeur théorisante du pluralisme pour la sociologie du droit.

### A. Le systémisme

Le besoin de théorisation en sociologie du droit va cependant plus loin. Je considère pour ma part que le **systémisme** ouvre d'autres voies complémentaires. C'est à Talcott Parsons qu'on doit d'avoir le premier proposé une théorie générale du « système social » 8, en montrant comment la société et ses composantes peuvent être analysées comme des systèmes sociaux. La thèse parsonienne a été reprise et poussée à un niveau d'abstraction plus élevé et plus radical par le juriste sociologue allemand Niklas Luhmann dans l'ensemble de son œuvre 9.

Nous inspirant de ces auteurs, l'on peut dire que tout ordre juridique peut être analysé comme un système social. Ou peut-être mieux encore, selon la perspective de Luhmann, tout ordre juridique est un système social. C'est ce qui permet à ce dernier de concevoir le droit des sociétés modernes comme étant paradoxalement à la fois totalement fermé sur lui-même et totalement ouvert sur son environnement. Le droit

<sup>6</sup> Sociologie et sociétés, 1986, vol. XVIII, nº 1, 19.

<sup>7</sup> Andrée LAJOIE et al. (directeurs), Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité, Montréal, Les Éditions Thémis/Bruxelles, Éd. Émile Bruylant, 1998.

<sup>8</sup> The Social System, Glencoe, Ill., Free Press, 1951.

<sup>9</sup> Law as a Social System, trad. par Klaus A. Ziegert, Oxford, Toronto, Oxford University Press, 2004.

moderne est totalement fermé en ce qu'il est doté d'une logique et d'une rationalité propres, qui en définissent l'identité et la spécificité. Dans la société moderne, n'est juridique que ce que le droit lui-même reconnaît comme tel et intègre à son système normatif. La frontière entre le droit et le non-droit est déterminée et défendue par le droit, c'est-à-dire par ceux qui parlent en son nom et qui se font reconnaître professionnellement comme locuteurs du droit. Pour exister et faire reconnaître et accepter son existence au sein des différentes normativités, le droit a absolument besoin de cette fermeture sur lui-même. On retrouve ici la thèse élaborée notamment par Gunther Teubner sur ce qu'il a appelé « l'autopoièse » du droit, c'est-à-dire sa capacité à « l'auto-référence » et à l'auto-reproduction 10.

Mais en même temps, le droit est totalement ouvert sur son environnement social. Il subit sans arrêt, à ses frontières, ce que Luhmann appelle des « irritants ». Il est confronté à des situations, des exigences, des contraintes de la part des autres systèmes sociaux, économiques, politiques, culturels. Il subit l'influence d'autres ordres normatifs, que ceux-ci soient moraux, religieux, administratifs, professionnels ou autres. Le système juridique peut décider de repousser ces éléments étrangers et les maintenir à l'extérieur de ses frontières, ou il peut décider de les absorber et de les intégrer dans son discours particulier en les juridicisant.

Sans aller ici plus loin dans la théorisation hautement et volontairement abstraite de Luhmann (qui considère que le sociologie a besoin d'une théorie complexe, c'est-à-dire à ses yeux abstraite), je veux seulement souligner que la perspective systémique inspirée de l'œuvre très riche de Luhmann ouvre de multiples voies d'analyse à la fois de la dynamique interne du système juridique en tant que système fermé et de ses rapports multiples et complexes avec son environnement sociétal, en tant que système ouvert.

<sup>10</sup> Le droit : un système autopoïétique, trad. par Gaby Maier et Nathalie Boucquey, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

#### B. Le constructivisme

À un niveau moins élevé d'abstraction et de complexité, le constructivisme apporte à son tour une source de théorisation particulièrement utile et opportune en droit. Peter Berger et Thomas Luckmann sont généralement considérés comme ceux qui, en sociologie, vue<sup>11</sup>. systématisé opérationnalisé point de ont ce L'ethnométhodologie élaborée par Arnold Garfinkel y a aussi contribué. Le constructivisme est également un dérivé de la phénoménologie présentée plus haut, notamment par suite de l'influence qu'ont exercée sur la sociologie à travers ces sociologues, les philosophes allemands Husserl, Heidegger, Jaspers, Schutz.

En ce qui a trait au droit, l'approche constructiviste lui convient particulièrement bien. Détaché du droit naturel et de tout droit « révélé », le droit positif apparaît essentiellement comme une construction humaine et sociale. Les acteurs individuels et collectifs en sont les architectes et les bâtisseurs, en même temps qu'ils habitent les ordres juridiques édifiés et entretenus par eux.

En sociologie du droit, le constructivisme oriente notre attention vers les moments de la production et de la reproduction de toutes les formes de droit. Du même coup, l'attention est portée aux différents pouvoirs qui contribuent à « l'engendrement » du droit, à la hiérarchie de ces pouvoirs et à leur dynamique. Les liens entre droit et pouvoir passent par cette voie. Le constructivisme ouvre également une voie vers l'analyse de la socialisation au droit, de l'apprentissage des normes et institutions juridiques et des attitudes à leur endroit qui contribuent à la constante reproduction du droit. On rejoint de la sorte la notion d'une « culture juridique profane », celle que porte tout citoyen qui n'est pas un professionnel du droit. Pierre Noreau a bien montré, dans ses recherches empiriques, la pluralité de cette culture juridique profane, en particulier selon les niveaux d'éducation et les strates socioéconomiques 12.

<sup>11</sup> The Social Construction of Reality: A Treatrise on the Sociology of Knowledge, New York, Anchor, 1966.

<sup>«</sup> La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », Les Cahiers de droit, vol. 38, n° 4, décembre 1997, pp. 741-768

# C. La critique

Enfin, qu'elle le fasse consciemment ou implicitement, la sociologie ne peut échapper à une posture critique. Le seul fait de dire comment sont les choses peut parfois en être une dénonciation tacite. Mais un vaste courant sciemment critique traverse l'histoire de la sociologie et sa pratique contemporaine. Ce courant est bien représenté au sein de la sociologie du droit : il a ses lettres de noblesse, si l'on peut dire. Dans l'Utopie de Thomas More (1516), la première partie est consacrée à une critique percutante des institutions politiques, juridiques et judiciaires de la société anglaise (et française) de son temps. De l'esprit des lois de Montesquieu prend bien place ici, ce qui a valu à son auteur les dénonciations qu'il a subies. Le vaste courant marxiste et socialiste, dans ses différentes expressions, est évidemment l'archétype d'une analyse critique d'un droit de classe, expression des intérêts de la classe bourgeoise dominante, dans les sociétés capitalistes modernes. C'est dans cette lignée que s'est constituée une école critique du droit, connue aux États-Unis sous l'appellation des « Critical Legal Studies » (les CLS), dont les divers représentants sont inégalement marxisants. Dans la sociologie du droit française, Michel Miaille est le principal représentant de cette sociologie critique du droit<sup>13</sup>. C'est dans ce mouvement de pensée que la sociologie féministe du droit a puisé, pour devenir sans doute la plus éclairée, la plus militante et la plus efficace des sociologies critiques du droit. Élargissant cette perspective critique féministe à l'ensemble des droits des minorités, Andrée Lajoie, s'inspirant au surplus avec succès de l'herméneutique, a bien décodé le poids des idéologies dominantes dans les décisions de la Cour suprême du Canada 14.

# III. Un « regard oblique » à travers des « regards obliques »

Si j'ai présenté ce que je considère être les principales « sources » de la sociologie du droit, c'est qu'on y trouve la pensée des différentes « écoles » qui composent le paysage de la sociologie du droit d'aujourd'hui. Celle-ci, comme la sociologie elle-même, est traversée de

<sup>13</sup> Une introduction critique au droit, Paris, François Maspero, 1976.

<sup>14</sup> Jugements de valeurs, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

courants intellectuels variés, puisant à diverses traditions de pensée dont l'origine se trouve généralement en philosophie. Dans la sociologie du droit, ces courants de pensée prennent une coloration particulière et spécifique. Ainsi, le positivisme scientifique se retrouve dans une lumière singulière à travers le positivisme juridique. Le constructivisme sociologique, pour sa part, trouve une application singulièrement vivante lorsqu'il est appliqué au droit en tant que construit social. Quant au courant critique de la sociologie, il n'a peut-être jamais été aussi bien mis en œuvre que dans l'école étatsunienne du *Critical Legal Studies* et la sociologie féministe critique du droit.

Il résulte de ceci qu'il aurait peut-être fallu modifier le titre de cette conférence et annoncer la pluralité des « regards obliques » du sociologue sur le droit plutôt que son unicité. Pourtant, le titre peut demeurer au singulier puisque l'on peut dégager, au-delà des variations introduites par ces écoles, une vision commune des sociologues sur le droit, un même « regard oblique », partagé par à peu près l'ensemble des sociologues du droit, quelle que soit la langue dans laquelle ils s'expriment et « l'école » à laquelle on appartient. Ce même « regard oblique » de la sociologie peut être ramené à quelques propositions.

1<sup>er</sup> En soi, le droit est une coquille vide. Sans doute peut-on dire que le droit, de par sa nature, porte une intention de régulation ou d'ordonnancement des relations humaines dans un ensemble social, et donc une intention d'ordre social. Mais je dirais que c'est précisément cette seule intention qui forme la coquille du droit. À l'intérieur de cette coquille, on peut tout mettre et l'histoire du droit nous enseigne qu'on y a tout mis. Toutes les intentions, tous les projets, toutes les valeurs, toutes les idéologies peuvent meubler le droit, peuvent le mobiliser à leurs fins. Le droit peut avoir aussi bien l'intention de transformer en profondeur l'ordre établi —comme ce fut le cas du droit qui a suivi la révolution bolchévique — que de maintenir et reproduire l'ordre social établi. On peut instiller dans le droit des valeurs religieuses ou des valeurs profanes, des fins politiques ou des objectifs économiques, une idéologie communautariste ou une autre qui soit individualiste, une inspiration nationaliste ou une conception universaliste. Et chaque droit peut mêler ces différentes intentions dans des proportions variables et selon diverses pondérations.

2º En conséquence de ce qui précède, la sociologie s'intéresse avant tout et surtout au « droit vivant », c'est-à-dire au droit écrit dans la mesure où il devient l'objet d'étude de sa production, de son implantation, de son effectivité instrumentale et/ou symbolique, des rapports de pouvoir qui le font ce qu'il est et qui entourent son action. En lui-même, le droit écrit (qu'il s'agisse d'une loi, d'un règlement, d'un contrat) est amorphe, il est inactif et sans efficacité. Il prend vie quand des acteurs y recourent, l'utilisent, le mobilisent, le contestent. Et ce sont les multiples manières dont il est utilisé, par qui et à quelles fins, qui attirent et retiennent le « regard oblique » du sociologue et deviennent son principal sujet d'observation. C'est à travers et par ces actions que l'on peut avec raison dire du droit qu'il est un construit, humain et social, que ce soit par l'action de professionnels du droit (juges, avocats, notaires, policiers), d'un législateur à quelque niveau d'autorité que ce soit, de contractants, de groupes de citoyens qui mobilisent le droit dans la poursuite d'intérêts matériels ou idéels.

3º Le droit vivant est évidemment en rapport avec le droit écrit. Mais ce rapport est complexe, il n'est pas linéaire, c'est-à-dire qu'il peut comporter bien des surprises. L'usage qui en est fait par différents acteurs peut être bien différent de ce que l'auteur du droit (un législateur, un juge, un contractant) avait prévu et imaginé. Les effets qu'entraînent un droit écrit peuvent être imprévus, s'éloigner de ce que leur acteur en attendait, en espérait ou en craignait. Bref, il existe souvent un écart plus ou moins notable entre le droit écrit et le droit en action. C'est là un fait bien connu de tous les professionnels du droit. Ces écarts sont d'ailleurs souvent le produit volontaire et consciemment recherché de leur intervention. Ce qui intéresse cependant le sociologue, ce sont les raisons, les motivations, les intérêts, les idéologies, les valeurs qui jouent comme facteurs et comme variables dans la production, le maintien et l'évolution de ces écarts. Il ne s'agit plus que de constater les écarts, mais de chercher les explications qu'on peut leur apporter, explications qui ne sont pas nécessairement celles qu'en donnent les acteurs pour justifier à leurs yeux les écarts recherchés, acceptés ou subis.

4<sup>e</sup> Aux yeux du sociologue, le droit écrit et le droit vivant forment à leur tour un « regard oblique » sur la société et ses membres. Le droit écrit est porteur d'une certaine vision, la sienne propre sur la réalité sociale. Les professionnels du droit ont une manière singulière de

regarder les situations et les actions, à travers le prisme de leur formation et de leur expérience professionnelle. C'est en se référant à ce « regard oblique » particulier que l'on peut parler de l'idéologie dominante qui traverse un droit écrit et de l'idéologie commune à la profession et aux professionnels du droit. Le « regard oblique » du sociologue sur le droit vivant en est donc un du second degré : le « regard oblique » du droit et des juristes peut ou doit faire partie de son objet d'étude sur le droit, comme variable dépendante ou comme variable indépendante, selon l'objet d'étude, comme facteur causal ou comme effet, comme déterminé ou conditionné ou comme déterminant ou conditionnant.

5<sup>e</sup> Le droit n'est pas une énigme pour le juriste. Il sait ou croit savoir ce qu'il est, ce que dit le droit, ce qu'il impose ou prohibe et les sanctions applicables. En revanche, le droit est chargé d'énigmes pour le sociologue, énigmes auxquelles il cherche — c'est là tout son travail — à trouver des réponses, des explications au moins plausibles. Pour ne donner que quelques exemples de ces énigmes, citons l'obéissance au droit, un phénomène qui demeure en définitive faiblement expliqué par les recherches qui en ont sondé les divers motifs et facteurs. La légitimité du droit, lorsqu'elle n'est plus appuyée sur un droit divin ou un droit naturel, est essentiellement circulaire et sans fondement : la légitimité du droit repose sur celle de l'État et la légitimité de l'État repose sur le droit. Citons enfin les rapports infiniment complexes du droit et du changement social, qu'il s'agisse de le ralentir, de le bloquer ou de le promouvoir. Et le sociologue croit savoir que ces énigmes ne seront vraisemblablement jamais totalement résolues. Le « droit vivant » comporte essentiellement des zones d'ombre qui en font l'éternel intérêt.

## Conclusion

Je voudrais terminer en exprimant un regret : que les sociologues ne s'intéressent pas plus qu'ils ne le font au droit. Ce sont des juristes qui ont contribué à créer et à sans cesse enrichir la sociologie du droit. On ne peut que leur en être reconnaissants. Mais l'absence des sociologues est un fait trop notoire et trop évident. Je lis depuis ses débuts, il y a 35 ans, la revue étatsunienne intitulée *Contemporary Sociology*. A *Journal of Reviews*. Comme le dit son titre, elle est exclusivement consacrée à des recensions d'ouvrages récemment parus. Chaque numéro comporte une

section portant le titre « Social Control and Law ». On n'y peut lire que des comptes rendus d'ouvrages qui relèvent de la criminologie. Les ouvrages de sociologie du droit n'y trouvent à peu près jamais leur place. Il en va de même pour les *Handbook of Social Theory* ou *Handbook of Sociology*: inutile d'y chercher un chapitre sur la sociologie du droit.

Le silence des sociologues sur le droit, leur auto-exclusion trop générale du champ entraînent pour la sociologie du droit un certain déficit, je dirais plutôt un déficit certain : ils la privent d'un apport de perspectives autres, de nouveaux questionnements, de mises en contexte innovantes, de compléments et d'ajouts au « regard oblique » de la sociologie sur le droit.

Il faut d'autant plus le regretter que le droit offre au « regard de l'autre...» des perspectives presque infinies de découvertes, tout autant pour l'anthropologue, le sociologue, l'économiste, le politologue que pour le philosophe. Il se situe en effet au centre des tensions multiples qu'il engendre et qu'il tente de gérer entre la liberté et la contrainte, l'universalisme et le particularisme, les idéaux et la réalité, le passé, le présent et l'avenir. C'est ce qui fait du droit le fait social qui se prête de la façon la plus prometteuse à tous les « regards obliques » possiblement susceptibles à la fois de révéler les énigmes qu'il porte, de proposer quelques voies de réflexion qu'elles appellent et d'esquisser même quelques réponses plausibles.

# L'anthropologue et le Droit\*

## Juridisme, ethnocentrisme et reproduction des sociétés

# Étienne LE ROY\*\*

I.	L'a	ixiomatique anthropologique d'une approche du droit	80
II.	Le	dialogue avec les juristes : de la confusion à la confrontation	84
	A.	La confusion des démarches du juriste et de l'anthropologue	87
	B.	La spécialisation de certains anthropologues dans les études	
		juridiques	91
	C.	La confrontation autour de l'utilisation du droit dans la société	96
III.	Les	s questions que pose et que se pose l'anthropologue du droit	99
	A.	Les héritages, « sous réserve d'inventaire »	99
	B.	Les questions que pose l'anthropologue au juriste	100
	C.	Les questions que se pose l'anthropologue à propos du droit	103
Réf	éren	nces bibliographiques complémentaires	110

nous expliquerons.

<sup>\*</sup> L'approche adoptée pour cette présentation est une vue cavalière d'une question infiniment complexe et où chaque chercheur peut légitimement tirer des conséquences différentes des phénomènes étudiés. On recourt à la majuscule pour appréhender « le Droit » comme un ensemble abstrait et à la minuscule, le droit, pour décrire son application particulière, comme un système ou un rapport juridiques. Dans nos travaux actuels, ces deux applications réfèrent à une catégorie commune, la juridicité, dont nous

<sup>\*\*</sup> Professeur d'anthropologie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directeur du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (LAJP), directeur du master d'anthropologie du Droit, Université Paris 1.

Dans Le sens pratique, Pierre Bourdieu donne du juridisme une description qui sera ensuite enrichie et qu'il considère comme une espèce de finalisme qui est sans doute la plus répandue de toutes les théories spontanées de la pratique et qui consiste à faire comme si les pratiques avaient pour principe l'obéissance consciente à des règles consciemment élaborées et sanctionnées<sup>1</sup>. Le juridisme sera en particulier cette tendance des ethnologues à décrire le monde social dans le langage de la règle et à faire comme si l'on avait rendu compte des pratiques sociales dès lors qu'on a énoncé une règle explicite selon laquelle elles sont censées être produites<sup>2</sup>.

Cette manière de se prendre pour le « divin législateur », selon une formule de Pierre Legendre, en associant les règles juridiques et scientifiques n'est pas le fait du seul anthropologue. Le fondateur de l'ethnologie juridique en France, Henri Lévi-Bruhl³, en avait fait la base d'un concept fort intéressant, la juristique, par lequel cet historien du très ancien droit romain cherchait à repérer « les lois qui gouvernent les lois » et qui a fait l'objet de commentaires récents⁴. Il existe cependant un risque de confusion que les juristes n'ont pas voulu prendre et quand ils parlent de lois, ce sont des lois « juridiques », l'expression leur paraissant tautologique.

Mais, pour ce qui concerne l'anthropologue, ce risque est amplifié par plusieurs facteurs. D'une part, lorsqu'il travaille sur des terrains exotiques, il reste encore trop souvent seul devant ses « informateurs » et c'est sa parole qui prévaut telle qu'elle est saisie dans le bloc-notes, les

P. BOURDIEU, 1980, Le sens pratique, Paris, Éditions de minuit, p. 68.

P. BOURDIEU, 1986, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre, p. 40.

<sup>3</sup> H. LÉVI-BRUHL, 1955, « La juristique », Aspects sociologiques du droit, Paris, Rivière, p. 32-41.

M. ALLIOT, 2003, « Anthropologie et juristique, sur les conditions d'élaboration d'une science du droit » *Le droit et le service public dans le miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, p. 283-305. É. LE ROY, 1990, « Juristique et anthropologie, un pari sur l'avenir », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 29, p. 5-21. Malgré des dates de publication différentes, ces deux textes ont été écrits parallèlement, durant l'été 1983.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

croquis et les photographies. Sur la longue durée, les recoupements entre informateurs de chercheurs différents sont difficiles et hasardeux et selon le proverbe, « a beau mentir qui vient de loin »<sup>5</sup>.

Par ailleurs, la plupart de ces sociétés monopolisées par l'ethnologue ne connaissaient pas un droit analogue à la conception qu'en ont développée les pays occidentaux depuis deux siècles. De même que Alfred-Reginald Radcliffe-Brown ne pouvait pas, dans ses travaux sur les sociétés aborigènes australiennes<sup>6</sup>, concevoir de société sans un équivalent de l'État, de même en sera-t-il pour le droit : *ubi societas, ibi ius*. Mais quel État et quel Droit? Là est la question qui traversera nécessairement cette communication.

Car, là où le droit apparaît absent, c'est un des « fardeaux de l'homme blanc », au sens de Kipling, de le faire advenir. D'où la collecte des « coutumes », la création d'un « droit coutumier » ou *customary law* et la mobilisation d'anthropologues britanniques au Nigeria pour « trouver les chefs » indispensables à *l'indirect rule* (administration indirecte)<sup>7</sup>.

La relation entre anthropologues et juristes, nécessairement complexe faut-il le souligner vu la diversité des périodes, des terrains, des cultures et des personnalités, est ainsi faite de concurrences et de complicités, de prétendu monopole des uns au savoir scientifique et de récupérations opportunistes des autres. Ni meilleurs ni pires que dans les pratiques voisines, mais chacun ancré dans sa tradition intellectuelle et ses corporatismes, l'anthropologue et le juriste n'ont qu'exceptionnellement été appelés à se rencontrer et leur collaboration est au mieux

Pour des commentaires autorisés de cet aphorisme, voir J. GUIART, 1971, Clefs pour l'ethnologie, Paris, Seghers, p. 9 et s., sur la base de son expérience mélanésienne.

À propos de la notion de horde décrite comme l'unité maximale d'organisation sociale des bandes aborigènes australiennes, Marc Gumbert écrit : « Simplistic mini-states of permanent cell-like autonomous 'hordes' conceived by Radcliffe-Brown were ethnocentric creations ». M. GUMBERT, 1984, Neither Justice nor Reason, a Legal and Anthropological Analysis of Aboriginal Land Rights, St Lucia, University of Queensland Press, p. 92.

<sup>7</sup> R. BASTIDE, 1971, Anthropologie appliquée, Paris, Petite bibliothèque Payot.

improbable, pour certains impensable, l'ethnocentrisme étant la croyance du monde la mieux partagée. L'ethnocentrisme est aussi, au moins pour l'anthropologue, le reproche majeur qu'il peut opposer à toute démarche, dont la sienne, qui, sous-estimant ou négligeant le poids de l'altérité dans les conduites sociales, soumet son interprétation à *l'a priori* universaliste ainsi que le pratique le juriste, en particulier français. Au juridisme qui menace l'anthropologue correspond le risque de l'ethnocentrisme qui pèse sur le juriste, tant dans un contexte exotique que domestique.

Face à de telles difficultés, une démarche originale est apparue, l'anthropologie du droit, à la jointure des deux pratiques scientifiques et avec l'objectif non de les concilier mais d'en explorer les enjeux communs, la reproduction des sociétés. Cette approche qui, d'un point de vue épistémologique, ne doit pas être considérée comme une discipline scientifique mais comme un point de vue sur les sociétés, permettraitelle de réduire, sinon de résoudre, ce double risque de juridisme et d'ethnocentrisme? Pour certains, l'anthropologie du droit est considérée comme une erreur génétique condamnée d'avance. En ne respectant pas canons des protocoles disciplinaires, elle maximiserait les inconvénients d'une lecture contradictoire du fait social, lecture qui renvoie à l'idée de totalité pour l'anthropologue étudiant « des touts, des systèmes sociaux entiers » ou à la prise en compte d'une fonction indiscutablement autonome, « le Droit », fonction que certains juristes ont qualifiée d'autopoïétique. Nous allons pourtant tenter de prouver le contraire dans les pages suivantes. L'anthropologie du droit propose des ouvertures vers l'anthropologie et vers le droit que nous utiliserons pour situer notre démarche, son topos. La position de l'anthropologue du droit permet d'éviter de plaider à charge ou à décharge et d'expliquer comment les anthropologues envisagent le droit sans tomber dans la caricature soit du droit soit de la démarche de l'anthropologue.

Si l'anthropologue du droit cherche à répondre à l'exigence de rigueur dans l'élaboration et l'application de ses protocoles de recherche, il ne saurait, se souvenant que la discipline est aussi ce petit fouet dont usaient les mystiques pour réprimer leurs mauvaises pensées, s'autoflageller.

<sup>9</sup> M. MAUSS, 1993, *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, Quadrige, (1° éd. 1950), p. 273.

Nous allons donc en trois temps, apprécier ce *topos*, préciser le type de rapport que les anthropologues et les juristes ont noué puis, enfin, les questions que pose et que se pose l'anthropologue dans son exploration de la reproduction de la société et de la manière selon laquelle le « droit » y contribue.

# I. L'axiomatique anthropologique d'une approche du droit

Trois choix paraissent pouvoir rendre compte de cette approche. Le premier est conceptuel, le deuxième méthodique et le troisième épistémologique.

Conceptuellement, le Droit comme « noumène », donc comme un « en soi » n'existe pas pour un anthropologue, au moins selon les règles de l'art<sup>10</sup>. Ce n'est pas la construction ou la référence à un objet abstrait qui pose problème mais la double dimension de cet « en soi » : être conçu comme une instance indépendante au même titre que la religion ou l'économie et, par ailleurs, comme un ordre normatif plutôt que comme l'agencement de pratiques d'acteurs.

Sur le premier point, on doit appliquer au droit la recommandation que Louis Dumont formulait à propos de l'économie :

« le comparatisme revient à refuser jusqu'au bout la compartimentation que notre société, et elle seule, propose et, au lieu de chercher dans l'économie le sens de la totalité sociale [...], à chercher dans la totalité sociale le sens de ce qui est chez nous, et pour nous, l'économie ».

Nous ajoutions dans Le Jeu des lois :

<sup>10</sup> Les habitudes, mauvaises dans le cas, peuvent contredire ce principe et, naturellement, nous ne sommes pas à l'abri d'une telle mésaventure quand le juriste l'emporte sur l'anthropologue.

L. DUMONT, 1983, « Préface »; K. POLANYI, La grande transformation, aux origines politiques et économiques de notre temps, Paris, Gallimard, p. XVI et XVII.

« (r)emplaçons économie par droit et nous voyons l'exigence de totalité et de "généralité" des modèles anthropologiques que nous avons à construire et à expérimenter ». 12

Il s'agit là d'un renversement de topos qui n'est pas spécialement « confortable » car la notion de société n'offre pas des critères d'appréciation simples. On peut même la considérer comme ambiguë, exigeant ainsi une définition préalable à tout développement.

Sur le second point, le renversement de perspective est tout aussi évident. Un de nos aphorismes est d'indiquer à nos étudiants que « le droit n'est pas tant ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les acteurs ». Notre objet de recherche n'est donc pas « le droit », mais « les juristes » et leurs actions, un phénomène de régulation d'actes et non un système normatif.

Dès lors, quand nous parlons « du droit », c'est pour évoquer un « folk system », comme l'indiquait ci-dessus Louis Dumont. La conception moderne et occidentale du droit est l'expression d'une vision du monde particulière, un produit culturel qui ne peut avoir ni par son contenu ni par ses valeurs la prétention à l'universel qu'elle s'arroge. C'est un type original de régulation qui apparaît « normal » dans notre contexte contemporain mais qui est tenu comme exceptionnel et détestable par un chinois confucéen qui préfère l'exécution des rites (li) à la mobilisation du droit (fa).

Il y a cependant un point que partagent les chercheurs travaillant sur la juridicité et les juristes. La juridicité et le droit (qui apparaît ici comme un sous-système ou une application spécifique de la juridicité) ont un trait diacritique en commun. Ce trait, c'est la sanction non comme peine mais comme « ce qui rend exécutoire », en principe un acte induisant un sentiment d'obligation. Le critère de la juridicité réside ainsi dans la sanction, ce qui n'est pas non plus simplifier l'analyse.

Dans l'intitulé, nous avons cherché à respecter l'exigence de dialogie de l'anthropologue du droit 13 en considérant du côté de

<sup>12</sup> É. LE ROY, 1999, *Le jeu des lois, une anthropologie 'dynamique' du droit,* Paris, LGDJ, p. 32.

« l'anthropologue » le statut du chercheur et l'objet de la recherche, le droit, du côté des juristes <sup>14</sup>.

**Méthodiquement**, la juridicité est à rechercher à travers trois séries de manifestations qui sont, du plus familier au plus délicat à appréhender, des discours (oraux ou écrits), des pratiques (inscrites dans des cadres formels ou informels) et des représentations qui incluent les visions du monde et les projets de société. Le recoupement des discours, pratiques et représentations permet de dégager le sens donné par les acteurs aux mécanismes de régulation, sens indiquant ici tant une direction qu'une signification. Une préoccupation de nos recherches est d'interroger la *gnosis*, la *doxa*, le *dogma* ou la *theoria* qui permettent de rendre compte de la logique qu'elle soit raisonnée ou à l'état pratique. Un autre aphorisme est ainsi de « *toujours rapporter l'observation des phénomènes sociaux aux logiques qui les fondent* ».

**Épistémologiquement**, l'anthropologue doit se situer à l'égard de trois ambitions généralement tenues pour contradictoires.

■ La première ambition est de produire des lois universelles ou, au moins, une généralisation à l'ensemble de l'humanité (globalisation), par le biais de l'induction, des principes de fonctionnement ou de régulation des sociétés dont la connaissance a été associée à des conditions d'observations particulières. Ce type de démarche, originellement associé au scientisme, a été disqualifié avec les excès ethnocentriques de l'évolutionnisme au XIX<sup>e</sup> siècle mais réhabilité par le matérialisme historique puis le structuralisme, chez Claude Lévi-Strauss en particulier 15. Cette première ambition n'est pas actuellement dominante.

<sup>13</sup> Ch. EBERHARD, 2002, Droits de l'homme et dialogue interculturel, Paris, Les éditions des écrivains.

<sup>14</sup> C'est donc le « moi » de l'observateur/sujet que l'anthropologue privilégie tandis que le juriste se dissimule derrière son objet. Ce qui peut être source d'incompréhension sera aussi facteur de complémentarité dès lors que le sujet se conjugue avec l'objet dans une anthropologie du droit qui tente de verbaliser le « sens » de la phrasé, le phrasé de la vie en société.

<sup>15</sup> Cl. LÉVI-STRAUSS, 1958, Anthropologie structurale, Paris, Plon.

- La deuxième ambition pourrait paraître contraire à la première. Elle se refuse à toute généralisation qui n'ait été étayée par une véritable démarche comparative et préfère la description à la systématisation, l'étude de cas à la théorie et le terrain au laboratoire. Elle répond à une exigence sinon de totalité au moins d'exhaustivité. Son genre d'expression est la monographie par type de société, par région, par thèmes techniques ou par sous-disciplines. Sa référence est la pratique de l'anthropologie sociale d'Evans-Prittchard chez les Nuer du Soudan le t ses adeptes en France retrouvent la vieille dénomination d'ethnographes.
- La troisième ambition est utilitariste au sens de John Stuart Mills (1925) et ainsi a pour objet de mettre l'anthropologue, praticien d'une science de l'homme en société, « au service » de la société, donc au service de la compréhension de ce qui fait l'identité d'un groupe, l'impact d'une idée, ou l'effet d'une croyance, bref, de retrouver une démarche d'anthropologie appliquée en évitant qu'elle se mette « au service » d'intérêts matériels ou idéologiques particuliers et en contrôlant son éventuelle récupération politique. Car, il ne faut pas s'en cacher, toute anthropologie appliquée est politique, qu'elle conforte ou conteste les pouvoirs en place, les intérêts en cause et les idéologies dominantes la Mais elle est aussi incontournable dans la mesure où c'est dans ce cadre que l'anthropologue peut trouver les moyens de financer ses recherches par des contrats ou des subventions.

Ces trois ambitions constituent les polarités d'un champ scientifique ouvert et en constant renouvellement, donc marqué par la complexité des problèmes à traiter et des montages de problématiques à opérer.

Quand un anthropologue se donne pour objet « le Droit » ou « la juridicité », il doit, pour conduire à terme sa recherche :

<sup>16</sup> E.E. EVANS-PRITCHARD, 1937, *The Nuer*, Oxford Clarendon Press.

<sup>17</sup> J.S. MILLS, 1925, *L'utilitarisme*, Paris, Librairie Félix Alcan (10<sup>e</sup> éd.)

<sup>18</sup> R. BASTIDE, 1971, Anthropologie appliquée, op cit.

- connaître intimement les acteurs et leurs actions observées sur le terrain, dans leurs langues d'expression et dans leurs contextes propres;
- dégager des enseignements plus généraux ayant la portée de synthèses dans la limite de la possibilité d'une induction maîtrisée;
- interpréter les enjeux globaux et les rationalités qui s'en déduisent pour expliquer les modes de reproduction des sociétés.

Ces trois étapes correspondent à la description de la pratique anthropologique par Claude Lévi-Strauss et dont on reparlera ci-dessous.

En résumé, l'anthropologie appliquée au droit n'est pas une pratique spéculative mais une analyse de l'action et de la décision de l'homme mobilisé pour la reproduction du groupe. Et dès lors que le droit est ici entendu, à la suite de Michel Alliot, comme « luttes et consensus sur le résultat des luttes dans les domaines que la société tient pour vitaux » 19, notre anthropologie du droit, elle, se conçoit comme science de l'homme maîtrisant sa vie en société, dans toute sa complexité.

# II. Le dialogue avec les juristes : de la confusion à la confrontation

Le dialogue dont on va examiner les contraintes n'est pas un simple bavardage à partir de points de vue plus ou moins inspirés, mais un *dia-logos*. Dialogue est donc décomposé à partir du grec en un préfixe, *dia*, signifiant « ce qui met en relation, en opposition ou en interaction », et *logos* (pluriel *logoi*) qui désigne plusieurs notions proches, la parole, le discours puis la logique. Ainsi dialogue connotera ici l'échange des expériences et la confrontation des rationalisations (*logoi*) des anthropologues et des juristes.

À la différence du droit dont l'approche systématique peut être associée à l'herméneutique romaine au moins depuis sa compilation dans

<sup>19</sup> ALLIOT, 2003, précité.

le Digeste sous l'empereur Justinien en 833, l'anthropologie n'est apparue comme science qu'à l'âge moderne, puis comme science sociale qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle dans les pays anglosaxons et comme une science humaine, en France qu'au début des années 1930, en se différenciant de l'anthropologie physique.

L'émergence progressive de la pratique anthropologique s'est faite sur la base d'une double distinction, quant à son objet et quant à son enjeu.

L'objet de recherche de l'anthropologue semble naturellement être l'anthropos, l'homme dans sa plus grande généralité. Et pourtant, dès l'origine des sciences sociales, Auguste Comte imposera deux néologismes, sociologie et ethnologie, dont le premier est particulièrement barbare puisque composé d'une racine grecque que nous connaissons, logos, et d'un adjectif latin, socius. La sociologie est donc le savoir que nous développons sur ce qui nous est familier, sur nousmêmes conçus comme le centre du monde. Cette sociologie est distinguée de (mais aussi préférée à) la science de l'identité<sup>20</sup>, l'ethnoslogos donc de l'altérité mais avec une nouvelle distinction qui renvoie à un enjeu non seulement symbolique mais aussi de politique scientifique.

La science de l'autre pourra être déclinée en trois registres, ethnographie, ethnologie et anthropologie correspondant à des phases successives d'une même recherche, la description des faits particuliers, la synthèse de leurs enseignements puis la généralisation des conclusions. Claude Lévi-Strauss propose au début des années 1950 une mise au clair des relations entre ces pratiques à l'issue de plus d'un demi-siècle de guerres picrocolines :

« (e)thnographie, ethnologie et anthropologie ne constituent pas trois disciplines différentes ou trois conceptions différentes des mêmes études. Ce sont, en fait, trois étapes ou trois moments d'une même recherche et la préférence pour tel ou tel de ces termes exprime seulement une attention

<sup>20</sup> Ethnos est peu facile à traduire. C'est ce qui fait la particularité d'un groupe à travers l'originalité de ses modes d'expression et de pensée. La notion d'identité dans sa dimension actuelle en approche les connotations. Dans sa relation d'opposition avec la sociologie, c'est comme science de l'autre que l'ethnologie s'est développée dans les années quarante et cinquante en France.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

dominante tournée vers un type de recherche, qui ne saurait jamais être exclusif des autres ». <sup>21</sup>

Du côté anglosaxon, « la messe est dite » depuis longtemps et le terme *anthropology* s'est imposé même souvent aux dépens de la *sociology*.

Au-delà de choix de méthodes, la préférence pour l'une ou l'autre des trois étiquettes renvoie aux images qu'on entend donner de sa pratique scientifique, recoupant ainsi les ambitions épistémologiques dont on a rendu compte ci-dessus. L'arrière-plan politique n'est jamais absent, surtout s'il est nié par le chercheur. Le jeu des associations de catégories mentales et de la qualification/disqualification propre à la « pensée sauvage » ne concerne pas seulement les sociétés indiennes du Brésil central où « les Bororo sont des arara » <sup>22</sup> (Lévi-Strauss, 1965), c'est-à-dire qu'une bande d'Indiens s'assimile à des perroquets mais aussi les catégories scientifiques de ceux qui les étudient. Se dire ethnographe, ethnologue ou anthropologue n'est pas simplement s'inscrire dans une méthode et une pratique. C'est aussi s'affilier à un groupe (de pression est-il besoin de le préciser), à une école ou à une « écurie universitaire » où on croit que la promotion sera assurée. En bref, l'appellation, quand elle est encore de mise<sup>23</sup>, ne recouvre qu'accessoirement des choix scientifiques et beaucoup plus sûrement des profils professionnels et des concurrences sur le marché de la recherche.

Ces précisions apportées, nous allons examiner les rapports entre les anthropologues et les juristes depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et en privilégiant trois aspects saillants de cette histoire ambiguë :

- la confusion des démarches du juriste et de l'anthropologue;
- la spécialisation juridique de certains anthropologues;

<sup>21</sup> LÉVI-STRAUSS, 1958, précité, p. 388-389.

<sup>22</sup> Cl. LÉVI-STRAUSS, 1965, Tristes tropiques, Paris, UGE, 10/18. (1° éd., 1955)

En principe, à nouveau, la distinction entre ethnographie juridique, ethnologie juridique et anthropologie juridique n'est plus utilisée, les deux premières démarches s'étant déconsidérées dans des situations qu'on examine ci-dessous. À titre de contre-exemple: J. STARR, 1978, *Dispute and Settlement in Rural Turkey: An Ethnography of Law*, Leiden, E.J. Brill.

 la confrontation surtout caractéristique de l'époque contemporaine.

### A. La confusion des démarches du juriste et de l'anthropologue

• Le juriste co-fondateur de l'ethnologie<sup>24</sup>

On ignore trop souvent que l'anthropologie a été fondée par des juristes. Sumner Maine était administrateur aux Indes, Morgan avocat à Rochester (USA), Post magistrat, Mac Lennan et Bachofen réputés alors les meilleurs spécialistes du « droit primitif » <sup>25</sup>. Ainsi, c'est une part importante des pères fondateurs qui ont pratiqué le droit et, par le droit, l'anthropologie dans des conditions qui, pour les deux premiers, se rapprochaient de ce qu'on pratiquera sur « le terrain » par la suite. On pourrait même ici parler de fusion plus que de confusion car, dans l'âge premier de l'anthropologie, celle-ci correspond à la figure biblique d'Ève extraite de la côte d'Adam. L'anthropologie est progressivement « détachée » de l'histoire des institutions (ainsi que de la muséographie<sup>26</sup>) avec, de ce fait, une tare originelle et difficile à effacer, l'évolutionnisme. Sur la base d'une reconnaissance d'une adaptation continue de l'organisation des sociétés qui tranche avec l'immobilisme figé attribué aux « sauvages » par d'anciens récits de voyage, nos auteurs posent deux affirmations paradigmatiques. L'évolution obéit à un processus unilinéaire conçu, dès le début du XVIIIe siècle selon l'idée, quasi obsessionnelle du « progrès » et sur la base de trois « états », lesquels seront dénommés, en fin de ce siècle, sauvagerie, barbarie et civilisation. La seconde affirmation est de considérer que les sociétés « occidentales » contemporaines (du milieu du XIXe siècle) sont le point d'arrivée de l'évolution dont l'état est caractéristique de la « civilisation

On ne cite ici que l'ouvrage le plus notable de chacun des auteurs.

BACHOFEN, 1861, Das Mutterrecht, Stuttgart. J.F. MAC LENNAN, 1876, Studies in the Anscient Society, London. L. MORGAN, 1877, Anscient Society, New York. Post H. A., 1891, Grundriss der ethnologischen Juriprudenz, Oldenburg. H. SUMNER MAINE, 1861, Anscient Law, London.

<sup>26</sup> La seconde grande source d'inspiration de l'anthropologie est en effet la muséographie qui donnera naissance au diffusionnisme puis à l'anthropologie culturelle, laquelle se préoccupa fort peu de « droit ».

supérieure » selon Morgan. Dès lors qu'il n'existe qu'un type de processus que toute société a parcouru, ou doit un jour achever de parcourir, et que l'Occident représente ce point d'achèvement de l'évolution en raison du développement des arts et des techniques, la colonisation en sortira légitimée en disposant par là-même d'une idéologie commode pour justifier la domination et l'exploitation coloniales.

Le premier héritage de cette période est donc d'avoir proposé une idéologie apparemment « scientifique » qui est en fait ethnocentrique et accessoirement raciste. Mais il est un second héritage dont on a mal percu l'incidence. Cet ethnocentrisme évolutionniste sera récusé dès la fin du siècle et officiellement abandonné durant le XX<sup>e</sup> siècle. Mais la construction de la science que cet ethnocentrisme a opéré sous la forme d'une fabrique de taxinomies aura une influence décisive en ce qu'elle sera associée à une « philosophie implicite du savant », selon une expression de Bachelard. L'ouvrage de Lewis Morgan est typique de cette approche. Il décrit des séquences de transformations des institutions en partant des arts et des techniques pour privilégier trois dimensions de l'organisation sociale qui correspondent aux grandes classifications juridiques, la famille et les biens (ici le droit de propriété) pour les rapports de droit privé et l'État pour le droit public. Mais, ce qui apparaît encore plus nocif, c'est d'avoir tenu la conception de la parenté sousjacente à la famille, le caractère exclusif (et, implicitement, absolu) de la propriété et l'autonomie du politique comme des invariants, donc comme universels alors qu'ils ne sont que la traduction dans ces travaux des représentations de la parenté, du foncier ou de l'État typiques des sociétés occidentales de l'époque. On a commencé à le comprendre pour le foncier et pour l'État dès le milieu des années 1960. Mais, la parenté, « vache sacrée de l'ethnologie » <sup>27</sup> est restée bloquée sur une conception ethnocentrique parce que fondée, comme en droit civil, sur les seuls rapports de filiation alors que les sociétés africaines considèrent également que la parenté repose sur la résidence et le partage d'interdits communs<sup>28</sup>. Ainsi, Claude Lévi-Strauss n'a-t-il pas perçu que la théorie

<sup>27</sup> Dictionnaire de l'ethnologie, de Michel Panoff et Michel Perrin, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1973 entrée parenté.

<sup>28</sup> Voir É. LE ROY, *Le jeu des lois*, *op. cit.*, p. 224-235.

fondant ses *Structures élémentaires de la parenté*<sup>29</sup> reproduisait ces choix d'origine juridique occidentale, donc était ethnocentrique.

#### L'administrateur colonial en ethnologue improvisé

La colonisation moderne exigeait une connaissance minimale des sociétés soumises, au moins pour rendre efficaces les interventions et investissements matériels et humains qui étaient (chichement) consentis. En Afrique, comme en Indonésie (avec l'école de l'Adat Law), ou en Océanie, une information sur les systèmes politiques et juridiques était nécessaire 30. Deux voies seront utilisées. Les Britanniques recourent à des anthropologues professionnels en les « commissionnant » selon le modèle que Lord Lugard inventera au Nord-Nigeria dans le cadre de l'indirect rule dont on a parlé. Cette démarche est à l'origine d'un développement de l'anthropologie sociale que nous retrouverons plus loin. Les autres colonisateurs européens procédèrent plutôt par la formation de leurs administrateurs à l'ethnologie. Dans le cas français, c'est le cadre de l'école coloniale sous l'impulsion de Robert Delafosse qui offre des connaissances minimales, même si les travaux de ce dernier et de quelques-uns de ses collègues n'ont pas démérité. Mais le savoir produit est subordonné aux contraintes du système de commandement colonial et, d'un point de vue de la connaissance du droit, l'œuvre est dénaturée par la conception de la coutume qui prédomine alors et dont on a dit qu'elle est fondamentalement ethnocentrique. Elle a abouti à rédiger un « droit coutumier » qui n'a qu'un rapport très lointain avec les réalités vécues par les populations<sup>31</sup>. C'est une caricature plus ou moins efficace d'un point de vue administratif et judiciaire, une vraie mystification qui fait adhérer les colonisés à une conception négative de leurs expériences « juridiques ». Mais l'ignorance des sociétés locales et de leurs logiques n'est pas le seul fait des administrateurs. Les congrégations catholiques et les églises protestantes ont, pour les besoins de la mission de

<sup>29</sup> Cl. LÉVI-STRAUSS, 1967, Les structures élémentaires de la parenté, Paris La Haye, Mouton.

<sup>30</sup> A. ALLOT and G.D. WOODMAN, (eds.), 1985, *People's Law And State Law, The Bellagio Papers*, Dordrech, Foris Publications.

Ce point a fait l'objet de nombreux développements depuis le milieu des années 1980. Voir LE ROY, 1999, J. VANDERLINDEN, 1996, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz qui fait la synthèse des travaux de l'auteur sur la coutume.

conversion, produit des travaux « d'ethnologie juridique » qui n'ont rien à envier aux contributions des administrateurs, ainsi au Congo belge ou au « Ruanda-Urundi » . C'est donc la nature du système colonial, plutôt que les productions individuelles, qui est en cause. Mais cela a deux conséquences. D'abord, le développement de l'ethno-anthropologie est bridé et, souvent, celle-ci en sortira déconsidérée. Ensuite, la connaissance du « droit des autres » subit une lecture péjorative et, à nouveau, ethnocentrique. C'est, par exemple, le modèle du code civil qui a servi à préparer les enquêtes qui ont conduit à la rédaction puis à la publication des *Coutumiers juridiques de l'A.O.F.* <sup>32</sup>, monument très « français » d'ethnocentrisme juridique.

#### • Les développeurs ou l'anthropologie domestiquée

L'accès aux indépendances des territoires colonisés au début de la décennie 1960 a introduit des besoins nouveaux liés au mythe de la modernisation supposant, pour assurer le « développement », un droit moderne, donc un droit du développement qui est d'abord « un développement du droit ». Ce droit moderne avait été jusqu'alors confiné dans les hautes sphères de l'administration et au profit d'une très étroite minorité qui lui était liée. Si le modèle de référence reste la conception euro-occidentale du droit, le droit du développement, au moins initialement, prend en considération l'existence d'une situation originale et d'un décalage. Selon la *doxa* de l'époque, le rapport au droit est conçu à partir de celui des pays développés, donc selon l'hypothèse d'un retard qu'il s'agit soit d'aménager (hypothèse « douce »), soit de combler (hypothèse radicale supposant l'éradication à terme de tous les obstacles à la modernisation). Dans l'esprit de ses initiateurs, le droit du développement répond à une préoccupation qu'on pourrait qualifier maintenant de discrimination positive: aménager un régime juridique particulier apte à favoriser le décollage des économies et l'unité nationale.

Même pour les faire disparaître, la démarche prend ainsi en compte des différences, des phénomènes d'altérité, des particularités sociales et, pour en maîtriser la connaissance, fait appel à des experts qui seront, dans des domaines « pointus » du droit de la famille ou du droit foncier

<sup>32</sup> Coutumiers juridiques de l'A.O.F., 1939, Paris, Larose, 3 volumes.

par exemple, des anthropologues. En Afrique, surtout durant les vingt premières années d'indépendance, des grandes enquêtes sont lancées en vue de la collecte de données mais les résultats sont au mieux dérisoires. Soit les questionnaires sont biaisés par ethnocentrisme (à nouveau), soit ils sont délaissés au profit des réponses stéréotypées qu'autorise le recopiage plus ou moins à l'identique de la législation des pays développés (souvent de l'ex-pays colonisateur). Antony Allot, qui avait dévoué sa vie eu « restatement » du droit africain, s'en était interrogé<sup>33</sup>.

Ainsi, les différences sont d'autant mieux prises en considération qu'elles apparaissent comme des obstacles au développement et donc doivent être éradiquées. L'éradication des mauvaises coutumes est une idée fixe des gouvernants, en France, depuis le milieu du XVI<sup>e</sup> siècle, en Afrique de l'Est pour les Britanniques durant la première moitié du vingtième siècle.

Pourtant, cinquante ans après, ces « mauvaises » coutumes peuvent encore bien se porter, surtout dans le domaine du foncier où elles apparaissent mieux adaptées aux conditions écologiques et économiques que le sacro-saint droit de propriété. La permanence de ces obstacles obligera la coopération internationale à pérenniser le recours aux anthropologues en tentant de les domestiquer par les modes de rémunération et les attributions de contrat dans un contexte de clientélisme généralisé.

# B. La spécialisation de certains anthropologues dans les études juridiques

La voie britannique vers l'anthropologie appliquée a donc permis de mobiliser dès l'origine une expertise anthropologique et de lui laisser la possibilité de se déployer sans être trop directement déterminée par des considérations politiques ou des raisons d'État. Les conformismes sociaux et raciaux, les préjugés sont ici aussi le quotidien de la pratique anthropologique, en lien avec la situation coloniale. Mais la scientificité

A. ALLOT, 1980, «L'influence du droit anglais sur les systèmes juridiques africains», Conac G. (éd.), Dynamiques et finalités des droits africains, Paris Économica, p. 5-13.

est généralement mieux assurée. En poursuivant cette vue cavalière, on distinguera successivement la prise en compte du droit comme une fonction particulière puis son dépassement par la caractérisation d'un domaine neuf, le règlement des conflits. Dans un dernier temps, on évoquera les trois facteurs qui concourent à sa réussite relative et qui manquent donc au juriste, surtout civiliste.

 Reconnaissance d'une fonction « juridique » dans les sociétés « primitives », puis « traditionnelles »

Il s'agit naturellement de l'apport de la démarche fonctionnaliste caractéristique de l'anthropologie sociale naissante, essentiellement britannique jusqu'aux travaux américains des années 1940 marqués à la suite de la théorie diffusionniste par l'anthropologie culturelle. Pour notre propos, on peut ramener ses avancées à trois auteurs initiateurs de trois formulations du fonctionnalisme.

Le premier de ces auteurs, par l'impact actuel de sa pratique du terrain, est Bronislaw Malinowski qui écrit, dans *Crimes and Customs in Savage Society*<sup>34</sup> la première monographie de droit pénal à partir de données mélanésiennes. Le texte a vieilli nécessairement mais, par contre, le paradigme qu'il développe autour de la déviance comme modèle « en creux » d'une norme « juridique » reste d'une grande actualité et est intégré dans les modèles d'analyse de la juridicité développés au LAJP depuis une dizaine d'années. Il est aussi l'initiateur des analyses dynamiques ou processuelles dont on reparlera.

Le deuxième auteur est Alfred Reginald Radcliffe-Brown<sup>35</sup> reconnu comme le père du structuro-fonctionnalisme, donc d'une démarche qui privilégie la recherche de principes stables d'organisation, guère éloignés de lois scientifiques. Ses deux maîtres mots sont la norme et l'ordre. Sur cet auteur pèse, selon nous, un reproche d'ethnocentrisme implicite et donc malicieux. Ses analyses de la parenté et de la famille s'inscrivent dans cette tendance.

<sup>34</sup> B. MALINOWSKI, 1926, Crime and Custom in Savage Society, London.

<sup>35</sup> E.R. RADCLIFFE-BROWN, 1952, Structure and Function in Primitive Society.

Le troisième auteur, enfin, est Max Gluckman qui, à l'inverse de son prédécesseur, propose une lecture « dynamique » en regardant lors de la phase de décolonisation de l'Afrique de l'Est comment les sociétés africaines s'adaptent à la nouvelle donne<sup>36</sup>. Ses prises de position anticolonialistes sont célèbres. Mais son ethnocentrisme ne l'est pas moins. Travaillant sur les « idées » juridiques, donc sur les systèmes de représentation qui organisent et légitiment les pratiques du droit, il est convaincu que les Lozi-Barotse de Zambie partagent avec les Anglais les mêmes conceptions de l'homme raisonnable<sup>37</sup>.

La déviance, la norme et l'ordre, la prise en compte des idées et représentations fondant la conception et la pratique du « droit » sont ainsi les premiers apports de la théorie anthropologique à une connaissance de ce qu'on nomme de plus en plus souvent « le règlement des conflits ». On passe alors de l'analyse d'une fonction particulière de régulation dite juridique à un domaine de recherche dans lequel vont se spécialiser dans les années 1960 à 1980 aux USA, en Australie, en Nouvelle-Zélande ou au Canada ceux qui se disent anthropologues et qui ne se dénommeront que tardivement pour beaucoup *legal anthropologists*.

• Le conflit et son règlement, nouveau paradigme pour les anthropologues à partir des années 1940

Le principal intérêt de la nouvelle démarche tient à sa tentative, inachevée, d'échapper à l'ethnocentrisme qu'induit l'usage du terme Droit/Law/Diritto/Derecho/Recht... et ses connotations légales étatiques. The Cheyenne Way<sup>38</sup>, qui en est la monographie fondatrice, oblige en effet à oublier la conception occidentale tant du droit que de la justice si on veut comprendre le mode chéyenne de prise en charge du conflit qui fait une place particulière à l'évitement et à la cohésion du groupe. Mais, à partir des années 1960 et l'accès aux indépendances des pays colonisés,

<sup>36</sup> Sa démarche anti-coloniale est partagée par Georges Balandier. G. BALANDIER, 1955, Sociologie actuelle de l'Afrique noire, Paris, PUF.

<sup>37</sup> M. GLUCKMAN, 1955, The judicial Process Among the Barotse, Manchester, MUP.

<sup>38</sup> K. LLEWELLIN and E.A. HOEBEL, 1941, *The Cheyenne Way*, Norman, University of Oklaoma Press.

les anthropologues occidentaux sont, plus ou moins volontairement, conduits à « rapatrier » leurs recherches en privilégiant de nouveaux terrains, plus « domestiques ». Ils y retrouvent les fonctions juridiques correspondant à une organisation étatique efficace et légitime de la justice et, s'ils veulent justifier l'existence d'une démarche originale dans ce domaine tout en tenant compte des monopoles déjà détenus par les juristes et les sociologues du droit, ils doivent innover. Le rapport de force sur le terrain du « marché des études juridiques » n'est pas en leur faveur sauf dans deux domaines, les mouvements alternatifs qui fleurissent à la fin des années 1960 puis, particulièrement aux USA, les minorités ethniques, homosexuelles, professionnelles, etc. <sup>39</sup>.

Ces pratiques se structurent autour de deux paradigmes qui, sans être nouveaux, vont être à l'origine du développement de ce qu'on convient de dénommer en anthropologie du droit les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) et le pluralisme juridique. On reparlera ultérieurement de l'enjeu du pluralisme. Les MARC présentent un avantage et un inconvénient. L'avantage est d'ouvrir l'analyse de la décision juridique ou judiciaire sur les procédures de négociation puis, plus substantiellement, sur les formes de médiation et donc sur un double marché, scientifique et professionnel. L'inconvénient est, en postulant une alternative, de supposer que la réalité peut être enfermée dans une dichotomie entre un mode « formel » judiciaire ou officiel et l'autre dit « informel » 40? Mais, par ailleurs, existe-t-il une réelle possibilité de choix entre des formes de prise en charge du différend? Car de telles situations où les conséquences des choix peuvent être effectivement mesurées sont exceptionnelles et, comme l'a montré Richard Abel<sup>41</sup> au début des années 1980, le développement des politiques favorables aux MARC n'est le plus souvent que le résultat de nouvelles avancées de l'État dans le domaine du contrôle de la vie privée des citoyens. L'idée

<sup>39</sup> ALLOT et WOODMAN, 1985.

<sup>40</sup> On se heurte ici à une difficulté conceptuelle. Si on traduit l'anglais informal par non officiel la distinction renvoie seulement à un principe de hiérarchie des normes, discutable mais concevable. Par contre, si informal est traduit par sans forme, un mode « informel » peut-il assurer une fonction juridique dès lors qu'un droit sans forme est un non-sens?

<sup>41</sup> R. ABEL, 1982, *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 2 volumes.

d'alternative sera donc progressivement critiquée et les travaux inscrits dans la problématique plus globale du pluralisme.

 L'apport d'une épistémologie mettant l'accent sur l'altérité, la complexité, la dynamique dans les recherches sur « le droit »

On a déjà évoqué la place de l'étude sur le terrain et de l'étude de cas dans le déploiement initial de la démarche anthropologique ainsi que le rôle de la monographie. Argonautes of the Western Pacific<sup>42</sup>, The Nuer<sup>43</sup>, We the Tikopia<sup>44</sup> offrent des modèles descriptifs qui, cependant, privilégient plus l'organisation sociale, les techniques ou les rapports économiques que la fonction juridique. Les avancées significatives recoupant ce domaine de recherche sont assurées par Laura Nader 45 pour l'analyse des conflits et par Sally Falk Moore 46 avec sa célèbre conception du champ social semi-autonome, notion dont la vertu est double : lier l'existence d'un collectif au mode de régulation et à l'effet de champ ainsi créé et, d'autre part, reconnaître la possibilité d'une régulation interne sans impliquer positivement ou négativement l'État. De ce fait, le domaine des recherches juridiques n'est plus restreint au monopole étatique de l'exercice de la contrainte physique ni bloqué par des dichotomies de type formel/informel, légal/illégal, droit/non droit, loi/coutume, etc.

D'autres travaux<sup>47</sup> mettent en évidence le rôle de la forme dans le droit et d'un droit des formes et des procédures parfois plus important que les normes substantielles plus ou moins codifiées dont on reparlera

44 R. FIRTH, 1936, We the Tkopia, n.c.

<sup>42</sup> B. MALINOWSKI, 1922, Argonautes of The Western Pacific, New York, John Hawkins ed.

<sup>43</sup> EVANS-PRITTCHARD, 1937, précité.

<sup>45</sup> L. NADER, 1969, Law in Culture and Society, Chicago, Aldine. L. NADER, H.F. TODD, 1978, The Disputing Process: Law in Ten Societies, New York, Columbia Press University.

<sup>46</sup> S. Falk MOORE, 1978, Law as Process, an Anthropological Approach, London, Routledge and Kegan Paul.

<sup>47</sup> F.G. SNYDER, 1981, «Anthropology, Disputes Processes and Law: a Critical Introduction», *British Journal of Law and Society*, vol. 8, n° 2.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

au terme de cette analyse. Ils portent sur la structure paradigmatique de l'argumentation « judiciaire », les catégories de différends, les phases de transformation des modes de gestion du conflit, la place du conflit dans la société, etc. 48. L'apport de John Comaroff et Simon Roberts en conciliant les deux paradigmes développés autour du processus (Malinowski) et de la norme (Radcliffe-Brown) marque une étape importante dans la prise en compte de la complexité 49.

Tous ces travaux devraient intéresser directement les juristes même (et surtout) s'ils conduisent à remettre en question leur « philosophie savante » pour mieux comprendre à quoi sert le droit comme enjeu social dans sa globalité.

#### C. La confrontation autour de l'utilisation du droit dans la société

La lecture que nous avons entreprise dans cette rubrique du dialogue entre les juristes et les anthropologues n'est pas chronologique car les phénomènes de confrontation sont presque concomitants avec les faits de confusion. Ils ont cependant pris une place plus importante à l'époque contemporaine autant du côté des anthropologues que des juristes. On parlera seulement de l'expérience des anthropologues?

Chez les premiers, il y a d'abord une réelle méfiance à l'égard de la définition que les juristes donnent du droit. Mais les anthropologues sont souvent dépassés par la technicité du discours juridique et c'est ainsi un constat de désaccord qui est posé d'entrée de jeu, constat qui s'étend de la définition du droit à la pratique des juristes. Une formule de Claude Lévi-Strauss, on ne prête qu'aux riches, est illustrative de ce retrait : « objet d'études pour le savant, le juriste me faisait penser à un animal qui prétendrait montrer la lanterne magique au zoologiste » et il ajoute, « plus que sa stérilité, la clientèle du droit me rebutait » 50. Du côté de

<sup>48</sup> É. LE ROY, 2004, « L'anthropologie de la justice », *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de Loïc Cadiet, Paris, PUF, p. 42-47.

<sup>49</sup> J.L. COMAROFF and S. ROBERTS, 1981, Rules and Processes. The Cultural Logic of Disputes in an African Context, Chicago and London, University of Chicago Press.

<sup>50</sup> Cl. LÉVI-STRAUSS, 1965, Tristes tropiques, op. cit., p. 40.

l'ethnologie française, en dehors de travaux pionniers de Marcel Mauss dans son *Manuel d'ethnologie*<sup>51</sup> ou plus récemment de Pierre Bourdieu<sup>52</sup>, et tant que les « terrains » sont outre-mer, le droit est abordé par la coutume comme mode de régulation de la société plutôt que comme source du droit local.

On rencontre ici une seconde attitude encore plus marquée de défiance à l'égard d'une pratique de la science juridique comme instrument de domination dans le cadre colonial. De la construction de cette systématique nouvelle qu'est le droit coutumier colligé à partir des tribunaux indigènes présidés par l'administrateur colonial, jusqu'à la mobilisation de la notion d'ordre public colonial pour couvrir les exactions des petits chefs dans le contexte de l'État du Congo de Léopold II ou du régime français de l'indigénat, le droit est instrumentalisé. On a montré dans de nombreux travaux que dans un contexte où les administrateurs coloniaux ne sont que quelques milliers, le droit est utilisé comme un outil de domination et d'exploitation, la fonction judiciaire étant rabaissée dans les expériences françaises en Afrique jusqu'à n'être plus qu'un jeu d'ombres du théâtre indonésien<sup>53</sup>. Marcel Griaule, Robert Jaulin, en matière d'ethnocide<sup>54</sup>, Michel Leiris du côté français vont s'élever contre l'ordre colonial en mobilisant eux aussi un référent juridique. Écoutons la harangue de Michel Leiris comme un « avocat naturel »:

« Nous qui faisons métier de comprendre les sociétés colonisées auxquelles nous sommes attachés pour des motifs souvent étrangers à la stricte curiosité scientifique, il nous revient d'être comme leurs avocats naturels vis-à-vis de la société colonisatrice à laquelle nous appartenons : dans la mesure où il y a quelque chance d'être écouté, nous devons être

<sup>51</sup> M. MAUSS, 1967, «Phénomènes juridiques » *Manuel d'ethnographie*, Paris, Payot, 1967, p. 135-197.

P. BOURDIEU, 1986, « Habitus, code et codification », op. cit. p. 40-44.

<sup>53</sup> É. LE ROY, 2004b, Les Africains et l'institution de la Justice, entre mimétismes et métissages, Paris, Dalloz.

Sur la contribution de l'école française d'ethnologie au combat anti-colonial, voir l'excellent ouvrage de Gérard Leclerc (G. LECLERC, 1972, *Anthropologie et colonialisme*, Paris, Fayard.) qui est aussi une histoire instructive de l'africanisme.

constamment en posture de défenseur de ces sociétés et de leurs aspirations, même si de telles aspirations heurtent des intérêts donnés pour nationaux et font l'objet de scandale ». 55

Pour réunir les conditions d'un nouveau dialogue fondé sur la confiance, il faut construire des ponts entre les cultures scientifiques et professionnelles des juristes et des anthropologues. Baliser de tels cheminements a été une absolue nécessité pour ceux qui se désignent comme anthropo-juristes, juristes-anthropologues ou anthropologues du droit. Pour ne pas être victimes du syndrome de la chauve-souris qui n'est ni oiseau pour les uns, ni souris pour les autres, la nouvelle démarche a dû maîtriser chacune des démarches disciplinaires, en faire la synthèse et produire, selon un rapport dialogal, une production scientifique originale.

Pour faire avancer un tel projet, des revues telles que le Journal of Legal Pluralism, Droit et cultures, et une association internationale la Commission on Folk Law and Legal Pluralism (CFLLP) où se rencontrent des chercheurs et des professionnels font avancer un débat qui a été approfondi avec le numéro des Cahiers d'Anthropologie du droit 2004<sup>56</sup> consacré à une amicale confrontation entre anthropologues et juristes sur les conditions de démarches en commun. La CFLLP compte autour de trois cents membres et quarante-neuf passionnés de l'anthropologie du droit ont participé aux CAD 2004. Ces chiffres paraissent dérisoires mais « dans les petites boîtes les fines épices » prétend le dicton. L'influence de l'anthropologie du droit dépassant largement ses clôtures institutionnelles, nous allons en examiner maintenant quelques enjeux.

<sup>55</sup> M. LEIRIS, 1969, «L'ethnographe face au colonialisme» *Cinq leçons d'ethnologie*, Pars, Denoël, p. 83-112.

<sup>56</sup> Cahiers d'anthropologie du droit 2004, *Anthropologie et droit, intersections et confrontations*, Paris, Karthala.

# III. Les questions que pose et que se pose l'anthropologue du droit

Pour situer le propos, on évaluera les héritages du passé retenus par l'anthropologie contemporaine du droit puis les questions sensibles que les anthropologues posent aux juristes pour enfin relever les débats à poursuivre avec ces derniers. L'expérience du LAJP sera inévitablement privilégiée.

### A. Les héritages, « sous réserve d'inventaire »

En une quarantaine d'années, on est passé d'une ethnologie juridique (au début des années 1960) à une anthropologie juridique (entre 1965 et 1980) puis à une anthropologie du droit<sup>57</sup> pour aborder le nouveau millénaire avec un projet d'anthropologie de la juridicité qui est en cours de concrétisation au sein du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris. Ce faisant, nous avons été sensibles à trois phénomènes: le besoin d'élargir nos synthèses de l'ethnologie à l'anthropologie, une prise de distance progressive à l'égard de la science du droit et, enfin, une redéfinition de l'objet qui devient la juridicité. Après avoir accompagné un mouvement général de l'anthropologie vers des spécialisations thématiques ou disciplinaires, nous nous écartons progressivement des pratiques dominantes, plutôt à tendances restrictives et avec un recentrage sur l'anthropologie sociale, pour privilégier un objet conforme au projet anthropologique qui devrait n'appartenir à aucune tradition particulière mais que toutes pourraient partager : la juridicité.

Ces évolutions sont les conséquences de mutations de nos démarches. Sans renoncer à l'africanisme du fondateur du LAJP, Michel Alliot, les recherches ont porté, dès le début des années 1970, sur des problèmes internes aux pays développés, non sans quelque folklore parfois car il nous fallait percevoir les phénomènes d'altérité à l'intérieur de nos sociétés, de nos groupes d'appartenance et finalement de nousmêmes. C'est un parcours difficile supposant une recomposition des

<sup>57</sup> É. LE ROY, 1978, « Pour une anthropologie du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1, p. 71-100.

identités scientifiques et personnelles. Les travaux se sont ainsi multipliés sur l'ensemble des continents et sans exclusions ni présupposés thématiques : tout est bon à analyser, du fonctionnement de la Banque mondiale à une médiation entre deux voisins. Si nous avons pratiqué les procédures d'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) nous avons surtout orienté ces travaux vers des analyses processuelles menées à une pluralité d'échelles et selon un cadre théorique qui, en une vingtaine d'années, deviendra le modèle du *Jeu des lois* (Le Roy, 1999, précité). On pourrait compléter l'affirmation rimbaldienne, « je est un autre » par « l'autre est un jeu » voire enjeu, jeu de pistes, jeu de l'amour et de la mort, bref le grand jeu à la Kipling.

Dans ce contexte, nombre de classifications ou d'oppositions deviennent obsolètes. On en a déjà évoqué quelques-unes. Il en est une qui s'est liquéfiée, la distinction entre tradition et modernité, depuis une trentaine d'années, au profit de catégories plus « dialogales »

## B. Les questions que pose l'anthropologue au juriste

Peut-on continuer à user du même terme pour parler du droit-engénéral, du droit comme système particulier et du droit comme rapport (subjectif par exemple)?

Nos choix, rappelés en note 3, supposent que la conception occidentale du droit, ce qu'on appelle quotidiennement « le Droit », n'est qu'un *folk system*, une part de l'expérience de la juridicité. Pour nombre de chercheurs, la remise en cause de la croyance dans « le Droit » n'est pas concevable. Que peut-on espérer des juristes praticiens?

Peut-on définir « le Droit » (ou, pour nous, la juridicité) de manière à délimiter un domaine d'études spécialisé, autorisant à concentrer les recherches sur certains domaines, donc à accumuler les travaux ouvrant aux démarches comparatives, donc aux généralisations?

L'enjeu est important, mais nous le croyons impossible à relever tant sur la base de travaux anglophones que francophones. Selon une formule de Norbert Rouland, « on ne peut définir le droit mais seulement

le penser » <sup>58</sup>. Or penser le droit, c'est évoquer un ensemble de phénomènes centrés sur des processus de régulation d'une vie en société marquée par la compétition et le conflit, plutôt que par l'ordre et l'harmonie. Ainsi, « penser le droit » c'est avant tout, si on accepte le mauvais jeu de mot, « panser » les blessures de la guerre pour la vie en société avant de penser la normativité.

Peut-on, selon une acception positiviste du droit, faire de la légalité le fondement du droit ou ne doit-on pas dans une lecture interculturelle (inéluctablement interculturelle dans un contexte de mondialisation) non seulement se contenter d'identifier les sources du droit concrétisant le principe de légalité mais, en outre, reconnaître l'existence d'autres fondements de la juridicité?

Notre approche comparative nous a appris que la juridicité reposait sur trois « pieds », qu'elle est tripode<sup>59</sup>. Outre les normes générales et impersonnelles (NGI) que reconnaît notre droit, des modèles de conduite et de comportement (MCC) et des systèmes de dispositions durables (SDD) peuvent être des fondements de la juridicité. Si chaque fondement peut être privilégié par une tradition, les normes générales et impersonnelles dans la tradition moderne occidentale, les modèles de conduite et de comportements dans la coutume et les systèmes de dispositions durables dans la conception confucéenne du li (rite) préféré au fa (droit), on peut concevoir la présence de ces trois fondements dans toutes les cultures de la juridicité, à proportion différente, évoluant dans le temps et diversement appréciés par les acteurs. Un chef d'entreprise sera par exemple plus sensible à un code de bonne conduite (MCC) qu'à une réglementation pointilleuse (NGI) qui est sur-valorisée par le syndicaliste comme garantie de la sécurité de son emploi même si, dans le quotidien des relations de travail, ce sont des systèmes de dispositions durables (SDD), propres à la tâche à effectuer ou au poste, qui servent de normes pour ce dernier.

<sup>58</sup> N. ROULAND, 1989, « Penser le Droit », *Droits*, 10, p. 77-79 (p.77).

<sup>59</sup> É. LE ROY, 1999, *Le jeu des lois, op. cit.*, p. 198-203.

# Comment et jusqu'où le débat sur le pluralisme juridique peut-il interférer avec la prise en compte de la norme?

On sait<sup>60</sup> qu'on identifie actuellement deux sortes de pluralisme, l'un « doux », l'autre plus « radical ». Le premier type, acceptant l'idée d'un ordre juridique unique, pose l'existence d'une pluralité de réponses possibles à un même problème sous le contrôle plus ou moins direct de l'État. La seconde approche lève le tabou du monopole de l'État sur le droit et prend en considération toutes les réponses qu'un individu peut mobiliser indépendamment d'une reconnaissance effective par l'État. Nous explorons personnellement une voie proche et moins radicale mais sans doute également « rude » à accepter pour le juriste. Au lieu de considérer « l'individu » de manière générique et ainsi de risquer de sacrifier à « la société des individus » et aux formes les plus extrêmes de l'individualisme, nous explorons une démarche d'un « multi-juridisme » où l'acteur remplace l'individu non seulement comme porteur de droits ou d'intérêts mais comme membre d'un collectif à l'égard duquel il a des obligations vécues comme telles, ne serait-ce que par une pression sociale diffuse. Revisitant ainsi la notion de « champ social semiautonome » de S. Falk Moore, on développe une analyse qui se donne pour ambition de rendre compte de la complexité et des dynamiques en cours.

### Jusqu'où le débat sur le droit peut-il évoluer?

Face aux corporatismes inévitables et aux intérêts légitimes mais aristocratiques des professionnels du droit (avocats et magistrats, par exemple, mais aussi professeurs des écoles de droit) trouvera-t-on la capacité à faire évoluer le droit en sorte que la mondialisation déjà largement amorcée ne suppose pas une uniformisation qui serait inéluctablement rejetée par le plus grand nombre (au moins la « bagatelle » de cinq milliards d'êtres humains)?

<sup>60</sup> Cahiers d'anthropologie du droit 2003, *Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala.

### C. Les questions que se pose l'anthropologue à propos du droit

Ces questions sont partageables avec les juristes.

### Sens et conséquences du comparatisme dans le droit?

Il n'y a pas de généralisations sans comparaison. La science de l'Homme est donc nécessairement comparative mais « comparaison n'est pas raison » car cette démarche s'est heurtée aux limites mêmes de nos systèmes de perception à la fois de ce qui fait sens et de ce qui se présente comme une totalité « discrète », qui n'a point besoin d'être dénommée pour répondre à des besoins sociaux. Il y eut un temps où l'ethnocentrisme était flagrant et où le comparatisme se réduisait à ramener le comportement de l'autre au sien, considéré comme naturellement supérieur. Les ressemblances et différences étaient donc relevées mais elles apportaient plus d'informations sur l'observateur et ses présupposés que sur la culture de l'observé. Une avancée de la recherche anthropologique fut de considérer que « la classification qui précède nécessairement la comparaison dépend des critères choisis » 61 mais sans interroger la logique à l'œuvre dans la démarche scientifique, donc le principe de classification lui-même et les origines intellectuelles de ses fondements conceptuels comme nous l'avons évoqué pour Morgan et les analyses de la parenté. Un nouveau progrès nous paraît avoir été réalisé lorsqu'on a abordé le principe de classification selon l'exigence du modèle comme représentation simplifiée mais globale, susceptible d'être plus aisément critiqué parce que reposant sur une axiomatique explicite. Conceptuellement, on peut identifier trois types de modèles dits « de phénomènes », de « systèmes » et « de processus » 62. Pratiquement, les juristes utilisent des modèles de systèmes qui présentent des avantages pratiques en permettant de distinguer conventionnellement le droit civil, le droit pénal, le droit des contrats, le droit du travail, etc. Mais il est rarissime que des systèmes juridiques appartenant à des traditions différentes reposent sur le même principe de

<sup>61</sup> E.E. EVANS-PRITCHARD, 1971, « La méthode comparative en anthropologie sociale », *La femme dans les sociétés primitives et autres essais d'anthropologie sociale*, Paris, PUF, p.13.

<sup>62</sup> LE ROY, 1999, p. 24-34.

structure, donc soient comparables. Le droit civil et *le common law* ne répondant pas au même principe de structure qu'on trouve dans l'État chez le premier, dans le *rule of law* dans le second, ne sont pas directement comparables. Seul un modèle reposant sur un principe de structure commune peut permettre une réelle comparaison. On a développé avec un grand intérêt de tels modèles pour comparer les rapports fonciers dans les sociétés africaines<sup>63</sup>. Quant aux modèles de phénomènes à l'étude desquels s'étaient consacrés les travaux de l'ethnologie puis des anthropologies sociale et culturelle, ils apparaissent rapidement tautologiques, comme le fonctionnalisme qui l'a orienté. Restent donc les modèles de processus qui sont conçus non selon des principes de distinction supposés pré-existants mais selon l'objectif à atteindre ou le résultat obtenu.

Pour comprendre la diversité des résultats dans un contexte anthropologique où le paradigme de l'altérité est premier, on sélectionne certains paramètres puis des variables internes, les uns et les autres étant considérés comme pertinents pour l'objet considéré. Pour l'étude de la juridicité, l'ouvrage « Le jeu des lois » (Le Roy, 1999) repose sur une sélection (qui a duré finalement une vingtaine d'années) de paramètres puis, une fois le modèle construit, sur une expérimentation dans des domaines différents de la régulation (l'État, l'urbain, le foncier, les droits de l'homme, la médiation et la justice). Aux neuf paramètres originaux, de nouveaux travaux proposent ensuite d'en ajouter un dixième <sup>64</sup> et d'autres ajustements sont concevables dès lors que nous considérons que notre objet d'étude est un ensemble ouvert, dynamique et complexe où tout changement de variable d'un paramètre induit l'adaptation concomitante de tous les autres paramètres.

Sur la base d'une telle analyse, une question se pose : dans quelle mesure les juristes sont-ils prêts à adapter à une lecture « dynamique » acceptant l'incertitude comme une des « règles du jeu », des pratiques professionnelles qui s'inscrivent dans la longue, voire la très longue durée, supposent la recherche de la sécurité des rapports juridiques donc la stabilité et la certitude du résultat? Un modèle comme celui du jeu des

<sup>63</sup> Cahiers d'anthropologie du droit 2002, Retour au foncier, Paris, Karthala.

<sup>64</sup> Ch. EBERHARD, 2002, Droits de l'homme et dialogue interculturel, op. cit.

### L'ANTHROPOLOGIE ET LE DROIT JURIDISME, ETHNOCENTRISME ET REPRODUCTION DES SOCIÉTÉS

lois permet de faire la jonction entre la réalité sociale et « le Droit ». Mais qu'arrive-t-il quand la césure entre les deux devient telle que les principes de la philosophie spontanée du juriste (caractère abstrait et anhistorisme de la référence normative, prétendue neutralité des effets sociaux du droit) sont critiqués et délégitimés? Bref, quand la réalité contestera si radicalement le droit et les juristes qu'on « jettera le bébé avec l'eau du bain » c'est-à-dire les juristes avec une conception obsolète de la vie juridique?

### Quel droit pour quelle société?

Un de nos aphorismes est emprunté à Michel Alliot : « dis-moi comment tu penses le monde, je te dirai comment tu penses le droit ». D'un point de vue rétrospectif, Michel Alliot avait dégagé des traditions judéo-chrétienne, confucéenne et animisme, trois archétypes ou visions du monde connotant effectivement des conceptions originales du pouvoir et du droit. Ces travaux ont été enrichi dans une perspective transmoderne, c'est-à-dire en postulant l'existence dans nos sociétés contemporaines d'une pluralité d'archétypes donc en renforçant l'hypothèse de complexité. Mais ces analyses restent inachevées faute, sans doute, de pouvoir mesurer l'ampleur des innovations introduites par des événements tels que la chute du mur de Berlin et l'éclatement du bloc soviétique sur le long terme, l'attentat du 11 septembre 2001 à New York, la redéfinition des polarités économiques et politiques mondiales (crise européenne, montée en puissance de la Chine et de l'Inde, interventionnisme des USA), etc.

Quel type de mondialisation va en émerger, donc de quel droit (ou juridicité) aurons-nous besoin? À l'encontre d'une interprétation excessivement réductrice des processus en cours, interprétation qui suppose que la globalisation d'un droit du marché conduit à une homogénéisation et à une uniformisation de la vie juridique, nous pouvons observer, parallèlement puis de plus en plus conjointement, des manifestations d'un mouvement de recherche sinon d'alternatives au moins de réponses diversifiées, à des échelles différentes et s'inscrivant dans la problématique du pluralisme. À un besoin d'une unité indispensable pour que le capitalisme puisse exister et se reproduire correspond la pluralité des réponses dont doivent disposer les sociétés pour valoriser toutes les virtualités et toutes les richesses dont elles

disposent et qu'elles proposent aux échanges. Mais, quels objectifs se proposent donc de suivre les sociétés, c'est-à-dire les femmes et les hommes qui les composent?

### Quels objectifs poursuivre et quelles missions attribuer au droit?

La modernité a considéré la société comme une réunion d'individus unis par un contrat « social » dont les termes ont fasciné les philosophes des Lumières. L'anthropologue Louis Dumont<sup>65</sup> a montré que cette nouvelle construction avait pour but de subvertir les notions médiévales, et en particulier celle *d'universitas*, qui renvoyait à une idée de totalité organique. Cette opposition entre *universitas* et *societas* est caractéristique d'un mouvement philosophique et politique dominé par les idées de liberté et d'égalité à la base de l'idéologie moderne, explique Louis Dumont. On peut relever, en outre, que toutes les institutions de l'âge moderne sont conçues à partir du principe d'unité emprunté au monothéisme chrétien : un Dieu, un État, un Droit, un Marché, etc.

Si l'anthropologie du droit a souvent analysé cet unitarisme et ses spécificités au regard des applications du pluralisme par exemple (voir *supra*), un problème a émergé récemment et on n'en apprécie pas encore totalement les conséquences : le rôle de l'institution et de l'institution-nalisation. Qu'est-ce qu'instituer et instituer quoi?

Sous un angle théorique, l'institution a été largement analysée par les juristes publicistes, francophones en particulier, durant tout le XX<sup>e</sup> siècle. Au plus simple, J. Dabin la définit comme « ensemble de règles juridiques concourrant à un but commun » et on y ajoute généralement la stabilité, la reconnaissance officielle et la symbolisation comme des traits de l'institution.

Les auteurs divergent pourtant sur les relations entre droit et institution. Maurice Hauriou, par exemple, considère que l'institution et le droit sont deux réalités distinctes, l'institution étant une source du droit alors que Santi Romano affirme que chaque institution est un ordre

<sup>65</sup> L. DUMONT, 1983, Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne, Paris, Seuil.

### L'ANTHROPOLOGIE ET LE DROIT JURIDISME, ETHNOCENTRISME ET REPRODUCTION DES SOCIÉTÉS

juridique distinct vérifiant l'hypothèse du pluralisme <sup>66</sup>. Sans doute, également, les origines canoniques de la notion d'institution ont-elles été rappelées comme « un type particulier de persona ficta et rapraesentata, différente de la persona ficta de la corporation autant que de la fondation [...] et dotée d'une "auctoritas superioris externe" » <sup>67</sup>. Par là on voit apparaître la dimension religieuse de la symbolique associée à la notion d'institution. Mais que cherche-t-on à désigner? Quelle fonction se trouve assignée à l'institution et, par là même au droit, qu'ils soient (Santi Romano) ou non (Hauriou) confondus?

L'anthropologie du droit se contentait d'une description du droit de Pierre Legendre comme « art dogmatique de nouer le social, le biologique et l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité » 68. La reproduction de l'humanité étant une référence très globale, une première précision a été apportée en centrant l'analyse sur les modalités de reproduction des sociétés. Michel Alliot parlait à la même époque de « "luttes" et d'enjeux "vitaux" » (Alliot, 2003, précité). Cette référence à la vie est au cœur des travaux récents de Pierre Legendre 69 commentant la formule « vitam instituere ». Sa perspective d'anthropologie dogmatique a pour objet « l'exigence structurale d'élaboration, par le sujet, de son rapport à l'interdit » (1999, 28) et de « l'expérience de la limite » (1999, 32) et où « le droit tient ainsi une place d'herméneute dont on peut sommairement baliser le champ compte tenu des intérêt de l'humanité qui justifient la normalité juridique » (1999, 43).

### Rappelons d'abord que :

« [c]'est autour de cette question centrale [instituer la vie] qu'il devient plausible aujourd'hui de faire la synthèse entre l'expérience éprouvée

<sup>66</sup> Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, sous la dir. d'André-Jean Arnaud, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> ed. 1993. Entrée Institution, p. 303-308.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 304.

Cette description, qui n'est pas une définition, est empruntée aux cours de Pierre Legendre à l'École pratique des hautes études V<sup>e</sup> section en 1981-1982. Par la suite, certains éléments en ont été modifiés (LEGENDRE, 1999).

<sup>69</sup> P. LEGENDRE, 1999, Sur la question dogmatique en Occident, Paris, Fayard.

### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

dont témoigne concrètement notre système juridique et les interrogations sur l'identité exigées par les transformations sociales et politiques d'aujourd'hui. »

Pierre Legendre ajoute ensuite, en précisant cette expression :

« [...] Il s'agit de fonder la vie, de sorte que les fondements du droit relèveraient en définitive des fondements mêmes de la vie dans l'espèce parlante. Le pouvoir de référer, au moyen de la médiation des catégories juridiques, serait donc, dans cette perspective, l'instrument social essentiel, destiné à faire prévaloir, à travers les générations qui passent et pour le compte de l'espèce, un impératif d'organisation dont dépendent à la fois, par emboîtements ordonnés, l'aptitude des individus à la vie et la reproduction des agglomérats sociaux. S'il en est ainsi, instituer veut dire faire naître les individus une seconde fois [...] » (1999, 117).

Mais concrètement, dans les pratiques juridiques au quotidien? Dans nos travaux sur la justice en Afrique <sup>70</sup> nous remarquions qu'il s'agit d'instituer les conditions de la vie (vitam instituere) en produisant un ordre (ordinem instituere), de « mettre en ordre et de mettre de l'ordre » en paraphrasant une formule de Pierre Bourdieu : « codifier c'est à la fois mettre en forme et mettre des formes » <sup>71</sup>. Il nous semble en effet que la formule de Cicéron, « in ordinem adducere » <sup>72</sup>, mettre en ordre, décrit cette fonction du droit qui est « d'amener les sujets de droit à un ordre et faire advenir ce nouvel ordonnancement dans la société ».

L'enjeu du droit contemporain reste toujours de faire adhérer le sujet à un ordre qui est à la fois social, politique, économique et symbolique et dont la fonction est d'assurer la reproduction de ce type d'humanité que nos visions du monde, donc notre cécité au moins partielle, nous autorisent à observer. Le problème crucial n'est plus cependant de dire cet ordre car il est déjà largement saturé de normes plus ou moins codifiées mais d'y faire adhérer selon une problématique de pluralisme juridique. Or les croyances scientifiques qui le soustendaient s'étiolent, la raison n'est plus approchée que comme une

<sup>50</sup> É. LE ROY, 2004b, Les Africains et l'institution de la justice, op. cit.

<sup>71</sup> BOURDIEU,1986, précité, p. 41.

<sup>72</sup> CICÉRON, Academia, 2, 118.

### L'ANTHROPOLOGIE ET LE DROIT JURIDISME, ETHNOCENTRISME ET REPRODUCTION DES SOCIÉTÉS

logique sans doute préférable mais rarement unique et la religion prend une autre signification, moins dogmatique et plus affective, voire sensuelle.

Dans cette perspective, la lecture normative ou substantielle de droit devient seconde face à des notions qui émergent comme des enjeux nouveaux : le droit d'agir, le droit des repères, le droit de la pratique, bref de nouveaux champs de recherches que les jeunes chercheurs en anthropologie du droit sont invités à explorer.

De plus, aux quatre ordonnancements déjà explorés, imposés, négociés, acceptés et contestés<sup>73</sup>, est venue s'ajouter une cinquième polarité, la médiation qui n'est plus seulement liée à l'ordonnancement négocié mais qui est partie prenante des autres modes de régulation<sup>74</sup>. À la manière des Chinois qui, postulant cinq points cardinaux, placent au centre des points Nord/Sud/Est/Ouest l'autel du ciel, axe du monde situé au sud-est de la cité impériale, de même la médiation propose de refonder nos sociétés sur une base qu'on n'ose dire consensuelle, mais qui pourrait être, à tout le moins, plus participative et responsabilisante.

Rêve d'anthropologue ou mystère du droit?

<sup>73</sup> LE ROY, 1999, Le jeu des lois, op. cit.

<sup>74</sup> C. YOUNÈS et É. LE ROY, 1982, Médiation et diversité culturelle, pour quelle société?, Paris, Karthala.

### Références bibliographiques complémentaires

Une bibliographie censée illustrer un tel domaine est un puits sans fond, donc un défi qu'on ne cherchera pas à relever, d'autant plus que la chasse à la documentation fait partie de l'apprentissage du métier de chercheur.

### Pour en savoir plus,

- ALLOT, A., 1980, The Limits of Law, London, Butterworths.
- ASSOCIATION FRANCOPHONE D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT, Anthropologies et droits, état des savoirs. Tome 1 Parenté, pouvoirs, pluralisme, culture juridique, foncier, s.l., s.e., à venir 2006.
- BOHANNAN, P., 1957, Justice and Jugement among the Tiv, London, OUP.
- BOHANNAN, P. (ed.), 1967, Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict, Austin, UTS.
- CHANOCK, M., 1985, *Law, Custom and Social Order*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GULLIVER, Ph., 1963, Social Control in an African Society, London, Routledge & Kegan Paul.
- HAMNET, I., (ed.), 1977, Social Anthropology and Law, London, Academic Press.
- GLUCKMAN, M., 1955b, Custom and Conflict in Africa, Oxford, Blackwell.
- MERRY, S. E., 1988, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, vol. 22.
- NEGRI, A., 1983, *Il Giurista dell'ara romanista di fronte all' ethnologia Giuridica*, Milano.
- POSPISIL, L., 1971, *Anthropology of Law, a Comparative Theory,* New York, Harper & Row.

## L'ANTHROPOLOGIE ET LE DROIT JURIDISME, ETHNOCENTRISME ET REPRODUCTION DES SOCIÉTÉS

- ROBERTS, S., 1979, Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology, Hardmondsworth, Penguin.
- ROULAND, N., 1987, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, « Droit fondamental ».
- ROULAND, N., 1991, Aux confins du droit, Paris, Odile Jacob.
- SACK, P., C.P. WELLMAN and M. YASAKI (eds.), 1991, Monistic or Pluralistic Legal Culture, Anthropological and Ethnological Foundations of Traditional and Modern Legal Systems, Berlin, Dunkler en Humblot.
- SNYDER, F.-G., 1994, *Law and Anthropology : a Review*, Florence, EUI Working Paper Law, n° 93/4.
- STRIJBOSCH, Fons et M.-C. FOBLETS (éd.), 1999, *Relations* familiales interculturelles: Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique, Oñati, The International Institute for the Sociology of Law, 300 p.
- VANDERLINDEN, J. et M. DOUCET, 1994, La réception des systèmes juridiques : implantations et destin, Bruxelles Bruylant.

### Dictionnaires et encyclopédies

- Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles, sous la direction de Gilles Ferréol et Guy Jucquois, Paris, Armand Colin, 2003. Entrée Droit.
- Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, PUF/Lamy, 2003. Entrées anthropologie juridique, colonies, pluralisme juridique.
- Dictionnaire de l'ethnologie, de Michel Panoff et Michel Perrin, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1973. Entrée parenté.
- Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie, sous la direction de Pierre Bonte et Michel Izard, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> ed., 2004.
- Dictionnaire de la justice, sous la direction de Loïc Cadiet, Paris, PUF, 2004. Entrées Alternative Disputes Resolution, Anthropologie de la justice, Bourdieu.
- Dictionnaire de droits de l'homme, Paris, PUF, à venir 2006.

### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

- Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, sous la direction d'André-Jean Arnaud, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> ed. 1993. Entrées Alternatif, Anthropologie juridique, Conciliation, Normes en anthropologie du droit.
- Digesto, Torino, UTET, 4<sup>e</sup> ed., 1993, vol. VIIII. Entrée Etnologia Giuridica.
- Encyclopédie de la Pléiade, Ethnologie générale, sous la direction de Jean Poirier, Paris, Gallimard, 1968. Entrées « Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique » (J. Poirier), « L'ethnologie juridique » (H. Lévi-Bruhl), « Acculturation juridique » (M. Alliot).

New Encyclopedy of Africa, forthcoming.

## The Lessons and Limits of Law and Economics\*

### Michael TREBILCOCK\*\*

Abstract			115
I.	A C	Conceptual Overview of the Economic Perspective on Law	116
	(1)	Intellectual History	116
	(2)	Positive and Normative Economic Analysis	118
		(a) Positive Analysis	119
		(i) Impact Analysis	119
		(ii) Positive Theories of Legal Doctrine	129
		(b) Normative Analysis	133
	(3)	Limitations of the Economic Perspective	136
II.	The	Economic Role of Property Rights	138
	(1)	Introduction	138
	(2)	The Prisoner's Dilemma Problem	139
	(3)	The Tragedy of the Commons	142
	(4)	The Pervasiveness of Property Rights Issues	146
III.	The	Economic Perspective on Contract	147
	(1)	The Economic Functions of Contract Law	147
		(a) Containing Opportunism in Non-Simultaneous Exchanges	147
		(b) Reducing Transaction Costs	148
		(c) Discouraging Carelessness in the Exchange Process	149
		(d) Identifying Pareto Superior Exchanges	149
	(2)	Conditions for a Pareto Superior Exchange	149
		(a) Commodification	150
		(b) Voluntariness	151
		(c) Asymmetric Information	153

<sup>\*</sup> This is a revised and updated version of my paper "An introduction to law and economics", (1997) 23 *Monash Law Review* 123.

<sup>\*\*</sup> Faculty of Law, University of Toronto.

### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

	(d) Externalities	154
	(e) Gratuitous Promises	155
IV.	Other Areas of Economic Analysis of Law	156
V.	Comparative Allocative Systems : the Case of Scarce Lifesaving Technology	158
	(1) Markets	158
	(2) Lotteries	159
	(3) Queuing (First Come First Served)	160
	(4) Voting Regimes (Democratic Allocation	160
	(5) Administrative (Merit) Allocation	161
VI.	Conclusions	163

This paper reviews the evolution of law and economics scholarship, and identifies different styles of economic analysis of law by emphasizing the basic distinction between positive and normative analysis. By way of illustrating the economic approach to law, the paper emphasizes the way economics approaches the two legal building blocks of a system of private ordering ie, private property rights, and freedom of contract. The paper goes on to note the wide range of legal issues that have attracted attention from law and economics scholars over the last decade or so. The paper concludes by adopting a comparative systems approach to allocational issues by taking the example of scarce lifesaving technology and examining how markets, lotteries, queues, voting systems, and administrative forms of merit allocation might deal with the allocational problem, and the normative strengths and weaknesses associated with each allocational model.

# I. A Conceptual Overview of the Economic Perspective on Law

### (1) Intellectual History

Many of the great political economists of the past, such as Adam Smith, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, and Karl Marx understood the intimate relationship between the configuration of a country's legal system and the configuration of its economy. One of the great ironies in the evolution of intellectual disciplines over the past century or so is that the theory of the gains from specialization, which Adam Smith argued so persuasively for in the economy at large in The Wealth of Nations in 1776, and which he defied so spectacularly in the sweep of his own work, has been adopted, with largely unbridled enthusiasm, in many scholarly disciplines. For example, until recently, much legal education and research has tended to ignore the impact of a country's legal system on its economy, and the reverse – the impact of economic forces on the operation of its legal system. Equally, modern economics, with its predilection for very abstract mathematical modeling of fine theoretical issues, has tended to underemphasize institutional factors that bear on how an economy, or sectors of it, are actually likely to function in the real world.

Prior to 1960, most North American law schools paid attention only to antitrust, public utility regulation, and perhaps tax policy from a law and economics perspective (sometimes referred to as the 'old' law and economics)<sup>1</sup>. However, beginning in the early 1960s with pioneering articles by Guido Calabresi<sup>2</sup> on tort law and Ronald Coase<sup>3</sup> (the 1991)

See generally on the history of law and economics scholarship, Edmund KITCH, "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics", (1982) 33 *Journal of Legal Education*, 184.

Guido CALABRESI, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", (1961) 70 Yale Law Journal, 499; Guido CALABRESI, The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis (New Haven: Yale University Press, 1970).

Nobel Prize winner in economics) on property rights, followed by prolific writings and a comprehensive text by Richard Posner<sup>4</sup> on a vast range of legal issues, the field of law and economics has burgeoned with many lawyers and economists around the world now exploring the economic implications of almost every aspect of the legal system<sup>5</sup>. The 'new' law and economics is often as much interested in non-market as market behaviour to which the 'old' law and economics largely confined itself. This development has been accompanied by the initiation of a number of specialized law and economics oriented scholarly journals, American, Canadian, European, Australian, New Zealand and Latin American Law and Economics academic and professional Associations, and the appointment or cross-appointment of professional economists to the faculties of many major North American law schools. In turn, within their own discipline, economists have recently revived an institutional tradition with the emergence of fields such as Public Choice Theory<sup>6</sup> (which models collective decision-making e.g. politics, in a rational, selfinterested actor framework), Transaction Cost Economics<sup>7</sup> (which attempts to explain alternative contractual and organizational structures in terms of the relative costs of economic coordination associated with each), and the so-called New Institutional Economics more generally that

<sup>3</sup> Ronald COASE, "The Problem of Social Cost", (1960) 3 Journal of Law & Economics, 1.

<sup>4</sup> Richard POSNER, Economic Analysis of Law, (Boston: Little Brown, 6<sup>th</sup> ed. 2003).

For recent extensive texts on law and economics, see Mitchell POLINSKY, An Introduction to Law and Economics (N.Y.: Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2003); Robert COOTER and Thomas Ulen, Law and Economics, (N.Y. Addison-Wesley, 4<sup>th</sup> ed. 2004); Steven SHAVELL, Foundations of Economic Analysis of Law, (Cambridge, Mass., Harvard University Press 2004); Richard POSNER, op. cit.; Peter Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law (Palgrave Macmillan, 1998); Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, (eds.), Encyclopedia of Law and Economics (Edward Elgar, 2000).

<sup>6</sup> See *e.g.* Dennis MUELLER, *Public Choice II*, (N.Y.: Cambridge University Press, 1989); Dan USHER, *Political Economy*, (Malden, Mass.: Blackwell Publishing, 2003).

<sup>7</sup> See e.g. Oliver WILLIAMSON, Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, (N.Y.:Free Press, 1975); Williamson, The Economic Institutions of Capitalism, (N.Y.:Free Press, 1985).

focuses on the incentive properties of alternative institutional arrangements in a wide range of contexts (as exemplified by the work of Douglass North, another Nobel Laureate)<sup>8</sup>. The emergence of economic analysis of law has not only attracted many followers, but has also provoked intense controversy, and in this latter respect can claim some credit for helping to reinvigorate competing perspectives on law.

In this essay, I will review the distinctive characteristics of the major forms of law and economics scholarship, both positive and normative, suggesting the kinds of insights that each form can contribute to legal scholarship, but also indicating the major limitations of the perspective. I then illustrate some of the strengths and limitations of the economic analysis of law in two areas of law of central importance to market economies – property rights and contract law. I then briefly note some of the vast range of other areas of law that have been addressed in law and economics scholarship. I follow this review with a comparative systems analysis of an illustrative allocative problem – allocating scarce life-saving technology – to highlight the normative virtues and vices of alternative allocative mechanisms in any society. I conclude the essay by making a constrained and, I hope, modest claim for the contributions of economic analysis of law. I believe that making Panglossian or imperialistic claims for a particular theoretical perspective is likely to lead to its being discredited and disserved, while acknowledging its limitations is not to reject all utility to the perspective. I doubt that other major theoretical perspectives can fairly make grander claims.

### (2) Positive and Normative Economic Analysis

The central preoccupation of economics is the question of choice under conditions of scarcity. Given scarcity, economics assumes that individuals and communities will attempt to maximize their desired ends (which may be of infinite variety) by doing the best they can with the limited resources (means) at their disposal. To the extent that means (or resources) can be made relatively less scarce, or stretched further, more ends or goals of individuals or communities can be realized. Obviously, the legal system, in important ways, structures the choices available to

<sup>8</sup> See, e.g., Douglass C. NORTH, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance* (Cambridge University Press, 1990).

individuals and groups in a whole range of settings. In analyzing issues of choice under conditions of scarcity and subject to other constraints, including constraints imposed by the legal system, law and economics scholarship employs two conceptually different kinds of analysis<sup>9</sup>. The first style of analysis is conventionally referred to as positive analysis, meaning descriptive or predictive analysis. The second style of analysis is normative analysis, meaning prescriptive or judgmental analysis. The first kind of analysis tends to be less controversial than the second.

### (a) Positive Analysis

### (i) Impact Analysis

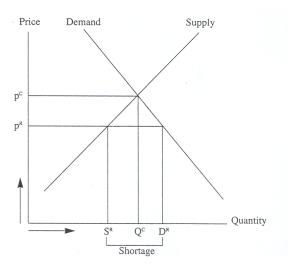
With respect to positive economic analysis of legal issues, the analyst tends to ask the following kind of question: if this (legal) policy is adopted, what predictions can we make as to the likely economic impacts, allocative (the pattern of economic activities) and distributive (winners and losers), of the policy, given the ways in which people are likely to respond to the particular incentives or disincentives created by the policy? In predicting these behavioural responses, the positive analyst will assume that most individuals are motivated by rational self-interest, in the sense of maximizing their individual utilities subject to whatever constraints are imposed on the choices open to them. That is to say, rational (cost-minimizing) means will be chosen to further any given set of ends. Utility functions may be infinitely varied. The late Mother Teresa and her successors may be motivated out of pure altruism to buy rice on the best possible terms from rice dealers in order to feed starving children in the streets of Calcutta. Another person may be motivated out of a desire to sustain a decadent life style to buy narcotics for dealing to drug addicts, causing enormous human suffering as a result. In conventional supply and demand analysis, it is assumed that in most contexts more goods or services will be supplied at higher than lower prices, and that fewer goods or services will be demanded at higher prices than lower prices – supply curves slope up to the right, demand curves slope down to the right. How sensitive supply and demand will be

<sup>9</sup> See Richard POSNER, op. cit., chap. 1 & 2; C. Veljanovski, ibid. chap. 3.

to changes in prices (the elasticity of supply and demand) will largely depend on substitution possibilities open to suppliers and demanders. Supply and demand curves are flatter the more elastic (price sensitive) they are. Even the supply of altruism is likely to be inversely related to its cost – more blood is likely to be supplied altruistically than steak and potatoes. Thus, positive economic analysis is individualistic and subjective in its behavioural premises. For example, a positive analyst of legal issues back in the nineteen-twenties might have asked what behavioural responses on both the supply and demand sides would one predict by way of reaction to Prohibition laws? Similar questions might be asked today about various features of the war on drugs. Or the analyst might ask what kind of first and second-order behavioural responses might one predict to rent control laws, or agricultural supply management regimes that impose price floors and production quotas on producers, or minimum wage laws, or cost plus regulation of public utilities, or exclusive dealing contracts, or the adoption of strict products liability over negligence, on the adoption of no-fault divorce laws, etc. Understanding the incentives effects of these various legal regimes is a necessary prelude to formulating normative judgments as to the merits of the regime under analysis relative to alternative policies that might be employed to pursue the same or alternative social goals.

Several examples from this list will help to illuminate the predictive implications of the basic relationship between demand and supply functions. First, let us take the case of rent controls. Assume that out of concern for affordability, government imposes rent controls on rental accommodation to force rents down below the rate that would otherwise prevail in an unregulated market. The impact of the intervention might be graphed as follows:

Figure 1
Rent Controls



At the competitive price (PC), quantity QC will be demanded and supplied. At the regulated price (PR), DR will be demanded but only SR will be supplied, yielding a shortage of rental accommodation of  $D^R$  -  $S^{R}$ . With this initial disequilibrium in the market, economists would predict the following behavioural responses on the demand side. Prospective tenants will offer key money to obtain accommodation. Incumbent tenants will charge premiums on subletting. Incumbent tenants will be less mobile in labour markets, given the costs of leaving a rent controlled apartment and the prospects of extensive search costs and queues in finding alternative accommodation in new work locations. Some incumbent tenants will benefit from the controls even though they may be well endowed - perhaps better endowed than some landlords. On the supply side, economists would predict that some landlords will attempt to extract key money from prospective tenants; will reduce investments in maintenance; will impose 'adult only' conditions in leases to reduce wear and tear costs; perhaps indulge a taste for racial discrimination in clearing queues of prospective tenants or withdraw units from rental markets or convert to condominiums or co-operatives. Some of these effects can be partly contained by additional regulation, but are unlikely to be entirely eliminated. Generally, the realignment of incentives is easier than applying constraints on behaviour.

Let us now take the case of agricultural supply management regimes that set minimum price floors and maximum production quotas for agricultural products (e.g. eggs) and that are introduced ostensibly in order to enhance the welfare of small family farmers. The initial impact of the intervention can be graphed as follows:

Price
Demand
Supply

pc

DR QC SR Quantity
Surplus

Figure 2
Agricultural Supply Management Regimes

At the competitive price  $(P^C)$ , quantity  $Q^C$  will be demanded and supplied. At the regulated price  $(P^R)$ ,  $S^R$  will be supplied but only  $D^R$  will be demanded yielding a surplus of  $S^R$  -  $D^R$  (the size of which depends on elasticities of demand and supply). The function of maximum production quotas is to ensure that producers only produce  $D^R$  so that the market clears. On the demand side, an obvious prediction is that consumers will buy fewer eggs and those that continue to buy eggs will pay more for them, including people of modest means for whom eggs are a staple. On the supply side, assuming production quotas are initially allocated on an historical basis (producers with an established presence in the market),

the initial quota recipients will obtain supra competitive returns, measured by the shaded rectangle, at the expense of consumers who remain in the market. To the extent that some of these initial quota recipients are relatively less efficient egg producers, resources devoted to producing D<sup>R</sup> of eggs will be greater than necessary. Quotas might, on that account, be made tradeable to allow more efficient (lower cost) egg producers to produce the eggs demanded at P<sup>R</sup>. Prices paid for the quotas will tend to reflect the capitalized value of the future stream of supracompetitive prices (the shaded rectangle). Thus, after paying quota prices, the second generation of egg producers are likely to be making a normal, competitive rate of return on their combined investment in egg production resources and quotas. The end result, it would be predicted, would be an allocatively inefficient industry (too few eggs  $-D^{R}$  – are produced), but a productively efficient industry (the low cost producers service the market after quota transfers), though arguably a distributively perverse outcome in that while small family farmers receive an initial wealth transfer, current egg producers gain nothing from the scheme, and current consumers, including poor consumers, pay more than they need to for eggs. Moreover, the scheme may be politically irreversible, as current egg producers who may have paid substantial sums for quotas to the initial recipients will strenuously resist any termination of the scheme without full compensation (often referred to as 'the transitional gains trap' problem)<sup>10</sup>.

This example can be readily extrapolated to explain the essential features of the E.U. Common Agricultural Policy which has turned the E.U. from the world's largest importer of temperate zone agricultural products into the world's second largest exporter. Despite its Byzantine complexity, the essential features of the CAP are straightforward. First, as a matter of history, E.U. agricultural producers were guaranteed minimum prices for many classes of agricultural products. However, standing alone, guaranteed price floors raised two problems. First, the floor would be undercut by imports. Hence, the E.U. imposed a variable import levy on imports to prevent price erosion from imports. Second, E.U. consumers would not choose to purchase all the products that would

See Gordon TULLOCK, "The Transitional Gains Trap", (1975) 6 Bell Journal of Economics, 671.

### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

be produced at the guaranteed prices. Hence, the E.U. added to the CAP a commitment to purchase all goods produced at the guaranteed prices. With guaranteed prices and guaranteed purchase commitments, E.U. producers acted rationally and increased supply, creating growing surpluses which the E.U. was forced to stockpile. In order to dispose of these surpluses, the E.U. sold them into third country markets, depressing prices in these markets and squeezing out imports from often more efficient producers in other countries. The difference between export prices and guaranteed domestic prices was financed out of the E.U. budget accounting for more than half of its total budget. Hence from a domestic scheme designed to increase farmer's incomes within the E.U., the scheme has affected agricultural markets world-wide as a result of export subsidies to surplus production and countervailing subsidies introduced by other countries and are a key and sharply divisive issue in the current Doha Round of multilateral trade negotiations.

One final and quite different example of positive economic analysis of legal issues relates to the adoption of "no-fault" divorce regimes in many developed countries over the past three or four decades (in place of divorce regimes predicated on proof of a range of matrimonial "offences"). In estimating the likely impact of this legal reform on the divorce rate in a jurisdiction, ceteris paribus, one would want to distinguish between stocks and flows of marriages. At the time of the adoption of the reform, presumably a stock of "bad" marriages were trapped in the old system and would yield an increase in the divorce rate after the reforms. But this effect should be transitory. However, focusing on flows of new marriages, the law now makes many marriages less risky, or mistakes less costly; hence one would predict lower investments in searching for the ideal partner, more mistakes, and hence a higher long-term divorce rate. Offsetting this tendency to some extent is the fact that for some spouses marriage has become more risky, especially economically dependent spouses in more traditional relationships, because of greater ease of exit by their partners, and they may face enhanced incentives to invest in the search process for a potential partner and reduce the risk of errors. This may seem an unromantic way of thinking of marriage and divorce but even in this context a law and economics perspective would seek to emphasize the ex ante incentive effects of legal rules.

These examples illustrate the fundamental presumption of neoclassical economics: that economic agents, in all their various activities, respond to incentives. This proposition is central to understanding the functioning of any pricing system, whether it involves explicit (grocery store) prices, or implicit (penalties for different crimes) prices. To the neoclassical economist, the legal system is simply an institutional arrangement for prescribing, and setting implicit prices for, certain activities, within some overarching consequentialist objective. It then follows that a crucial aspect of the law and economics scholar's enterprise is the empirical testing of the presumption (ie that agents do indeed respond and to what extent to the implicit prices specified by the legal system, whether it be in contracts, tort, criminal law, etc). In the opinion of many law and economics scholars, while law and economics is powerful in its own right as an organizing and sorting tool, it will ultimately be judged on the empirical validity of its propositions. Much contemporary law and economics scholarship has a strong and quantitatively rigorous empirical orientation.

Some of this new work, often referred to as behavioural law and economics<sup>11</sup>, draws on findings from psychology to contest various features of the rational actor model in the way in which individuals process information and react to risks and opportunities. This work was recognized by the award of the Nobel Prize in Economics to a psychologist in 2002 – Daniel Kahnemann, one of the pioneers in this field. For example, many people do not react to different classes of risks in expected cost terms – e.g., they dread dying in a mid-air airplane crash more than in an automobile accident - and indeed we devote considerably more social resources per life exposed to reducing the risk of airplane fatalities than automobile fatalities. Is this rational? Similarly, many people place a higher value on present endowments than prospective endowments, and on out-of-pocket costs than opportunity costs, raising questions as to whether willingness-to-pay or compensation demanded (which economists have conventionally assumed to be equivalent) is the more appropriate measure of value to use in e.g. costbenefit analyses of environmental or health and safety measures.

<sup>11</sup> See *e.g.* Cass Sunstein (ed.), *Behavioural Law and Economics*, (Cambridge University Press, 2000).

### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

In addition, a growing body of literature has focused on the relationship between law and social norms and addresses questions such as when social norms can ensure co-operative behaviour, even in the absence of legal sanctions; why people obey the law; the capacity of the law to reshape social norms over time and conversely the constraints that social norms impose on the ability of the law to change behaviour <sup>12</sup>. Yet again, modern game theory has fruitfully been invoked to explain strategic behaviour in a wide range of legal contexts <sup>13</sup>. The importance of game theory was recognized in the award of a Nobel Prize in Economics to John Nash whose life was popularized in a subsequent movie, *A Beautiful Mind*, and more recently by the award of Nobel Prizes to Thomas Schelling and Robert Aumann.

Setting aside empirical testing of how robust the rational actor model is in various contexts, some conceptual issues arise that are problematic in one respect or another. One such issue is the conception of the rational actor model adopted by Gary Becker<sup>14</sup> and George Stigler<sup>15</sup>. Becker and Stigler would view the rational actor model as relating to choice of means rather than choice of ends. They would acknowledge that individuals may have an infinitely varied set of utility functions: whatever makes people feel better. These will be different for the late Mother Teresa than for Donald Trump or Conrad Black. People

<sup>12</sup> See e.g. Kaushik BASU, "Social Norms and the Law", in Peter Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law (Palgrave Macmillan, 1998); Lawrence MITCHELL, "Understanding Norms", (1999) 49 University of Toronto Law Journal, 177; Eric POSNER, Law and Social Norms, (Cambridge, Mass., Harvard University Press 2000); Richard McADAMS and Eric RASMUSEN, "Norms in Law and Economics"; in Michell Polinsky and Steven Shavell (eds), Handbook of Law and Economics (forthcoming, 2005); Robert ELLICKSON, Order Without Law: How Neighbours Settle Disputes (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991).

<sup>13</sup> See *e.g.* Douglas BAIRD, Robert GERTNER, and Randal PICKER, *Game Theory and the Law*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1994); Douglas BAIRD, "Game Theory and the Law" in Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Palgrave Macmillan, 1998).

<sup>14</sup> Gary BECKER, The Economic Approach to Human Behaviour, (Chicago: University of Chicago Press, 1976).

<sup>15</sup> George STIGLER, "Law or Economics", (1992) 35 Journal of Law and Economics, 455.

have all sorts of utility functions, some of them venal, some of them noble, and others everywhere in between. According to Becker and Stigler, the rational actor model does not go to choice of utility functions. It rather goes to choice of means to maximize whatever is in an individual's utility function. Therefore, what we would observe people doing, if they are rational, is choosing a means that is rationally designed to maximize whatever is in their utility function, which typically would entail choosing means that consume fewer rather than more resources in realizing a given end: that is, choosing the least cost route to the desired end. Why would people expend more resources than they need to in order to achieve whatever happens to be their end in life? This formulation of the rational actor model is attractive but, unfortunately, it is also largely tautological and hence non-falsifiable. Because it is nonfalsifiable, in many respects any explanation of how people will react or respond to changes in their environment is likely, almost by definition, to be true. We observe some pattern of behaviour and we say this must be rational if we assume than an individual has a utility function which is consistent with his or her behaviour. For instance, we see Mother Teresa giving away rice to starving families for nothing. We might say that this does not seem to be consistent with rational self-interested behaviour; or we might say or infer instead that her utility function provides a very large scope for altruism. Then, of course, giving away rice makes eminently more sense. One might also argue, on the basis of the Becker-Stigler model, that suicide can be viewed as consistent with the rational actor model. If people think they are going to be happier dead than alive then we ought to assume they are acting rationally in taking their own lives. This illustrates the point that almost any sort of behaviour we observe can be viewed as consistent with the rational actor model by appropriate manipulation of inferences about peoples' utility functions. However, it is not a very helpful formulation in predicting behaviour because almost any behaviour can be rendered consistent with the model.

It is difficult to escape from this dilemma. One potential line of escape is to argue that what the rational actor model assumes or predicts is that people will rationally pursue their material self-interest – an assumption that seems to relate as much to ends as means. This is the way that many of those who are skeptical about law and economics would characterize, or rather caricature, law and economics – as glorifying greed. Under this more restrictive version of the rational actor

model, if we observe people rationally and vigorously pursuing their material self-interest then that would be viewed as rational behaviour. One thing that can be said about this alternative version of the rational actor model is that, in contrast to the Becker-Stigler model, it is clearly falsifiable. It is not tautologically true. If we observe behaviour of people that does not reflect the rational pursuit of their material self-interest, then this would be inconsistent with the model in the sense that the model would not predict that behaviour. It is clear that in the real world much behaviour would not be consistent with this version of the rational actor model: altruism in families or communities (including Mother Teresa's conduct) would not be consistent with this formulation of the rational actor model. Thus, while this narrower version of the rational actor model has the virtue of being non-tautological, it also has the vice of often not being true. It has the further vice of embodying an important residual ambiguity similar to that entailed in the Becker-Stigler conceptualization of the rational actor model. That is, what exactly do we mean by self-interest or even material self-interest?

An example which illustrates this ambiguity and the difficulty of being able entirely to avoid the Becker-Stigler tautology is the following: suppose we observe some recent immigrant family who, as is common in Toronto, buys a corner variety store; we see most members of the family working 18 hours a day seven days a week, and making a very modest return. We could say that the family, or at least the parents, are pursuing a profit maximizing objective in the sense of trying to maximize their material self-interest. Then we ask the next question, "Why are they doing that? Is it just because they like counting money every night? Do they like the feel of Canadian dollars? Why are they interested in selling as many goods in this little store as they can and selling at the best prices they can get, given the competition? Why are they interested in making money?" It may turn out that the reason is they want to give their children a better education and a better start in life than they had or that they want to send money back home for ageing parents who are in impecunious circumstances. There may be any number of other worthy or not so worthy reasons. Similarly, Donald Trumpa nd Conrad Black seek to maximize their material self-interest in the sense that they are running all kinds of business enterprises and striving to make a fortune. But if we ask the follow up question: why are they interested in making so much money, the answer is that it cannot just be

to put the money in the bank and stare at a huge bank balance every day. They must have something in mind that they want to do with the money. This might be, as Rockefeller or Ford did towards the end of their lives, by setting up very large philanthropic foundations, or it may be to engage in hedonistic or conspicuous consumption. Thus, we can say, looking at their business operations, that they seem to be profit maximizing or maximizing their material self-interest. But then when we ask the follow-up question, why are they doing that, the answer is not obvious. We are driven back to the conclusion that it depends on what is in their utility functions. That is that profit or material self-interest maximization is itself typically a means to some more ultimate end.

As the above discussion shows, there are some serious conceptual problems with the rational actor model. However, in many cases we can side-step these issues. For instance, to go back to the immigrant family running their variety store: maybe we can say we do not care, for the purposes of analysis, why they are interested in making as much money from their business as possible. Thus, if the issue in a public policy context is, what do we expect store owners might do if we extended the legal opening hours, or raised the minimum wage applicable to employees in these stores, or raised some other cost that they faced, such as local property taxes? Could we predict reactions on the part of this class of economic agents to either an expansion of their opportunity set or some law that raises one set of costs or another? My guess is that one could make reasonable predictions about these matters in a profitmaximising framework without needing to answer the question of why they are trying to maximize profits. That is, if, for example, the local government raises property taxes on small businesses and we have some sense of existing revenue and cost constraints, then we might predict that some of these businesses might close down or cut wages or relocate to the suburbs.

### (ii) Positive Theories of Legal Doctrine

A provocative thesis that has been advanced in some law and economics literature is that the common law exhibits a general tendency to the evolution of economically efficient rules. This purports to be a positive (descriptive) rather than normative (prescriptive) theory of the

common law process. The thesis is grounded in various ways. One variant 16 argues that elected officials, who are accountable politically to their constituencies, face incentives in order to secure election or reelection, to espouse policies that will attract the support of a sufficient number of salient political interests, whatever the overall economic impact of those policies. In contrast, it is claimed that judges who do not face these incentives are more likely to adopt rules that are broadly consonant with the general public interest. Moreover, typical common law adjudications in two-party litigation are claimed not to be conducive to the realization of broad redistributive policies. Thus, efficiency as an objective function is attributed to judges largely by default, given the absence of alternative political incentives and effective instruments for effectuating systematic redistributive goals. Hence, the common law courts are viewed as maximizing a broad social welfare function, while politicians and their delegates (for example, bureaucrats and regulators) are viewed as captives of factional politics involving competition and conflict among distributional coalitions. On this view, the common law will tend to be concerned with efficiency, the political process with often cynically motivated redistributional or rent-seeking objectives.

Another variant<sup>17</sup> of the efficiency of the common law thesis is that without making any attribution of efficiency objectives to common law judges, the process of case selection involved in yielding cases for appellate decision and hence rules of precedential weight will tend to present a biased sample of cases to appellate courts – in particular, inefficient rules or legal outcomes will be appealed more frequently than efficient rules or outcomes – so that even if judges are agnostic about the virtues of efficient rules, the sample bias itself will tend to generate, over time, more reversals than endorsements of inefficient rules. The hypothesis of a sample bias rests on the claim that rules that generate larger social costs than benefits (that is, inefficient rules) create large

Richard POSNER, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", (1979) 8 *Hofstra Law Review*, 487.

<sup>17</sup> See e.g. Paul RUBIN, "Why is the Common Law Efficient?", (1977) 6 Journal Legal Studies, 51; George PRIEST, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", (1971) 6 Journal Legal Studies, 65; John C. GOODMAN, "An Economic Theory of Evolution of the Common Law", (1978) 7 Journal Legal Studies, 393.

stakes (hence stronger incentives) in the cost bearers than the beneficiaries to challenge these rules through the appellate process. In other words, the asymmetric costs and benefits of inefficient rules will generate correspondingly asymmetric stakes and incentives in the preservation or repudiation of these rules.

The thesis of the efficiency of the common law is open to various critiques. With respect to the first variant, even though judges do not face the same incentives in their law-making as politicians, it is not clear why, a priori, they would be any more minded to adopt efficiency-determined conceptions of the social welfare rather than, for example, particular notions of distributive justice as among sub-groups of the community, or narrower notions of corrective or commutative justice as between the actual parties in conflict in the litigation before the court, or any of a number of other possible objectives. Conversely, in contrasting the common law to legislation, it is not obviously true that legislators will always be driven by narrow interest-group politics but rather, on occasions, may be responsive to widely shared community values or indeed have some ability to forge or shape such values. For example, the enactment of the Criminal Code is not easily explained in terms of narrow special interest group politics, and many other areas of political and legislative activity present similar difficulties of explanation in these terms.

The sample bias variant is also vulnerable to various criticisms. While the costs and benefits of inefficient rules may be asymmetric, it is not clear that these asymmetries will closely track the relative incentives to litigate. For example, fraudulent behaviour on the part of a merchant may generate larger losses in over-all consumer welfare than gains to the merchant, but because the losses are so widely dispersed, the incentives for individual consumers to sue, and if necessary, appeal, to promote the adoption of an efficient legal rule to regulate this behaviour may be highly attenuated – individual losses may be small and the costs of litigation disproportionately high. Similarly, in the case of a firm polluting a neighbourhood, it may not be rational for an individual member of the neighbourhood to sue, and it may be strategically and procedurally difficult to organize the aggregation of individual claims in a collective action. Even where an individual loss from an inefficient rule is sufficiently large to overcome these barriers to suit, if this loss is a

one-time event for the cost bearer, but the gain for the beneficiary can be extrapolated over many similar transactions in the future, the latter will have incentives to invest greater resources in attempting to defend the rule <sup>18</sup>.

Moreover, even if the sample bias hypothesis has some validity in the case of common law rules, it would equally appear to have similar validity in the case of legislation. Existing or proposed legislation that generates larger costs than benefits will, on the same reasoning, create larger stakes or incentives in the cost-bearers than the beneficiaries to oppose the legislation in the political arena <sup>19</sup>. Thus, it is not clear that the hypothesis identifies anything unique about the common law.

In sum, the efficiency of the common law thesis, while provocative, is controversial and in various important respects uncompelling<sup>20</sup>. However, in transaction-oriented areas of commercial law eg contract law, sales law, corporate law, partnership law and international business transactions, the claim has some plausibility because one would assume that commercial parties would simply contract away from legal rules that they found uncongenial (ie not joint welfare maximizing), thus marginalizing the relevance of the legal rules, although generating unnecessary transaction costs in the process. Legal rules that, on the other hand, reflect the norms that the parties would have chosen for themselves in the great majority of cases serve the socially useful purpose of reducing the transaction costs otherwise entailed in parties having to negotiate a fully-specified, complete contingent claims contract for themselves. 'Transaction costs' here include the costs of hiring lawyers and drafting a detailed, formal, initial contract covering every conceivable future contingency bearing on the contract, and perhaps re-negotiating the contract from time to time.

<sup>18</sup> See Gillian HADFIELD, "Bias in the Evolution of Legal Rules", (1992) 80 Georgetown Law Journal 583.

Jack HIRSHLEIFER, "Evolutionary Models in Economics and Law Cooperation Versus Conflict Strategies", (1982) 4 Research in Law and Economics 1, 47.

For an acknowledgment of the limitations of the thesis, and alternative hypotheses and empirical evidence on incentives to litigate, see George PRIEST and Benjamin KLEIN, "The Selection of Disputes for Litigation", (1984) 13 *Journal Legal Studies*, 1.

However, even in transaction-oriented areas of the law, like contract law, the evidence suggests that the presumption that the common law has evolved efficient rules over time is at best only plausible, and appears manifestly not to be true in a number of contexts such as, for example, the common law of restraint of trade<sup>21</sup>. Moreover, it is easy to indulge in a methodological slide (a form of the naturalistic fallacy) from the positive observation that the common *is* often efficient to the normative assertion that it *ought* always or often to be efficient, which is a claim that requires independent vindication.

### (b) Normative Analysis

With respect to normative economic analysis, again the orientation, as with positive analysis, is individualistic and subjective. This style of analysis conventionally referred to as welfare economics – would tend to ask the question: is it likely that this particular transaction or this particular proposed policy or legal change will make individuals affected by it better off in terms of how they perceive their own welfare (not as some external party might judge that individual's welfare). In this context, two concepts of efficiency are of central importance: Pareto efficiency (named after an Italian economist writing early in the last century) and Kaldor-Hicks efficiency (named after two British economists writing in the inter-war years of the last century). Pareto efficiency would ask of any transaction or policy or legal change: will this transaction or change make somebody better off while making no one worse off? Kaldor-Hicks efficiency, on the other hand, would ask the question: would this collective decision (eg a change in legal rules) generate sufficient gains to the beneficiaries of the change that they could, hypothetically, compensate the losers from the change so as to render the latter fully indifferent to it but still have gains left over for themselves. This latter approach is effectively a form of cost-benefit analysis. Let me elaborate a little on these two concepts of efficiency.

Neo-classical economists in general attach strong normative value to regimes of private exchange and private ordering, and often bring

<sup>21</sup> Michael TREBILCOCK, *The Common Law of Restraint of Trade*, (Toronto: Carswell, 1986), chap. 8.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

some degree of scepticism to bear on the capacity of collective decision makers eg legislatures, regulators, bureaucrats, or indeed courts, to adopt policies or laws that will unambiguously increase net social welfare. This predilection for private ordering over collective decision-making is based on a simple premise: if two parties are to be observed entering into a voluntary private exchange, the presumption must be that both feel that the exchange is likely to make them better off, otherwise they would not have entered into it. Thus, with respect to most exchanges, the economic presumption is that they make all the parties thereto better off. This presumption is rebuttable by reference to a fairly conventional list of forms of market failure, or in a transaction-specific context, contracting failure, which neo-classical economists recognize as inconsistent with this presumption eg monopoly (coercion), externalities, information failures<sup>22</sup>.

In addition to *economic* justifications for the primacy of private ordering, a closely related *political* justification is also often offered by classical liberals or libertarians. As articulated by scholars such as Hayek<sup>23</sup>, Friedman<sup>24</sup>, and Nozick<sup>25</sup>, individual autonomy is seen as a paramount social value and a central precondition to individual freedom. Private ordering is most compatible with this value because it minimizes the extent to which individuals are subjected to externally imposed forms of coercion or socially ordained forms of status. Private ordering is the quintessential form of government with the consent of the governed.

With respect to collective decisions which are not the result of voluntary agreement among all affected parties, typically such decisions will generate both winners and losers. The question then becomes whether the *net* effect of these decisions is to increase social welfare as

For an excellent exposition and critique of the normative justification for Pareto efficiency, see Jules COLEMAN, *Markets, Morals, and the Law*. (Cambridge University Press, Cambridge, 1988) pp. 97-129.

<sup>23</sup> Frederick HAYEK, The Road to Serfdom, (University of Chicago Press, Chicago, 1944).

<sup>24</sup> Milton FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, (University of Chicago Press, Chicago, 1958).

<sup>25</sup> Robert NOZICK, Anarchy, State and Utopia, (Basic Books, New York, 1976).

judged by all affected individuals in terms of the impact of such decisions on their levels of present or prospective utility. The central difficulty here is that these impacts on individuals' utility functions are not directly observable by collective decision-makers, and there is no ready way of ensuring accurate revelation by individuals of their evaluation of these impacts, or of rendering the utilities and disutilities associated with such a decision commensurable. For example, suppose that it were proposed that a major new multi-lane highway be constructed through an urban area, generating gains in utility for commuters from more distant areas but losses in utility to inner-city residents immediately adjacent to the throughway. How can decision makers be confident that the net effect on social welfare of a decision to proceed with construction of the throughway will be positive? Similar questions arise with respect to changes in legal regimes which are imposed on affected parties by collective decision and which make some individuals better off and others worse off. How does one go about determining whether the gains in utility to one group exceed the losses in utility to the other? Thus, economists feel much more confident about making welfare judgments about the impact of private exchanges on the parties thereto than the impact of collective decisions on all parties affected by them. However, it should be acknowledged that the initial decision to-adopt a market system over some other economic system, in contrast to a particular allocational decision within an economic system, requires resort to Kaldor-Hicks rather than Paretian concepts of efficiency, because clearly market systems do generate both winners and losers<sup>26</sup>. Even the pecuniary externalities associated with particular transactions within a market system (eg a new entrant competing a rival out of business by attracting away all his customers) can only be ignored by assuming (probably correctly), as neo-classical economists do, that the benefits to the new entrant and his customers exceed the costs to the failed rival (nevertheless a Kaldor-Hicks welfare judgment)<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Thomas SCANLON, "Liberty, Contract, and Contribution" in Gerald Dworkin, Gordon Bermant and Peter G. Brown, (eds.) Markets and Morals, (John Wiley & Sons, New York, 1977).

<sup>27</sup> See Guido CALABRESI, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", (1991) 100 Yale Law Journal, 1211.

### (3) Limitations of the Economic Perspective<sup>28</sup>

I have sketched a highly simplified explanation for why many economists prefer notions of Pareto efficiency to Kaldor-Hicks efficiency, at least in contexts where private exchange and private ordering is feasible. One objection to the concept of Pareto efficiency, even in its own terms, is that concepts of voluntariness, complete information, and (absence of) externalities upon which it is predicated are extraordinarily vague and to an important extent indeterminate – a question I explore later in this essay. A conventional external ethical critique of the concept of Pareto efficiency is that it takes existing preferences, of whatever kind, as given and provides no ethical criteria for disqualifying morally monstrous or self-destructive preferences as unworthy of recognition. This is a standard objection to any form of utilitarianism. Furthermore, it is also argued that Pareto efficiency is wholly insensitive to the justice or injustice of the prior distribution of endowments that parties bring to an exchange, but rather takes these endowments as given in evaluating the welfare implications of a given exchange, although it should be noted that Paretianism is not inconsistent with redistribution of prior endowments justified on some independent normative principle. The claim as to the centrality of individual autonomy as a social value has also been strongly contested by many scholars who see the autonomous individual self of classical liberal theory as reflecting an impoverished, atomistic, pre-social conception of human life<sup>29</sup>. Rather, it is constitutive attachments to particular families. communities, groups, and institutions which make human life rich and formative of true human identities. Moreover, it is claimed that many preferences are socially constructed, and their existence and validity should not be viewed as prior or exogenous to the choices of social, economic, and legal systems which help shape them. This kind of

For example, Mark KELMAN, A Guide to Critical Legal Studies, (1987) chaps. 4 and 5.

<sup>29</sup> See e.g., Michael SANDEL, Liberalism and the Limits of Justice, (Cambridge University Press, Cambridge 1982); Charles MACPHERSON, Democratic Theory, (Oxford University Press 1973) especially "Elegant Tombstones: A Note on Friedman's Freedom" pp. 143-56; Thomas NAGEL, "Libertarianism Without Foundations", (1975) 85 Yale Law Journal, 136 (review of Nozick); Michael WALZER, Spheres of Justice, (Basic Books, New York, 1983).

communitarian perspective would contend for a much more affirmative conception of individual autonomy or freedom that does not merely imply freedom from restraints, but the availability of adequate opportunities and resources to all individuals to enable them to achieve full human flourishing as social beings. Some of these objections are also directed against the concept of Kaldor-Hicks efficiency: it accepts all existing preferences (at least those supported by dollars) as equally valid; and to the extent that cost-benefit analysis reflects only willingness topay measures of value (rather than underlying utility functions, whether able to be supported by dollars or not), disparities in endowments will bias cost-benefit judgments in distributively unjust ways. Posner's argument<sup>30</sup> that Kaldor-Hicks efficiency (or wealth maximization) is a superior ethical norm to utilitarianism, because it only validates those preferences supportable by resources which in most cases have been obtained by providing goods or services to others that presumably have enhanced the welfare of the latter, has proven highly contentious and for many critics unpersuasive, in part because endowments may reflect the luck of the genetic lottery or early family circumstances and not any morally defensible theory of desert<sup>31</sup>.

While welfare economics as a normative perspective continues to be defended<sup>32</sup>, these criticisms of normative economics cannot easily be dismissed, and reveal the partial nature of the claim on total wisdom that economics should confine itself to, as I elaborate in the conclusion to this essay.

I will now briefly explore some of the general properties of the economic perspective on law in two contexts: property rights and the law of contracts.

<sup>30</sup> Richard POSNER, *The Economics of Justice*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981).

<sup>31</sup> See "Symposium on Efficiency as a Legal Concern" (1980) 8 Hofstra Law Review.

<sup>32</sup> See Louis KAPLOW and Steven SHAVELL, Fairness Versus Welfare, (Cambridge, Mass.:Harvard University Press, 2002).

## **II.** The Economic Role of Property Rights<sup>33</sup>

## (1) Introduction

The definition and specification of property rights is primarily the function of the law of property and to a lesser extent the law of torts (nuisance). The protection of property rights is principally the function of both tort law (nuisance, trespass, conversion, detinue) and the criminal law. Providing for the transferability of property rights is principally the function of the law of contracts.

In defining and specifying property rights, an economic perspective would seek definitions and specifications that internalize as fully as possible to a property rights holder all the costs and benefits associated with utilization of the property rights in question. Failure to internalize costs may create negative externalities leading to overutilization of the resources in question from a social perspective. For example, a widget factory that pollutes the surrounding neighbourhood treats clean air as a free resource even though people in the neighbourhood place a positive value on it. By not including this social cost in the costs of production of widgets, the price of widgets does not reflect their true social costs and too many are demanded by consumers, too many are produced, and too much pollution is created. Failure to internalize benefits may create positive externalities, leading to underutilization of the resource in question from a social perspective. For example, if I plant corn on my farm but other people are allowed to help themselves to it when it is ripe, there is little or no incentive for me to utilize the land in this way. Similarly, if I spend considerable resources inventing a new product but others are able to copy my idea without making any such investments and without reimbursing me, I have little incentive to use my innovative talents in this fashion. Optimal resource allocation and utilization requires that both divergences between private costs and social costs be minimized and that divergences between private benefits and social benefits also be minimized. Hence arguments are

<sup>33</sup> See Steven SHAVELL, *op. cit.*, chaps. 1-7; Robert COOTER, and Thomas ULEN, *op. cit.* chaps. 4-5; Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, chap. 3.

generally made for exclusivity in the definition of property rights, although in fact in most societies we observe complex patterns of private property, common property, and open access property, suggesting that private property rights are not always the most efficient regime<sup>34</sup>. Assuming that property rights have been defined and specified in ways that internalize costs and benefits from utilization of a resource as fully as possible, the economic perspective on property rights would then focus on the importance of facilitating the transferability of these property rights so as to ensure that they end up in their highest valued social uses<sup>35</sup>. This is principally the function of the law of contracts and the exchange process, to which I will turn shortly.

The Prisoner's Dilemma and the Tragedy of Commons are two related paradigms that address the problems described in the previous paragraph.

## (2) The Prisoner's Dilemma Problem

In tracing out the implications in various contexts of the economic perspective on property rights, a central conceptual building block is an understanding of the Prisoner's Dilemma problem<sup>36</sup>. In its original formulation, game theorists postulated the following kind of example: two suspects are taken into custody and separated in different rooms where they cannot communicate with each other. The prosecutor strongly suspects that they are guilty of a specific crime eg armed robbery, but he does not have adequate evidence to ensure their conviction at trial. He points out to each prisoner in turn that each has two alternatives: to confess to the crime that the police suspect they have done, or not to confess. If they both do not confess, then the prosecutor states that he will charge them with a minor charge such as illegal possession of a

<sup>34</sup> See Robert C. ELLICKSON, "Property in Land", (1993) 102 Yale Law Journal 1315.

For a critique of efficiency arguments for private property, see Duncan KENNEDY and Frank MICHELMAN, "Are Property and Contract Efficient?", (1980) 8 *Hofstra Law Review*, 711.

See *e.g.* Robert AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, (Basic Books, N.Y. 1984) pp. 7-11.

## Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

firearm, and they both will receive a minor sentence eg one years imprisonment each. If they both confess to the major charge, they will be prosecuted, but the prosecutor will recommend less than the most severe sentence that he expects they will receive (eg. eight years imprisonment each). However, if one confesses (ie turns State's evidence) and the other does not, then the confessor will receive lenient treatment (eg three months in prison) whereas the latter will receive the most severe sanction provided by the law (ie ten years in prison). The payoff matrix can be reduced to the following:

Figure 3
The Prisoner's Dilemna

	Prisoner 2		
Prisoner 1	Not Confess	Confess	
Not Confess	1 year each	10 years for 1 and 3 months for 2	
Confess	3 months for 1 and 10 years for 2	8 years each	

Obviously, the *joint welfare maximizing* solution available to the two prisoners is for neither to confess, and each to receive one year in prison. However, each faces the temptation to confess, on the assumption that the other will not confess, in order to receive the lightest sentence of three months in prison for turning State's evidence. If each reasons in this way, both may end up confessing and receiving eight years in prison each, which is the *joint welfare minimizing* outcome amongst the various alternatives. In a range of contexts, game theorists predict that, while not inevitable, there will be strong tendencies for this outcome to be the one that emerges.

## Property Rights in a State of Nature

In the original formulation of the Prisoner's Dilemma problem the parties whose welfare is directly at stake are not able to communicate with each other. However, even in settings where communication is possible, there is still a significant risk that defection rather than cooperation strategies may dominate. In a property rights context, let us consider the following example:

Figure 4
Property Rights in a State of Nature



Let us assume that in this primitive pre-legal society where individuals and groups exist in a so-called state of nature, Tribe A grows corn in one valley and in a neighbouring valley Tribe B produces beef. Let us assume further that Tribe A's land is unsuitable for producing anything other than corn and Tribe B's land is unsuitable for producing anything other than beef. Let us assume further that members of Tribe A would prefer to vary their diet from time to time by eating beef as well as corn, and that similarly members of Tribe B would prefer some corn as well as beef. Thus, the question arises as to how transfers of corn from Tribe A to Tribe B and transfers of beef from Tribe B to Tribe A can be achieved. The two basic options are trade or theft. A cooperative strategy would clearly dictate trade, a defection strategy would entail theft. The question is, will a cooperative outcome emerge? Clearly, in the short run, members of each tribe face substantial incentives to engage in theft rather than trade in that with the former option transfers entail lower costs for the recipient than in the case of trade where something has to be given up as a quid pro quo. However, if members of both tribes reason similarly, the limiting outcome may entail each tribe engaging in predatory strategies, with members of the other tribe engaging in defensive strategies, and in the result no corn or beef any longer being produced as all the energies of both tribes become absorbed in predatory and counter-predatory activities. This exemplifies the application of the Prisoner's Dilemma to a property rights conflict, where there is some significant risk that the *joint welfare minimizing* outcome may emerge.

## Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

By way of reducing the likelihood that this outcome will emerge, as a first move members of each of the two tribes would need to recognize the exclusive property rights held by the other tribe in their land and the produce therefrom. Even in a state of nature, given that parties often face the prospect of repeated interactions with each other, the Prisoner's Dilemma problem may solve itself, with recognition emerging over time that co-operation rather than defection is the joint welfare maximizing strategy<sup>37</sup> (although long-standing mutually destructive religious factionalism in many countries raise important puzzles as to why co-operative outcomes have not evolved over time). However, in contemporary societies involving much larger numbers of people, and more impersonal and transient relations, solving the Prisoner's Dilemma problem may prove more daunting in many contexts, and the formal legal system may need to play a much more central role in preventing the externalization of costs or benefits from resource ownership and utilization.

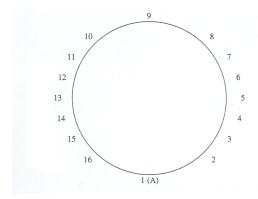
## (3) The Tragedy of the Commons

In medieval England, in many villages, individual villagers or families traditionally had access to a commons for grazing their livestock. The historical evidence strongly suggests that these commons in some cases were overutilized and permanently grazed-out<sup>38</sup>. Let us imagine the following situation:

<sup>37</sup> See Robert AXELROD, op. cit.

<sup>38</sup> Gerald HARDIN, "The Tragedy of the Commons", (1968) 162 Science 1243.

Figure 5
The Tragedy of the Commons



An economic perspective on property rights would ask the following question: if each villager eg A, has unrestricted access to the commons, how will he or she go about deciding how many cattle to graze? The individual welfare maximizing calculus would be to equate marginal private benefits and marginal private costs (MPB = MPC). The marginal private benefits are presumably the milk or beef derived from grazing an additional cow. The marginal costs of raising another cow are presumably principally the pasture consumed, but here the marginal private costs are less then the marginal social costs, because Villager A bears only one sixteenth of the cost of the additional pasture consumed, and hence there is a wedge between marginal private costs and marginal social costs ie MPC < MSC. Obviously if each villager reasoned the same way as A, substantial over-grazing would result, and again the joint welfare minimizing outcome may emerge. It is to be noted that if only one person owned the entire commons, this wedge between marginal private costs and marginal social costs would cease to exist, as the single owner would derive all the benefits from grazing the land but also would bear all the costs.

The problem of common property resources or common pools is pervasive in contemporary society. For example, most problems pertaining to the environment can be thought of as common pool problems, as can urban or highway congestion, or over-utilization of

beaches or parks, or crowding out of broadcast frequencies on the airways.

An interesting institutional exercise is to contemplate the range of possible solutions to the Tragedy of the Commons as originally formulated. These options might include the following: (a) the commons could be divided up into smaller and equal entitlements e.g. pie-shaped slices, with each villager entitled to a slice. This would internalize costs and benefits associated with ownership of the divided resource, but is likely to engender significant diseconomies of small scale (eg duplication of milking sheds, implements, fencing etc). It also treats efficient and inefficient farmers equally, and is unlikely to maximize total economic benefits from the land. Some of these inefficiencies could be minimized if the subsequent sale of initial entitlements were to be permitted. (b) A variant on the above would be to allocate to each villager a cow quota (e.g. four cows each) reflecting the long-term sustainable grazing burden on the land. Again, this may mute the problem, but it will not necessarily be the case that each of the villagers is an equally efficient farmer, so that maximization of the total economic benefits from the land may not be achieved. Again, as in (a), subsequent sale of initial quota entitlements might be permitted so as to encourage the transfer of initial entitlements into the hands of higher valued users; (c) the entire block of land could be sold off to the highest bidder, who, as noted above, would face incentives to equate marginal benefits and marginal costs from the utilization of the land in choosing how many cattle to graze on it. The highest bidder could then employ the other villagers. It may be objected to this solution that it is non-egalitarian and hierarchical and moreover will raise incentive problems in terms of whether villagers under employment contracts will face the same incentives to be productive as when their returns derive directly from the effort they put in; (d) the villagers could incorporate a company or co-operative to own the resource, elect a board of directors, which in turn would appoint a manager to operate the resource on their collective behalves, buying cattle from villagers in return for shares in the corporation or cooperative and perhaps employing all or some of the villagers. This solution, at first sight, has some attractive properties in that the resource will be managed as a single entity, and hopefully marginal social benefits and marginal social costs will be fully equated. Also, it has more of an egalitarian appeal than a sale of the whole resource to a single highest

bidder. On the other hand, questions would arise as to what incentives the manager would have to maximize total economic benefits from the resource as opposed to total personal perquisites, or simply shirking on the job. This is the classic agency cost problem confronted in many principal and agent settings<sup>39</sup>, and may pose significant problems in specifying and monitoring contractual arrangements with the agent. There is also a further serious problem as to whether a majority of shareholders (assuming majority rule) will always face incentives in electing a board and adopting collective policies that will maximize total economic benefits from the resource. There may well be a temptation to appropriate wealth from the minority for their own benefit (eg biased dividend policies etc). On the other hand, to attempt to solve these problems by a voting rule of unanimity may substitute tyranny of the minority for tyranny of the majority, where individual villagers face incentives to 'hold-out' for a disproportionate share of the benefits from collective resource management <sup>40</sup>. It should be noted that these problems would also have to be addressed in collectively choosing and operationalizing options (a), (b), and (c).

In confronting these problems of collective governance, there is a clear analogy to democratic politics more generally. In choosing voting regimes, and accountability mechanisms to contain agency cost problems, the original Prisoner's Dilemma and Tragedy of the Commons problems are unlikely to be perfectly solved, with incentives for rent seeking by coalitions of voters or interest groups, and incentives for agents of the voters (*e.g.* politicians or bureaucrats) to maximize the personal returns from office rather than collective returns. Thus, many features of corporate law in the private sector and constitutional and administrative law in the public sector can be seen as attempts to address these collective action or agency problems.

For example, Michael JENSEN and William MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure", (1976) 3 Journal of Financial Economics, 305; E. FAMA, "Agency Problems and the Theory of the Firm", (1980) 88 Journal Political Economics, 288.

<sup>40</sup> Dennis MUELLER, op. cit. chaps. 4 and 6.

## (4) The Pervasiveness of Property Rights Issues

Property rights issues are pervasive in both contemporary and traditional societies. It has already been noted that most environmental problems and other related problems, such as that of endangered species like whales or elephants can be seen as exemplifying classic Prisoner's Dilemma and common pool problems; similarly, in the case of natural resource exploitation such as fisheries and forests. In the intellectual property sphere, debates over commercial piracy, compulsory licensing of patented drugs and other innovations, unilateral copying of texts and articles, reverse engineering, copying of computer software and hardware etc, all raise property rights issues that exhibit many of the central characteristics of the Prisoner's Dilemma and Tragedy of the Commons paradigm. With respect to interests in land, in response to increasing population density in urban and vacation centres, new interests in land have evolved, such as condominiums, co-operatives, and time-sharing arrangements where the incentive effects associated with different definitions of individual and common areas affect how the resources are utilized. In many developing countries, problems of land reform are central to the formulation of effective development strategies. The land reform problems assume sharply different complexions from one developing country to another. Sometimes the problem takes the form of gross aggregations of land holdings in the hands of a few absentee landlords. In other countries, there has been severe fragmentation of land holdings through traditional regimes of succession leading to substantial diseconomies of small scale. And yet in other countries, like Papua New Guinea, most of the land is owned communally by traditional tribes or clans who must make decisions as to land use on a collective (unanimous) basis, and often face severe legal constraints on formal alienability 41. In the former command economies of Central and Eastern Europe privatizing state-owned property and enterprises has been widely seen as essential to the more efficient utilization of these assets, although in all of these contexts, an economic perspective on property rights is indispensable in uncovering the various incentive or disincentive effects associated with alternative legal regimes. The privatization process has

<sup>41</sup> Michael TREBILCOCK, "Communal Property Rights: The Papua New Guinean Experience", (1984) 34 *University of Toronto Law Journal*, 377.

often been undertaken without the legal and institutional infrastructure required to mitigate agency problems and has led to massive appropriation of state assets by insiders and led to less rather than more efficient utilization of the assets in question<sup>42</sup>.

## **III.** The Economic Perspective on Contract<sup>43</sup>

## (1) The Economic Functions of Contract Law

As noted above, neo-classical economists have a predilection in favour of resource allocation through voluntary exchanges as opposed to collective decisions because they believe that one can have a higher degree of confidence in the welfare implications of private exchanges, where both parties stand to benefit, than collective decisions where typically there are both winners and losers and it is difficult to net out gains against losses. However, this predilection for the private exchange or market process in the allocation of resources does not speak to the economic role of contract law. From an economic perspective, at least four major functions of contract law can be identified 44.

## (a) Containing Opportunism in Non-Simultaneous Exchanges

Let us return to the earlier example of Tribe A producing corn and Tribe B producing beef. Even if a stable regime of property rights is established so that members of Tribe A and members of Tribe B agree to respect the property rights of the other tribe, this in itself does not ensure that mutual gains from trade will be realized. In other words, we have

<sup>42</sup> See e.g. Joseph E. STIGLITZ, Globalization and its Discontents (N.Y.: W. W. Norton & Co., 2002) chap. 7.

<sup>43</sup> See Steven SHAVELL, op. cit., chaps. 13-16; Robert COOTER and Thomas ULEN, op. cit., chaps. 6 and 7; Richard POSNER, Economic Analysis of Law, op. cit. chap. 4; Michael TREBILCOCK, The Limits of Freedom of Contract, (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993).

<sup>44</sup> Anthony KRONMAN and Richard POSNER, The Economics of Contract Law, (Little Brown & Co., Boston, 1979) ch. 1; for a critique of efficiency arguments for freedom of contract, see Duncan KENNEDY and Frank MICHELMAN, op cit..

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

ruled out theft but we have not yet facilitated exchange. Suppose that Tribe A's corn is ripe now and must be eaten within a few days and that Tribe A is prepared to trade a quantity of this corn for a calf from Tribe B, but that the calf will not be ready for delivery for another six weeks. If Tribe A delivers the corn today against the promise of delivery of the calf in six weeks time, there is a serious risk of defection by Tribe B when it comes time to meet its delivery obligations. Tribe A, perceiving this risk, may be disinclined to deliver the corn. In this event, the potential for a Pareto superior exchange would not be realized. This is a variant of the Prisoner's Dilemma problem. While in traditional societies conventions may develop that mitigate the problem, in contemporary societies the law of contracts, by providing remedies in the event of breach of contractual promises, provides an essential check on opportunism in non-simultaneous exchanges by ensuring that the first mover, in terms of performance, does not run the risk of defection rather than co-operation, by the second mover<sup>45</sup>.

## (b) Reducing Transaction Costs

A second economic function of the law of contracts is to supply parties to given categories of exchanges with standard sets of implied terms (that typically they are free to bargain around if they wish) which in most cases are joint welfare maximizing and save the parties the transaction costs entailed in fully specifying a complete contingent claims contract<sup>46</sup>. In addition to various aspects of the common law of contracts, many statutes such as the *Sale of Goods Act*, the *Partnership Act*, and certain aspects of corporation statutes can be thought of in these terms.

<sup>45</sup> Anthony KRONMAN, "Contract Law and the State of Nature", (1985) 1 *Journal of Law, Economics and Organization*, 5.

<sup>46</sup> Jules COLEMAN, "A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law", (1989) 12 Harvard Journal of Law and Public Policy, 639.

## (c) Discouraging Carelessness in the Exchange Process

A third economic objective served by the law of contracts is to discourage carelessness in the exchange process, causing detrimental reliance. Thus, in rules relating to breach of express warranties, innocent or negligent misrepresentation, mistake, promissory estoppel etc, the law attempts to assign liability for negative outcomes from an exchange to the party who could have avoided the problem by taking cost-justified precautions.

## (d) Identifying Pareto Superior Exchanges

A central economic role of contract law is to formulate a set of excuses for contract performance that permits the enforcement of efficient exchanges, but discourages the enforcement of inefficient exchanges that do not meet the criterion of Pareto efficiency. It will be recalled that this criterion requires that at least one party to an exchange perceive himself or herself as better off and the other party no worse off, but in practice both parties, at least *ex ante*, should perceive the exchange as mutually beneficial. Within a Paretian framework, lack of voluntariness, imperfect information, or externalities are likely to provide the principal foundations for an economically grounded set of excuses, whatever the legal form that these may take. I want to explore briefly the challenges presented in specifying more precisely the conditions for a Pareto superior exchange.

## (2) Conditions for a Pareto Superior Exchange

A statement by Milton Friedman in *Capitalism and Freedom*, which would be widely endorsed by most neo-classical economists, provides a useful reference point in exploring these conditions:

"The possibility of co-ordination through voluntary co-operation rests on the elementary – yet frequently denied – proposition that both parties to an economic transaction benefit from it, *provided the transaction* is bilaterally voluntary and informed". 47

<sup>47</sup> Milton FRIEDMAN, op. cit. 13 (his italics).

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

I believe that economists seriously underestimate the problems of specifying the normative content in many elements of the above proposition. Let me illustrate the analytical challenges which must be confronted.

## (a) Commodification<sup>48</sup>

Even if one shares the predilection for private exchanges over collective resource allocation decisions, this does not address the question of the limits on the domain of the private exchange process. As Arrow has pointed out, a private property private/exchange system depends, for its stability, on the system being non-universal<sup>49</sup>. For example, if political, bureaucratic, regulatory, judicial, or law enforcement offices were auctioned off to the highest bidder, or police officers, bureaucrats, regulators, or judges could be freely bribed in individual cases, a system of private property and private exchange would be massively destabilized. On the other hand, one cannot assume that all these public officials will be saints and give endlessly of their time and energy and hopefully wisdom without some attention being given to appropriate remuneration and other incentive arrangements for them. Thus, a healthy private sector presupposes the existence of a healthy public sector, and the design of incentive structures in the public sector that are complementary to the existence of a healthy private sector. A second dimension of the commodification issue is the question of whether certain human attributes should lie beyond the exchange process; is it inconsistent with theories of personhood and human flourishing to permit the sale of sexual services, the sale of newborns, the sale of body parts, surrogacy contracts, participation in the production or sale or viewing of pornographic material etc?<sup>50</sup> As noted earlier, in this essay in reviewing the major limitations of the economic perspective, Paretianism provides little purchase on which preferences should be

<sup>48</sup> See Michael TREBILCOCK, The Limits of Freedom of Contract, op. cit., chap. 2.

<sup>49</sup> Kenneth ARROW, "Gifts and Exchanges", (1972) 1 Philosophy and Public Affairs, 342.

Margaret Jane RADIN, "Market Inalienability", (1987) 100 Harvard Law Rev. 1849; Margaret Jane Radin, Contested Commodities (Cambridge, Mass.:Harvard University Press 1996).

recognized or validated. Again, these issues have often been largely assumed away by many economists.

## (b) Voluntariness<sup>51</sup>

As Friedman acknowledges, for exchanges to possess the mutually beneficial quality that is widely claimed for them, some degree of voluntariness in entering into such exchanges must be present. However, voluntariness is an elusive and complex concept. In a world where scarcity confronts all of us, few of us have unconstrained choices in any exchange relationship into which we enter. While some cases are easy, such as another party seizing my hand and forcing me to sign a contract, or a mugger inducing me to hand over money by confronting me with the alternative of my money or my life, where clearly in both cases I am rendered worse off as a result of my encounter with the other party, other cases are much more problematic. For example, a solitary tug taking a foundering ship in tow in a storm in return for an agreed but extortionate salvage fee may well have entered into a Pareto superior exchange with the captain of the foundering ship, in the sense that both of them are made better off by the exchange relative to the situation that would likely have prevailed in the absence of any interaction between them. However, it seems appropriate to regard the tug captain's behaviour as reflecting the exploitation of a situational monopoly in which a disproportionate share of the gains from the exchange have been engrossed by the monopolist. But, in order to sustain this 'gouging' objection to the exchange, we are hard pressed not to rely on some theory of distributive justice or equality in exchange that goes beyond the bare notion of Pareto superiority. If we are prepared to relieve the captain of the foundering ship from the extortionate salvage fee, we must then confront difficult problems in other contexts. For example, if I happen to have come across a rare stamp (e.g. a Penny Black) in my recently deceased great aunt's attic, and an obsessive stamp collector needs the stamp desperately to complete a particular collection, is it equally objectionable for me to demand a very high price for this scare resource? Similarly, in the case of rare paintings which may be sold at art auctions for astronomical prices. If it is argued that the rare stamp or rare painting cases are different from

See Michael TREBILCOCK, The Limits of Freedom of Control, op. cit., chap. 4.

the foundering ship case, because only in the latter case has advantage been taken of a life threatening situation, how can we then explain the sweep of our antitrust laws, which for the most part address problems of monopolization or market power in non life-threatening contexts? The explanation in these contexts, from an economic perspective, conventionally shifts from distributional effects to allocational effects and their impact on consumer welfare in terms of consumers who have been priced out of the market through reductions in output.

But these concerns do not implicate the welfare of immediate contracting parties who remain in the market. Should we not equally be concerned about them if they are victims of 'gouging'? But if so, why not the buyer of the Penny Black, unless one argues that in this case there are no allocative effects associated with the 'gouging', because there is only one item to allocate, and output cannot be varied in order to inflate the price. If 'gouging' is to be permitted in the Penny Black case, but not the salvage case, one requires a theory of human personhood that makes opportunistic behaviour more objectionable where physical integrity is at stake rather than mere property.

Or, to take another example, is it objectionable for an exceptionally talented movie star or a professional sports star to 'exploit' his or her fans by charging very large fees for his or her services? To take yet a further example, suppose a single mother with six children living in impoverished circumstances, finds that food supplies for the family have run out a week before she receives her next welfare cheque and approaches a local food store operator and asks him to provide her with food on credit to see her through the week until she receives her next welfare cheque. On the assumption that the food store operator is not a monopolist but one of several food store operators in the area and is charging competitive prices, is it inappropriate for him to enforce this contract against her when through intervening misfortune she is unable to pay for the food from her next welfare cheque?

## (c) Asymmetric Information<sup>52</sup>

The economic analysis of information imperfections in markets has become a major focus of modern economics and in 2002, three economists, Joseph Stiglitz, Michael Spence, and George Akerlof, jointly received the Nobel Prize in Economics for their pioneering contributions to this field. As with voluntariness, the issue of imperfect information is pervasive in the contracting process. Almost no exchange is entered into with absolutely perfect information by both parties. Even the purchase of the morning newspaper from the local variety store on the assumption that it will contain an interesting film or restaurant review or sports results, when this assumption turns out to be false, reflects an exchange entered into with incomplete information. As with the voluntariness condition, some cases are easy. If, in selling a used car to you, I deliberately turn back the odometer prior to the sale in order to defraud you, clearly this is not a Pareto superior exchange if the car turns out to be worth half the contract price when its true mileage is revealed. However, other cases of deliberate non-disclosure are much more problematic. Let me list briefly some examples. First, take nondisclosure by sellers. In one case, an owner of a house discovers that he has termites in the attic as a result of hearing their activities at night or observing their droppings and that they have done serious damage to the structure of the house. He sweeps up the droppings in order to conceal their presence and only permits inspections of the house during the daytime so that the termites cannot be heard engaged in their activities at night. This seems tantamount to fraud and is unlikely to lead to a Pareto superior transaction, in which both parties are better off. On the other hand, if I advertise a used car for sale through the classified section of the local newspaper, am I under an obligation to point out every rattle, oil leak, whining noise or rust spot in the car to every prospective purchaser in order for a contract to be binding? But suppose I move it to a new parking spot so that a prospective buyer will not notice an oil patch on the driveway underneath the engine? Or, to take two examples involving non-disclosure by buyers: first, a prospective buyer observes a very rare first edition of Adam Smith's Wealth of Nations, personally autographed by Adam Smith (in his invisible hand), on sale for fifty

<sup>52</sup> *Ibid.*, chap. 5.

cents in a carton of books being sold on a neighbourhood front lawn at a garage sale. Is the prospective buyer under an obligation to disclose the dramatic undervaluation of the book to the seller before buying it at the stipulated price? Similarly, if a prospector, through research of various kinds including flying over vast expanses of farmland taking magnetic soundings, forms a well-informed hunch that a particular block of farmland may have serious potential as an oil drilling sight, is he under an obligation to disclose this fact to the incumbent farmer before purchasing the land at a price that reflects only agricultural uses?

## (d) Externalities<sup>53</sup>

Friedman accepts as a limiting example of involuntariness the case of externalities or neighbourhood effects. To the extent that a contract between two parties entails negative externalities for a third party, one cannot assume that the exchange is Pareto superior once one takes account of the negative third party effects. Again some cases are easy. If A enters into a contract with B to act as hit man in killing or maining a rival of A's (C), we would have little difficulty in viewing this exchange as failing to meet the criteria for Pareto superiority. In reaching this judgment, we would not be particularly concerned about balancing the costs imposed on the third party against the gains to A and B, because C's rights have been non-consensually violated. However, other cases are much more problematic. In a case where A manufactures and sells widgets to B, and in the process of manufacture inflicts pollution on a range of third parties in the neighbourhood, the contract between A and B is not Pareto superior given the costs imposed on the third parties (A and B are made better off, but the third parties are made worse off), but we may still want to balance the costs to the third parties against the gains to A and B, or alternatively the relative avoidance or abatement costs confronting the third parties on the one hand and A on the other (essentially a cost-benefit or Kaldor-Hicks efficiency calculus). Or suppose that I enter into a contract to buy a bright red tie from a local men's wear store, but the tie drives you crazy because it reminds you of the repression your great-grandfather suffered at the hands of the Bolsheviks in revolutionary Russia. Is this third party effect sufficient to

<sup>53</sup> *Ibid.*, chap. 3.

negate the mutual gains from exchange realized by me and the men's wear store? Or if contracts for the rental of pornographic movies have the effect of reinforcing negative gender stereotypes about the role of women in society, are these third party effects sufficiently germane to negate whatever mutual benefits are derived by the parties supplying and viewing these videos? However, if we take this view, suppose that Jerry Falwell and the Moral Majority take the view that cohabitation outside of marriage is immoral and that contracts between landlords and tenants that facilitate such arrangements should be prohibited. Should the disutility perhaps genuinely sustained by Falwell and his followers by virtue of being members of a community where these allegedly immoral relationships occur be given any weight in evaluating the welfare effects of the tenancy agreements in question?<sup>54</sup> Similarly, in the case of current debates over same-sex marriage.

## (e) Gratuitous Promises<sup>55</sup>

In the passage from Milton Friedman quoted above, promises or commitments made in the course of 'economic transactions', because of their supposedly mutually beneficial qualities, appear to be singled out for specially privileged legal recognition. However, suppose that I, as a fully autonomous moral agent, declare, in all seriousness, before a large class of my students and in response to their entreaties, that I am committing myself to making a donation of \$1000 a year for five years to Greenpeace to further the organization's environmental objectives, should I then be able to revoke this promise, even though Greenpeace has not paid for it in an 'economic transaction' and even though it may have not relied upon it in any tangible way prior to my revocation of it? In other words, why should promises have to be paid for in order to be viewed as binding? <sup>56</sup>

<sup>54</sup> See Guido CALABRESI, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", (1991) 100 Yale Law Journal, 1211, 1235-6.

See Michael TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Control, op. cit.*, chap. 8.

For an insightful review and critique of competing theories as to why and when promises should be binding and the choice of default rules for incompletely specified promises, see Richard CRASWELI, "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising" (1989) 88 *Michigan Law Review*, 489.

## Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

Through these various examples, I have attempted to show that while economists' general predilection in favour of voluntary exchanges as opposed to collective decision-making in the resource allocation process may well be justified, many of the complexities associated with specifying precisely what conditions must be met in order for an exchange to possess welfare enhancing qualities are often naively assumed away. Here, it seems to me that many lawyers have a much better measure than many economists of the complexities that have to be resolved.

## IV. Other Areas of Economic Analysis of Law

A rapidly expanding range of areas of law beyond property rights and contract law, have attracted the attention of economic analysts of law. They are too numerous and complex to review in this paper. However, they include tort law<sup>57</sup>, criminal law<sup>58</sup>, corporate law<sup>59</sup>, competition law<sup>60</sup>, international trade law<sup>61</sup>, immigration policy<sup>62</sup> law

<sup>57</sup> Steven SHAVELL, Economic Analysis of Accident Law (Cambridge, Mass.:Harvard University Press, 1987); William LANDES and Richard POSNER, The Economic Structure of Tort Law (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987); Don DEWELL, David DUFF, and Michael TREBILCOCK, Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously (N.Y.: Oxford University Press, 1996); Steven SHAVELL, Foundations of Economic Analysis of Law, op. cit., chaps. 8-12; Robert COOTER and Thomas ULEN, op. cit., chaps. 8 and 9; Richard POSNER, op. cit., chap. 6; Mitchell POLINSKY, op. cit., chaps. 4, 6, 7, and 9.

<sup>58</sup> Steven SHAVELL, *op. cit.*, chaps. 20-24; Robert COOTER and Thomas ULEN, *op. cit.*, chaps. 11 and 12; Richard POSNER, *op. cit.*, chaps. 7, 21 and 23; Mitchell POLINSKY, *op. cit.*, chaps. 10 and 11.

<sup>59</sup> See e.g. Frank EASTERBROOK and Daniel FISCHEL, The Economic Structure of Corporate Law, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1991); Reiner KRAAKMAN and Paul DAVIES (eds), The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, (Oxford University Press, 2004).

<sup>60</sup> See *e.g.* Richard POSNER, *Antitrust Law*, (University of Chicago, 2001, 2<sup>nd</sup> ed.); Michael TREBILCOCK, Ralph WINTER, Paul COLLINS, and Edward IACOBUCCI, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, (Toronto: University of Toronto Press, 2002).

<sup>61</sup> See *e.g.* Michael TREBILCOCK and Robert HOWSE, *The Regulation of International Trade* (London: Routledge, 3<sup>rd</sup> ed., 2005).

and development<sup>63</sup>, family law<sup>64</sup>, bankruptcy law<sup>65</sup>, environmental regulation<sup>66</sup>, the litigation process<sup>67</sup>, intellectual property<sup>68</sup>, comparative law<sup>69</sup>, and civil law<sup>70</sup>. In each case the incentive structure of existing or proposed legal rules is a central focus of analysis.

- 62 See *e.g.* Michael TREBILCOCK, "The Law and Economics of Immigration Policy", (2003) 5 *American Law and Economy Review*, 27.
- 63 See *e.g.* Edgardo Buscaglia, William Ratliff, and Robert Cooter (eds.), *The Law and Economics of Development*, (London: JAI Press, 1997); Kevin DAVIS and Michael TREBILCOCK, "Legal Reforms and Development", (2001) 22 *Third World Quarterly* 21.
- See e.g. Antony Dnes and Robert Rowthorn (eds.), The Law and Economics of Marriage and Divorce, (Cambridge University Press, 2002); Margaret F. BRINIG, From Contract to Covenant: Beyond the Law and Economics of the Family, (Harvard University. Press, 2000); Robert and Elizabeth SCOTT, "A Contract Theory of Marriage", and comments thereon by Michael Trebilcock, Eric Posner, and Margaret Brinig in Frank Buckley (ed.), The Fall and Rise of Freedom of Contract, (Durham: Duke University Press, 1999).
- 65 See Thomas JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986); Phillippe AGHION, "Bankruptcy and Its Reform", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Palgrave Macmillan, 1998).
- 66 See Michael FAURE and Goran SKOGH, *The Economic Analysis of Environmental Law and Policy* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2003); Daniel COLE, *Pollution and Property: Comparing Institutions for Environmental Protection* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).
- 67 Steven SHAVELL, *op. cit.*, chaps. 17-19; Robert COOTER and Thomas ULEN, *op. cit.*, chap. 10; Richard POSNER, *op. cit.*, chaps. 19-22; Mitchell POLINSKY, *op. cit.*, chap. 16.
- 68 See e.g. William LANDES and Richard POSNER, The Economic Structure of Intellectual Property Law, (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2003).
- 69 See Gerrit de Geest and Roger van den Bergh (eds.), *Comparative Law and Economics*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2004, 3 vols.).
- 70 See Ejan MACHAAY, *L'analyse économique du droit* (Les Éditions Thémis, University of Montreal, 2000).

## V. Comparative Allocative Systems: the Case of Scarce Lifesaving Technology<sup>71</sup>

In making contemporary societal choices amongst alternative mechanisms for the allocation of scarce resources, it is important to appreciate the basic array of systemic choices available and the economic, distributional, and other characteristics of each, so that choices are not made in the abstract, but relative to the alternatives. I use the case of scarce life-saving technology to illustrate these points, but this is intended only as a thought experiment that could be extrapolated to any allocational context entailing scarce resources (most resources).

The scenario envisaged here is one where in the early period of some new lifesaving technology, eg dialysis machines, too few units of the technology are available to meet existing demand. For example, let us assume that immediately after the invention of the dialysis machine, in any given jurisdiction there are ten machines available and 100 patients with serious kidney problems who face shortened life expectancy if they do not obtain access to a machine. Because supply is assumed initially to be fixed and the consequences so serious for those who do not obtain access to the scarce resource, Calabresi and Bobbitt characterize this type of case as a 'tragic choice', The possible modes of allocation and the strengths and weaknesses of each can be briefly summarized as follows:

#### (1) Markets

Here, as with other resources in a market economy, we could allocate the scarce resources to the highest bidders. Conventional economic analysis would assume that they place the highest value on them. Of course, the obvious objection to this regime is that people who may derive a disproportionately enhanced life expectancy from access to the technology, or who may value the resources very highly but cannot validate their valuations with personal resources, will not be able to bid successfully, including people who may claim that their past or

<sup>71</sup> The discussion of this example is largely derived from Guido CALABRESI and P. BOBBIT, *Tragic Choices*, (N.Y.: Norton, 1978) at 181-191.

<sup>72</sup> *Ibid*.

prospective social contributions render them especially meritorious. One line of defence of the market regime in this context is that to the extent that there is a concern about the justice of prior endowments, this should be rectified separately and generally, and not through attempts to redress distributive justice concerns through the manipulation of the allocation of this particular scarce resource. For example, if prior endowments have been generally redistributed so as to comport with some defensible theory of distributive justice, would it any longer follow that a market form of allocation here would be objectionable on grounds of distributive justice? In any event, the question would have to be faced as to why this particular scarce resource should be viewed differently from a host of other scarce resources such as automobiles, housing, food, and clothing. What specifically makes the allocation of this particular scarce resource more 'tragic' than the others? If the answer is that this allocative decision bears on issues of life and death, it might equally be argued that access to less rather than more risky occupations, to better rather than worse quality housing and food etc, also bear on the matter of life expectancy. Finally, in favour of the market, it may plausibly be argued that it is the one mechanism, of all of those to be reviewed, where the incentives created on the supply side from a bidding mechanism are likely to increase supply of the scarce resources over time, as the initial scarcity rents engender further innovation and new entry into the production of the scarce resource or close substitutes for it. In other words, this mode of distribution of the scarce resource in itself will affect the future allocation of resources to its production (unlike the allocational mechanisms that follow).

## (2) Lotteries

The ten dialysis machines in the above example could be allocated by putting the names of the 100 patients into a hat and allocating machines to the first ten names drawn out of the hat. This regime would have the virtue of being a randomized (egalitarian) form of allocation which is wealth neutral. It is also presumably very cheap to administer. On the other hand, it will be insensitive to various claims of merit or desert that the 100 patients may wish to make in establishing priorities for themselves. There would also be a question of whether a secondary market should be permitted after the initial lottery, whereby winners in

the lottery would be permitted to auction off their entitlements to the highest bidders. One might well argue that such a secondary market should be permitted, in that to the extent that a holder of an initial entitlement values expenditures on other purposes as preferable to some extension of life expectancy though access to the machine, society should not interfere with that preference.

## (3) Queuing (First Come First Served)

Like a lottery, a queue is likely to be wealth neutral, and depending on how it is organized, may even favour those with low opportunity costs who can afford to invest a good deal of their time establishing and maintaining a high position in the queue. However, again as with lotteries, this method of allocation will be insensitive to various claims as to merit or desert that patients in the pool may feel should influence priorities in the allocation of the machines. As with lotteries, there would also be a question of whether a secondary market should be permitted.

## (4) Voting Regimes (Democratic Allocation

While many variants of a voting regime might be devised, one could imagine a regime where the 100 claimants to the machine constitute themselves a political assembly and decide the allocation collectively through democratic means. However, this assembly could not proceed directly to a vote, or each person would simply vote for themselves and there would be no collective decision. First, the assembly would have to decide (unanimously?) on a constitution that would govern how decisions would be made. Perhaps the decision-rule adopted might entail each claimant presenting the merits of his or her claim to other members of the assembly, and each claimant would then vote for ten claimants (perhaps excluding herself or himself). The top ten vote getters would receive the machines. A number of questions would be raised by such a regime. How would ties be resolved? Would sidepayments for votes be permitted (allowing wealth effects to intrude)? Could groups (parties) form to run slates? How stable would these coalitions be? In the light of Arrow's well known impossibility

theorem<sup>73</sup>, would collective outcomes that emerge reflect any coherent aggregation or ranking of individual preferences? In other words, would the collective outcomes that emerge reflect *anybody's* preferences? Would any set of rankings command stable majority support or simply engender voting cycles?<sup>74</sup> Even if individual preferences are rejected as the basic reference point, in favour of some communitarian theory of the good, such a theory must identify and justify (a) a substantive theory of the good and (b) some person or institution empowered to apply that theory and make the requisite allocations. Both tasks present formidable difficulties<sup>75</sup> as exemplified in the discussion that follows on merit allocation mechanisms.

## (5) Administrative (Merit) Allocation

Various forms of merit-based criteria could plausibly be chosen for application in an administrative allocation regime. These criteria are likely to have different implications for institutional design of the regime. For example, the criterion chosen might be a quantitative one of simply maximizing Patient Life Years (PLY). Here one assumes that a group of medical experts are best able to decide which of the ten patients in the pool of 100 are likely to increase their life expectancies most through access to the dialysis machines. However, it may be argued that PLY should be quality adjusted (QUALY) to reflect the extent of human functioning and enjoyment of life that access to a machine may permit, although these judgments are obviously more subjective than PLY. Moreover, it may be objected that PLY or QUALY may pick up patients whose past or prospective social contributions are minimal or negative, *e.g.* habitual criminals, rapists, child abusers, or winos.

In order to address this problem, one could choose instead a criterion of merit that focuses on future social contributions. Which ten

<sup>73</sup> Kenneth ARROW, *Social Choice and Individual Values*, (New Haven: Yale University Press, 2<sup>nd</sup> ed. 1970), chap. 5.

<sup>74</sup> Dennis MUELLER, op. cit., chap. 5.

<sup>75</sup> For an extended critique of Communitarianism, see Stephen MACEDO, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism*, (Oxford: Clarendon Press, 1990).

patients in the pool of 100 are likely, in various ways, to most enhance the quality of life of the society of which they are members if their lives are extended? Here, the problem will obviously be that these contributions will be of very different kinds and will not be readily commensurable, once one has rejected, as one would have done if the market form of allocation had been rejected, a metric of future social contributions that simply reflects what society is prepared to pay different people for different kinds of contributions. Moreover, in terms of institutional design, it seems obvious that medical experts have no particular comparative advantage in making these social valuations, but now the composition of the committee or agency which is to make the choices would become of critical importance. What would be the criteria for membership on such a committee or agency and who would make the appointments? Or, alternatively, would one simply randomize the composition of the committee or agency through a ballot, eg by picking the names of 12 citizens out of a hat to constitute the adjudicative body (by analogy to a jury)? In terms of process, what kinds of information or submissions would the agency solicit from the 100 claimants and against what criteria would the information be evaluated; how would the veracity of the information be tested; should wealth differentials be neutralized in terms of resources employed in making representations; should invasion of privacy be a concern; would a reasoned set of decisions be required; would these decisions be subject to judicial review and against what criteria? Or should we adopt a completely non-rationalistic ('black box') rather than rationalistic decision making process?

An alternative criterion to future social contributions would be past social contributions. That is to say, despite the fact that a claimant may be elderly and therefore likely to derive limited enhanced life-expectancy from access to a dialysis machine, and may be able to make only a minimal claim in terms of future social contributions, to the extent that this person has been a particularly valuable past contributor to the welfare of society, (eg. Mother Theresa), should this claim not be admitted (although, as in the case of future social contributions, difficulties of both substance and process would arise as to what would count as a more rather than less important past social contribution)?

Again, as with lotteries and queuing, under any system of administrative allocation the issue would arise of whether a secondary

market should be permitted once initial entitlements have been determined. Moreover, the more general question would have to be faced that if we feel so confident of the robustness of the criteria for evaluating either prospective or past social contributions in this context, and for rejecting market valuations of either, why would we not wish to extend these criteria to all allocational decisions, including automobiles, housing, food, clothing, etc?

## VI. Conclusions

In this brief review of the economic approach to law, I have sought to make several general points. First, positive economics, in predicting and testing the impact, allocative and distributive, of alternative legal regimes, offers powerful and indispensable insights about the implications of alternative policy choices 76. Positive economic analysis of legal doctrine, principally in transaction-oriented areas of the law, also offers useful, albeit qualified insights, into the structure and functions of legal rules. With respect to normative economics, the important distinction between Pareto efficiency and Kaldor-Hicks efficiency underscores the virtues of the private exchange or market process over collective methods of resource allocation in many contexts, although I have acknowledged the formidable conceptual problems that arise in specifying the conditions for Pareto superior exchanges. Even with respect to collective resource allocation decisions in contexts where the private exchange process may not be feasible, it seems to me that the concept of Kaldor-Hicks efficiency, or at least its broader utilitarian precursor which is not dependent on ability to support preferences with dollars (but is correspondingly more difficult to measure), offers a useful discipline in analyzing the choices that we must confront. In our daily lives, as individuals, as families, and as communities, given pervasive conditions of scarcity, we constantly face the need to choose amongst alternative good things: whether to read another law book or go out to a movie, whether to give money to one child to pursue university studies or to another child to go traveling, whether to build an opera house or provide enriched educational programmes for learning disabled children.

<sup>76</sup> See Anthony OGUS, "What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics" (2004) 79 *Chicago-Kent Law Review*, 383.

None of these choices involves choosing between some things that are moral and others that are immoral, or some things that are good and others that are bad, but choosing between things all of which are, in an abstract sense, good. In making these choices, some form of cost-benefit analysis, however fragile and imperfect, seems unavoidable. Either Kaldor Hicks efficiency or a broader utilitarian calculus forces us to confront the full opportunity costs of our choices.

Let me conclude by acknowledging that any one-value view of the world is likely to prove, at the limit, self-defeating. For economists to claim that they are only interested in maximizing the total value of social resources, without being concerned about how gains in the value of social resources are to be distributed and whether these gains are in fact making the lives of individuals better, and whose lives, or while ignoring the impact of economic change on the lives of individuals or on the integrity or viability of long-standing communities, reflects a highly impoverished view of the world. On the other hand, theorists committed only to concepts of distributive justice, who proceed in their analysis by inviting us to assume a given stock of wealth, or a given increase in the stock of wealth, and then asking what a just distribution of that wealth might entail, are largely engaging in idle chatter as long as the wealth creation function is simply assumed. Creating wealth is a necessary precondition to distributing it. Similarly, communitarians who stress values of solidarity and interconnectedness and discount values of individual autonomy and freedom risk pushing this perspective to an extreme where communitarian values become exclusionary, authoritarian, or repressive. Thus, that any one perspective on the world should offer only a fragmentary grasp on the total wisdom required to shape a more congenial world should not be surprising and should not be viewed as a fatal indictment of that perspective. I feel confident in asserting that in building a better world according to any sensible set of rights, an economic perspective will be an indispensable, albeit non-exclusive ingredient.

# Voyage épistémologique et conceptuel dans l'étude interdisciplinaire du Droit\*

## Pierre Noreau\*\*

()	Le problème posé par l'épistémologie du champ juridique : la fonction intellectuelle de la théorie		
	2)	Le problème du droit abordé comme catégorie première : la centralité du droit	
	3)	Les concepts mal entendus	175
		3.1 Entre théorie du droit et sociologie : le concept de norme	175
		3.2 Entre théorie du droit et science politique : l'État, la souveraineté et le commandement	179
	4.	Les conditions d'une cohabitation interdisciplinaire	182
		4.1 La scène et le balcon : regards internes et externes sur le droit	183
		4.2 Les compromis disciplinaires	185
		4.3 Les re-questionnements nécessaires	186
		4.3.1Les exigences imposées à la théorie du droit	186
		4.3.2Les exigences imposées à la sociologie du droit	190
		4.3.3Les exigences imposées à la science politique	194
	Co	nelucion	109

<sup>\*</sup> Ce texte est un perpétuel chantier. Il a connu (et connaîtra vraisemblablement) d'autres versions et d'autres formes. On peut en trouver une première mouture sous forme d'article, publié sous le titre : « La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire », dans *Politique et sociétés*, n° 19, n° 2-3, 2000, 153-177.

<sup>\*\*</sup> Professeur et chercheur au Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

Le droit se conçoit différemment selon qu'on l'étudie en tant qu'ordre normatif, en tant que technique de régulation politique ou en tant que champ particulier de l'activité sociale. On reconnaît là des perspectives propres à la théorie du droit, à la science politique et à la sociologie du droit. On apprend dans chaque cas quelque chose du droit que l'autre perspective ignore. Chaque discipline comporte ainsi un point mort, et lors même que le droit les rapproche, chacune compromet l'autre sur l'une ou l'autre de ses catégories essentielles. Elles se touchent, aurait dit Tocqueville, « par leurs bouts douloureux ». Ainsi, la science politique et la théorie du droit traitent toutes deux du problème du commandement et de la sanction; la théorie du droit et la sociologie sont toutes deux préoccupées par le problème de la production des normes et par leur validité, alors que la science politique partage avec la sociologie le problème des relations de pouvoir et du fonctionnement des institutions. Chacune pose finalement à sa façon le problème de la légitimité. Avant d'arriver à ces points de jonction, il convient cependant d'exposer ce qui distingue les sciences sociales de la théorie du droit, du point de vue de leur ambition respective.

On conviendra immédiatement des limites inhérentes à un tel exercice. Il s'agit toujours de démarches « situées », sinon largement balisées, par les intérêts et les préoccupations intellectuelles de leur auteur. Le texte qui suit ne fait pas exception à la règle. Confronter les épistémologies suppose qu'on les situe d'abord la Minsi, nous nous sommes arrêtés ici à la science politique dans la mesure où elle s'intéresse au droit, ce qui nous poussait (presque par nécessité) du côté du droit public et nous place souvent dans la perspective contractualiste. De même, on abordera la sociologie du droit sous l'angle du pluraliste juridique, qui pose à la fois la question de la définition et de l'institutionnalisation des normes sociales. S'agissant finalement de la

Lire, dans une perspective plus descriptive des distinctions entre théorie du droit et science sociale le texte de Mark VAN HOECK, What is Legal Theory, Amersfoort/Leuven, Acco, 1985. Van Hoeck y définit cependant la théorie du droit dans une perspective plus générale que nous le faisons, celle des études de jurisprudence qui, dans le monde anglo-saxon, incluent des perspectives plus critiques du droit (féministes ou marxistes), ce que nous ne faisons pas ici, de manière à mieux exemplifier les problèmes associés à l'interdisciplinarité.

théorie du droit, on se référera d'abord aux perspectives développées par Kelsen, Hart et, dans une moindre mesure, Dworkin. On verra au fur et à mesure de l'exposé qu'une lente évolution permet d'envisager aujourd'hui une approche plus interdisciplinaire du champ juridique.

## 1) Le problème posé par l'épistémologie du champ juridique : la fonction intellectuelle de la théorie

Une des principales difficultés que rencontrent les théoriciens du droit dans leurs relations avec les chercheurs issus des sciences sociales tient à la place différente que tient pour les uns et les autres le travail théorique. Il s'agit seulement là d'un des malentendus nombreux qui jonchent le terrain de la recherche interdisciplinaire sur le droit.

Ainsi, pour le théoricien du droit (qui est en général un juriste), le travail théorique ne vise pas tant à définir le droit comme institution historiquement ou socialement située qu'à rendre compte du phénomène juridique *en-soi*, dans sa forme propre, sans toujours considérer son rapport aux autres faits sociaux<sup>2</sup>. Le théoricien du droit cherche surtout à cerner la nature particulière du droit positif<sup>3</sup>, à reconnaître les critères de la juridicité et les conditions nécessaires à l'établissement d'un ordre juridique stable. Aussi, depuis Kelsen, les principaux efforts consacrés par les théoriciens du droit ont-ils visé à distinguer la « science du droit » des autres modes de connaissance fondés sur l'étude de la normativité : la morale, les études politiques ou l'observation empirique des usages et des mœurs<sup>4</sup>. La question de la nature juridique de la norme (de sa validité juridique) l'a graduellement emporté sur celle de sa valeur intrinsèque (de sa correspondance aux critères du juste). Cette perspective a largement favorisé le développement du positivisme

Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, coll. « Léviathan ».

<sup>3</sup> La revue *Droit* a ainsi, au cours des dernières années, consacré deux numéros à la définition du concept de droit.

<sup>4</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 141-148. Consulter également les textes plus récents édités dans le cadre d'un numéro thématique sur les thèmes Droit et Mœurs dans le cadre de la revue *Droit* (revue française de théorie du droit), n° 19, avril 1994.

juridique contemporain – en réponse *au jus naturalisme* d'origine thomiste ou libérale – et a consacré le droit comme espace d'action et de pensée spécifique<sup>5</sup>.

Pour les théoriciens du droit, la théorie est par conséquent un procédé de définition en même temps qu'une opération de légitimation. L'activité juridique y est abordée à l'exclusion des autres sources de normativité et des autres sphères de l'activité sociale. Elle se déploie ainsi dans une perspective très différente de celle qui a présidé au projet (plus explicatif et compréhensif) développé par les sciences sociales. Alors que, dans la perspective sociologique, le travail théorique vise à rendre compte de la réalité du droit telle qu'elle peut être observée – de sa mise en forme jusqu'à sa mise en œuvre –, la théorie du droit offre une reconstruction des conditions susceptibles d'assurer la cohérence logique du droit et de garantir son intégrité par rapport aux autres types d'activités sociales. Il s'agit, par conséquent, d'un procédé de rationalisation de l'activité juridique qui, dans sa version la plus radicale,

Cette préoccupation est particulièrement bien illustrée dans les travaux de Herbert Hart. Lire, à ce propos, Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, coll. « Droit ».

<sup>6</sup> C'est dans cette perspective qu'il faut situer les efforts de Herbert Hart en vue de distinguer les règles juridiques premières des règles juridiques secondaires, théorisation qui vise surtout à démontrer la capacité du droit de se reconnaître et de se perpétuer à partir de ses propres règles de reconnaissance et de ses propres instances. Hart y résout le problème des rapports entre la morale et le droit en reconnaissance au juge une fonction législative qui lui permet de compenser les insuffisances du droit (insuffisances qui sont inévitables du fait à sa texture ouverte) sans sortir du domaine juridique, ces références morales étant du coup élevé au rang de règles juridiques nouvelles. Voir François BLAIS, « La philosophie du droit de H. L. A. Hart », Revue canadienne droit et société, vol. 8, 1993, pp. 1-31. À l'aide de procédés différents, Ronald Dworkin qui reconnaît également l'incomplétude du droit, suppose l'existence de principes juridiques tacites, mais repérables dans le corps de la législation, et dont le juge peut tirer les orientations nécessaires à la décision judiciaire sans avoir — lui non plus — à sortir du domaine propre du droit. Dans tous les cas, le droit garde ainsi son intégrité comme système complet de référence normative. Lire Ronald DWORKIN, L'empire du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1994, coll. « Recherches politiques »). On consultera également deux textes de Dworkin (repris dans L'empire du droit: « Le positivisme », Droit et Société, n° 1, août 1986, pp. 31-50; et, dans le même numéro, « La chaîne du droit », pp. 51-79).

prétend fonder les conditions d'une pratique scientifique du droit. La théorie du droit, telle qu'elle est entendue par les juristes, comporte dans ce sens une fonction quasi-programmatique: comment garantir la rationalité de l'activité juridique, comment favoriser la systématisation et la complétude du droit positif. En contrepartie, le chercheur issu des sciences sociales prétend rendre compte du droit en tant que phénomène empirique, observable et inséparable des autres formes sociales (ce qu'il est, plutôt que ce qu'il doit être). Des auteurs comme Hans Kelsen reconnaissent cette distinction entre théorie du droit et sciences sociales. Aussi Kelsen présente également sa théorie pure du droit comme une « doctrine du droit » 8. Cette perspective est tout à fait légitime et participe du développement de la connaissance, mais elle explique également une partie des malentendus qu'entretiennent les théoriciens du droit et les spécialistes des sciences sociales sur l'usage intellectuel du travail théorique et sur ce qui fonde la scientificité d'une discipline.

Cette difficulté d'ordre épistémologique se double d'ailleurs d'une seconde : celle du statut du droit comme catégorie sociale première ou, au contraire, comme résultante d'autres catégories de fait jugées prépondérantes ou antérieures.

## 2) Le problème du droit abordé comme catégorie première : la centralité du droit

Pour définir le monde chacun s'inspire de ce qu'il connaît. C'est une nécessité à laquelle la théorie du droit (positif) a également cédé. Aussi, la première nécessité qui s'est imposée aux théoriciens du droit fut l'établissement d'une distinction claire entre le droit, la morale et les mœurs. On espérait établir de cette façon le statut théorique du droit sans le soumettre à un ordre normatif supérieur (moral, naturel ou culturel) ou à une instance concrète qui lui donnerait son sens et sa forme (législateur ou pouvoir politique). C'est la raison pour laquelle la proposition

Pour une critique de ce point de vue on lira: Paul AMSELEK, « La part de la science dans les activités juridiques », *Recueil Dalloz* (39° cahier Chronique), 1997, pp. 337-342.

<sup>8</sup> Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit », Droit et société, n° 22, 1992, p. 557.

kelsennienne insiste tant sur la distinction de « l'être » et du « devoirêtre » et sur la nécessité de ne pas tenter de déduire le second d'une connaissance supposée du premier : « un devoir-être ne peut pas être inféré d'un être ou un être d'un devoir-être » . Kelsen parvient ainsi à distinguer deux ordres de considération équivalents et irréductibles : l'être (les lois naturelles, la nature humaine, la structure sociale) et le devoir-être (la morale, le droit). Ce faisant, il distingue le domaine des sciences sociales de celui des sciences normatives et, parmi celles-ci, le domaine des sciences juridiques. Il déduit de cette distinction (de cette intellectualisation d'une différence de nature entre être et devoir-être) une reconnaissance nécessaire du devoir-être comme catégorie première dans l'ordre des relations humaines <sup>10</sup>. Le droit y devient une catégorie fondatrice des rapports sociaux.

Dans cette perspective, le droit positif qui, par nature, est également un ordre normatif doit exister en dehors d'une référence causale à la société ou aux individus auxquels il s'impose. On réfère évidemment ici à la prétention de Kelsen de fonder une conceptualisation pure du droit – abordée en-soi –; or, cette conceptualisation ne peut être développée qu'en postulant l'unicité et l'irréductibilité du phénomène normatif, à défaut de quoi il faut soumettre sa réalité à un ordre extérieur, sinon antérieur (par exemple à « l'être »)<sup>11</sup>.

WELSEN, Théorie générale des normes, op. cit., p. 71. C'est également sur cette base que Kelsen affirme la nécessité d'une rupture avec le Jus naturalisme. Lire à ce propos Hans KELSEN, « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, Paris, Sirey, 1963, pp. 141-148.

<sup>«</sup>Le devoir-être est – comme le dit déjà George Simmel dans son *Introduction aux sciences morales* – une « catégorie première » au même titre que l'être. Et de même qu'on ne peut pas décrire ce qu'a l'être, de même il n'y a pas non plus de définition du devoir-être, l'acte de volonté, dont la norme est la signification, est l'acte dont on dit, de manière imagée, que la norme est « créée » par lui; c'est l'acte par lequel la norme est posée, l'acte posant la norme. Néanmoins, une norme peut être créée non seulement par un acte de volonté consciemment orienté vers sa création, mais aussi par la coutume, c'est-à-dire par le fait que les personnes ont effectivement l'habitude de se comporter d'une manière déterminée. » Tiré de KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 3.

Il convient de noter que le procédé intellectuel qui vise à isoler intellectuellement le phénomène étudié pour mieux en saisir la réalité caractérise, depuis Descartes, la méthode scientifique. La difficulté chez Kelsen tient au fait qu'il en vient à

Ce procédé n'est pas unique aux théoriciens du droit. Les premiers sociologues ont, eux aussi, eu tendance à définir l'agir humain en fonction d'une catégorie supposée, elle aussi, irréductible et première (« la société » ou la « relation sociale »); et c'est également le cas des politologues (s'agissant du «pouvoir» ou de l'État). Ainsi, Montesquieu, qui fut souvent considéré comme le premier des sociologues du droit, faisait découler la nature des régimes politiques de l'Esprit des lois, et l'Esprit des lois de l'état des rapports sociaux<sup>12</sup>. Aux origines de la science politique contemporaine, Hobbes reconnaissait le pouvoir absolu du Léviathan (du Souverain) comme la seule source possible du droit et de la société civile. Chaque discipline naissante a ainsi eu tendance à considérer une catégorie particulière comme fondatrice des autres dimensions de la vie sociale. Ce réflexe comporte cependant des conséquences importantes du moment qu'on entend tirer de chaque discipline une compréhension concordante du phénomène juridique. Ainsi, encore aujourd'hui, la sociologie tend à nier au droit toute spécificité, en tant qu'ordre normatif, et la science politique ne définit souvent le droit qu'en tant que produit d'une autorité ou en tant que produit de rapports de force situés dans le temps et l'espace<sup>13</sup>. Dans

affirmer l'essence ontologique du droit en confondant son procédé intellectuel et la réalité observée; la réalité effective du phénomène et son intellectualisation. Voir, à ce propos, Valentin PETEV, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne : à quel point la théorie du droit est-elle scientifique? », *Théorie du droit et science*, sous la direction de Paul Amselek, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 235. Consulter également sur l'essence ontologique du droit le texte de Julien FREUND, « Droit et politique : essai de définition du droit », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, n° 16 (Le droit investi par la politique), 1971, pp. 15-35.

- On sait qu'il s'agit là d'une thèse d'abord défendue par Raymond Aron qui faisait de Montesquieu un précurseur de la sociologie. Du côté de la sociologie du droit, c'est également le point de vue de Renato Treves. Lire Raymond ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, coll. « Tel », pp. 43-61; lire également Ranato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, pp. 30-31.
- David Reisman parlait déjà au début des années 50 de *veto groups*. Lire Davis REISMAN, *The Lonely Crowd*, New Haven, Yale University Press, 1958 (1<sup>ère</sup> édition 1950), pp. 242-254. Dahl parle pour sa part de polyarchie. Lire Robert DAHL, *Who Governs*, New Haven/London, Yale University Press, 1963 (1<sup>ère</sup>

ces deux cas, on propose une vision *externe* du droit, là où la théorie du droit positif kelsennienne propose une compréhension du droit pour luimême dans une perspective essentiellement *interne*.

Du point de vue des sciences sociales, la difficulté du projet théorique des juristes tient au fait qu'il entend fonder une compréhension théorique du droit, en même temps qu'un domaine de connaissance, en établissant à la fois l'espace de ses préoccupations et sa propre position dans cet espace. Ce qui le conduit, inévitablement, à en réduire les cadres et à présenter comme « hors champ » des dimensions qui sont simplement à l'extérieur de son propre champ de vision. Il n'est cependant pas certain que les disciplines issues des sciences sociales échappent toujours à cet aveuglement.

La sociologie affirme ainsi qu'aucune norme juridique ne peut s'imposer sans être elle-même fondée sur l'état des rapports sociaux, au sein de la collectivité où cette norme a été établie 14. La préséance que la sociologie accorde aux rapports sociaux explique le malaise provoqué par les propositions de Kelsen, de Hart et même de Dworkin. Pour le sociologue, l'autonomie complète du champ juridique ne peut être que le produit d'une fiction partagée, d'une idéologie : l'idéologie juridique. Dans le même sens, l'idée même d'un droit « positif », c'est-à-dire d'un droit posé, présente un problème parce qu'elle suppose toujours un droit énoncé, sanctionné, qui peut être compris comme l'expression d'un acte de volonté. Or, la sociologie contemporaine ne voit généralement dans l'univers des normes que le produit d'une série d'ajustements mutuels : le droit est un produit social et perd souvent son caractère fondateur et sa centralité.

Les rapports entre la science politique et le droit sont tout aussi ambigus. Bien sûr, la tradition *jus naturaliste*, rétablie par les premiers philosophes libéraux, restituait le droit dans son unicité en reconnaissant

édition 1960) et Robert DAHL, *Polyarchy*, New Haven/Yale, Yale University Press, 1971.

Dans le langage wébérien, on affirmerait qu'elle est fondée en valeur et ne bénéficie pas de la neutralité axiologique que lui attribue Kelsen. Lire à ce propos: Michel COUTU, « Modernité et légitimité du droit dans la perspective de Max Weber », *Carrefour: Philosophie et droit*, Actes du Colloque Dike (1994), Sainte-Foy, Acfas, 1995, coll. « Les cahiers scientifiques », p. 38.

l'existence d'un certain nombre de droits fondamentaux dont l'existence précède celle de la société<sup>15</sup>. La rupture de la science politique avec la philosophie a cependant conduit les politologues à ne plus voir dans le droit qu'un produit de l'activité politique ou qu'un instrument de la gouvernance, « la législation » perdant du coup l'autonomie et la sublimité que lui reconnaît la théorie du droit<sup>16</sup>. Si cela n'exclut pas que l'activité juridique puisse être isolée analytiquement des autres faits sociaux, on ne lui reconnaît aucune « essence » spécifique<sup>17</sup>. Elle perd ainsi sa centralité en tant que fait social.

Bref, pour le politologue, le droit ne constitue pas une catégorie première : c'est un épiphénomène du politique <sup>18</sup>. Si, dans la meilleure des hypothèses, l'activité juridique se présente comme la conclusion officialisée d'un processus politique (généralement d'un conflit et d'une négociation), elle n'est plus, dans sa définition la plus restrictive, qu'un champ de bataille politique comme les autres. La théorie du droit, telle qu'elle est élaborée par les juristes, s'y trouve du coup déclassée et perd tout intérêt en tant que mode de connaissance du droit.

John LOCKE, Traité du gouvernement civil, Paris, Garnier-Flammarion, 1984, pp. 169-371.

Jacques CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », Droit et société, n° 26, 1994, pp. 132-133. Caillosse y fait une lecture synthèse de l'ouvrage publié en 1993 par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Amiens, CURAPP, Droit et politique, Paris, Presses universitaires de France, 1993, coll. « Publications du CURAPP ». Voir également Pierre NOREAU, « La politique à l'épreuve du droit : les lendemains juridiques de la Gouvernance », dans Pierre Favre, Jack Hayward et Yves Schemeil (dir.), Être gouverné, études en l'honneur de Jean Leca, Paris, Presse de Sciences Po, 2003, pp. 181-198; Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », dans Les Cahiers de droit, vol. 47, 2006, pp. 89-165.

C'est le point de vue développé par Julien Freund : « Quand je dis que le droit n'est pas une essence j'entends qu'il n'est pas originaire au sens du politique ou de l'économique, que l'homme n'est pas immédiatement un être juridique, qu'il ne l'est pas naturellement. Au contraire, en tant que médiation, il présuppose à la fois le politique et l'éthique ». Julien FREUND, « Droit et politique : Essai de définition du droit », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, n° 16 (Le droit investi par la politique), 1971, p. 18.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 19.

Il résulte de cette situation une incompréhension mutuelle souvent masquée par l'usage commun d'un certain nombre de concepts : droit, sanction et norme, commandement, autorité et pouvoirs... Or, ces termes mêmes ont une signification différente selon qu'on se réfère au lexique des juristes, des politologues ou des sociologues (*infra*).

## 3) Les concepts mal... entendus

D'autres malentendus naissent ainsi de l'usage de concepts apparentés qui recouvrent souvent des dimensions différentes du même phénomène. Il en va ainsi de l'idée de *norme*, que la théorie du droit partage avec la sociologie et du concept de souveraineté ou d'*ordre juridique* (proche du concept d'ordre politique) qu'elle partage avec la science politique.

Ces malentendus entre la théorie du droit, la sociologie et la science politique tiennent eux-mêmes largement à la spécificité qu'on reconnaît ou non au phénomène juridique et, partant, au problème du caractère premier de l'être (des relations sociales établies et du pouvoir politique) et du devoir-être (pensons ici au droit), dont nous venons de traiter. Elle tient par ailleurs – et plus spécifiquement encore – au statut plus ou moins propre du droit positif, entendu ici en tant qu'ordre normatif. La théorie du droit a ainsi beaucoup contribué à distinguer le « droit étatique » de toutes les autres formes de normativité. Cette ambition visait d'abord à différencier le droit et la morale. Or, cette distinction est au cœur des désaccords qui subsistent aujourd'hui entre le droit et la sociologie.

## 3.1 Entre théorie du droit et sociologie : le concept de norme

A priori, Kelsen reconnaît le caractère commun du droit et de la morale en tant que propositions normatives. Les deux sont en effet le produit d'un acte de volonté, d'un commandement. Pour Kelsen : « 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'une autre personne (ou d'autres

personnes) doit se comporter d'une manière déterminée »<sup>19</sup>. Cette définition s'applique à la morale comme au droit positif. C'est également le cas du principe d'imputation que Kelsen distingue du principe de causalité en ce qu'il n'établit qu'un lien entre une condition et une sanction plutôt qu'un rapport entre une cause et un effet (tel qu'on peut le concevoir dans les sciences de la nature). Malgré ces similitudes, deux choses différencient cependant le droit de la morale, 1) l'existence – dans le droit – d'une sanction qui va au-delà de l'approbation ou de la désapprobation, mais comprend des actes de contrainte spécifique (l'exercice d'une contrainte physique)<sup>20</sup> et 2) le fait que, contrairement à la morale qui suppose l'existence de sanctions positives (approbation et rétribution), le droit positif n'impose que des sanctions négatives. Or, ce sont sur ces distinctions que les rapports entre sociologie et science du droit sont les plus difficiles, comme on le verra plus loin.

La théorie du droit se singularise finalement par l'importance qu'elle accorde à la validité plutôt qu'à sa valeur intrinsèque, de sorte qu'une norme jugée valable - c'est-à-dire fondée sur une certaine conception de la justice - n'est pas pour autant considérée comme « valide » du point de vue de la théorie du droit. On entend par là qu'une norme (pour être valide) suppose un « devoir-être observé » ou, si on préfère, un ordre qui doit être observé. En contrepartie, une norme est invalide et perd sa signification en tant que norme du moment qu'elle n'a pour son destinataire, de force obligatoire. Reste plus spécifiquement à déterminer ce qui fait la force obligatoire du droit. Celle-ci tient, pour Kelsen ou pour Hart, aux modalités de mise en forme de la norme dans le cadre d'instances habilitées. Elle suppose le respect de procédures d'adoption (i.e. de reconnaissance) précises et l'inscription de chaque nouvelle norme dans la hiérarchie des normes juridiques déjà établies; principe de la pyramide constitutionnelle. Tout cela n'exclut pas qu'il puisse y avoir opposition entre deux normes valides, mais ces difficultés doivent être réglées au profit d'une plus grande cohérence au sein de l'ordre normatif, soit par l'abolition d'une norme soit par la définition de son caractère d'application général ou particulier ou encore par ses effets à des époques ou sur des groupes différents, etc.

<sup>19</sup> KELSEN, Théorie générale des normes, op. cit., p. 2

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 28 et 65.

Ici, tout distingue la sociologie de la théorie du droit. Cette opposition trouve une expression marquée dans la définition même de ce qu'est une « norme ». Pour le sociologue, l'élaboration continue des normes s'inscrit au cœur même des échanges et des médiations qui fondent la socialisation. Mais, définies de cette façon, les normes ne sont pas envisagées comme le produit d'un acte de volonté unilatéral et ne constituent pas une norme positive, telle que l'entendent Kelsen ou Hart. Pour la théorie du droit, la norme est nécessairement le produit d'un énoncé. C'est toujours l'expression d'un acte de volonté; c'est un commandement. Pour la sociologie, au contraire, la notion de norme est plus large et inclut en pratique tout ce que font effectivement les individus, tout ce qui, connoté socialement, apparaît comme acceptable ou inacceptable. C'est la référence spontanée à la normalité, entendue ici dans son sens courant. La formalisation de la norme y tient beaucoup moins de place. Sa sanction sociale peut tout aussi bien être positive (la gratification), que négative (la pénalisation). Elle ne suppose pas nécessairement — et implique même assez rarement — l'usage de la contrainte physique. La norme est généralement comprise comme le produit indistinct des ajustements mutuels et ne pose que très accessoirement le problème de la sanction, telle qu'on l'entend chez les théoriciens du droit. Le problème de sa « validité » se pose par conséquent tout différemment puisqu'elle se mesure, - à la limite - à la récurrence de son application (à son efficacité, sinon à son effectivité comme procédé de socialisation) et par le respect d'un usage ou d'un comportement socialement reconnu et valorisé. En contrepartie, l'effectivité de la norme ne constitue pas nécessairement, pour la théorie du droit, un critère de sa validité<sup>21</sup>.

Le caractère spécifique du droit comme fait social pose également problème. Alors que pour le théoricien du droit la délimitation entre norme juridique et norme non-juridique est fondamentale, cette distinction, lorsqu'elle est reconnue, est intégrée par le sociologue dans le cadre de problématiques beaucoup plus larges où elle perd une partie

<sup>21</sup> KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, pp. 120-122. Lire également HART, *Le concept de droit, op. cit.*, pp. 127-53.

## Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

de sa signification<sup>22</sup>. Dans tous ces cas de figure, pour le sociologue, le droit positif ne constitue souvent qu'un cadre d'action parmi d'autres – souvent moins important que les autres – et sa spécificité lui est partiellement niée. Au Québec, c'est indirectement ce qu'affirment la plupart des sociologues du droit, notamment les théoriciens du pluralisme juridique<sup>23</sup>. Graduellement, c'est une voie qu'ont pu emprunter des juristes, comme Andrée Lajoie, dans leur critique du monolithisme juridique et la remise en question de la canonique distinction entre sphères privé et public<sup>24</sup>. C'est également une voie

- Lire Jean-Guy BELLEY, «L'État de la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique », Sociologie et sociétés, vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 11-32. Sur la question de l'internormativité, lire Jean-Guy BELLEY (dir.), Le droit soluble: contribution québécoise à l'étude de l'internormativité, Paris, LGDJ, 1996, coll. « Droit et société ».
- Andrée LAJOIE, « Contribution à une théorie de l'émergence du droit : le droit, l'État, la société civile, le public, le privé; de quelques définitions interreliées », Revue juridique Thémis, vol. 25, n° 1, 1991, pp. 103-143. Voir également, du même auteur, Quand les minorités font la loi, Paris, Presses universitaires de France, 2002, 217 p. et Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 217 p.

<sup>22</sup> Déjà, dans sa théorie des ordres normatifs, Santi Romano - dont les travaux sont repris et développés par Guy Rocher - reconnaît le caractère juridique de normes établies à l'extérieur de l'État, pour peu qu'elles soient définies dans un cadre institutionnel. Les premiers sociologues du droit, comme Eugen Ehrlich, distinguent ainsi droit étatique et droit vivant et reconnaissent, ce faisant, comme forme possible du droit ce que la sociologie inscrit généralement au chapitre des normes sociales. Georges Gurvitch va dans le même sens en conceptualisant une certaine définition de ce qu'il nomme le droit social, une notion qui inclut ici toute forme de sociabilité active et réalise une valeur positive. Voir Santi ROMANO, L'ordre juridique, Paris, Dalloz, 1975, (1ère édition italienne 1918); Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », Les cahiers de droit, vol. 29, n° 1, mars 1988, pp. 91-120; Eugene EHRLICH, Fundamental Principles of the Sociology of Law, Cambridge, Harvard University Press, 1936; Georges GURVITCH, Éléments de sociologie du droit, Paris, Aubier/Montaigne, 1940, p. 156; Georges GURVITCH, « Problèmes de sociologie du droit », Traité de sociologie (tome 2), sous la direction de Georges Gurvitch, Paris, Presses de France, 1963, coll. «Bibliothèque de sociologie universitaires contemporaine », pp. 173-206. Lire également, de façon complémentaire, Jean-Guy BELLEY, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », Droit et société, n° 4, octobre 1986, pp. 353-371.

pavée par les travaux de Roderick A. Macdonald sur les différentes formes du droit<sup>25</sup>.

# 3.2 Entre théorie du droit et science politique : l'État, la souveraineté et le commandement

Traditionnellement, la théorie politique a suggéré une définition de l'ordre juridique qui se rapproche de celle que propose la théorie du droit. Contrairement à la sociologie, la science politique ne récuse pas la place de la volonté (du commandement) dans la définition de la norme juridique. Elle reconnaît le caractère « énonciatoire » du droit et consacre la primauté des procédures institutionnelles qui conduisent à l'adoption d'une norme valide, inscrite dans le droit étatique. La science politique reconnaît, de façon générale, l'autonomie relative du domaine public par rapport au domaine privé et distingue l'État de la société civile, le droit et les mœurs. Elle accepte, par conséquent, la spécificité de l'ordre juridique étatique en regard des autres ordres normatifs et consacre le monopole de la violence physique détenu par l'État et, partant, l'utilisation de la contrainte physique comme caractéristique de la sanction juridique <sup>26</sup>. Comme la théorie du droit, la théorie politique — et plus particulièrement la théorie démocratique – reconnaît le caractère fondateur de la Constitution, entendue ici comme norme fondamentale. Aussi la science politique doit-elle beaucoup au droit public et les premiers philosophes du droit furent souvent, d'abord et avant tout, des philosophes politiques — parfois eux-mêmes hommes politiques et juristes à la fois. Elle reconnaît a priori, contrairement à la sociologie, la spécificité du droit étatique. La proximité de la science politique et de la science juridique moderne ne dure cependant qu'aussi longtemps que la première restreint la réalité du pouvoir à celle de l'État et la seconde, la

<sup>25</sup> Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et 'inférentielle' », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 47-58. Lire également dans cette veine : Roderick A. MACDONALD et Martha-Marie KLEINHANS, « What is a critical legal pluralism? », dans *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 12, 1997, pp. 25-46.

Sur la notion de droit étatique, voir Jean-Guy BELLEY, « L'État de la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique », *op. cit.*, et sur la notion d'ordre juridique Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *op. cit.* 

réalité du droit, à celle de la législation et de la réglementation (i.e. du doit positif). Mais cette perspective a perdu l'unité que lui donnaient les théories de l'État ou de la Nation<sup>27</sup>. Les premières études consacrées à l'action des partis politiques et à l'aménagement des régimes représentatifs ont tour à tour mis l'accent sur l'importance des compromis institutionnels et des idéologies dans la définition des politiques publiques et des législations. Lentement, perdant son caractère de rituel sacré, le travail législatif n'a plus été conçu que comme le produit de rapports de forces négociés, comme procédé de légitimation ou mécanisme de domination<sup>28</sup>. Le droit a graduellement été abordé comme un simple mode de régulation sociale et politique. Il a perdu sa dimension proprement normative pour devenir une technique d'intervention politique, une modalité possible du social engineering<sup>29</sup>. Ce faisant, le droit est devenu plus prescriptif et a perdu graduellement le caractère d'imputation que lui attribuait Kelsen et que Hart attribue aux normes primaires; caractère qui correspondait pourtant à la conception que la pensée libérale s'est longtemps faite du droit, mais qui correspond moins à la réalité politique et juridique contemporaine <sup>30</sup>.

Dans cette perspective sur la division lente des sciences juridiques et politique, on lira avec intérêt le texte de Jacques COMMAILLE, «Le juridique dans le politique» dans Jacques Chevallier *et al.*, *Droit et politique*, Paris, Presses universitaire de France, 1993, coll. «CURAPP», pp. 269-281.

Première entre toutes, la théorie marxiste de l'État a contesté la neutralité axiologique du travail étatique, alors que les élitistes révélaient la participation d'un nombre limité d'acteurs privilégiés – et partant dominant – au processus politique et législatif. L'analyse systémo-fonctionnaliste a étendu le travail législatif à tous les processus entourant la décision politique et les théoriciens pluralistes ont – contrairement aux marxistes et aux élitistes – cherché à démontrer les mécanismes par lesquels la participation politique était rendue possible, faisant perdre au législateur le monopole théorique qu'on lui avait généralement reconnu dans la théorie politique classique.

Jacques COMMAILLE, L'Esprit sociologique des lois: essais de sociologie politique du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1994; et, au Québec, Vincent LEMIEUX, « Les gouvernements et leurs lois », Interface, vol. 5, nº 4, sept.-oct. 1984, pp. 12-15.

<sup>30</sup> Sur la conception libérale du droit, lire ce que Pierre Manent écrit relativement à la conception du droit chez Hobbes. Pierre MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1987, coll. « Pluriel », pp. 76-77.

Aussi, la question de la validité de la norme juridique, que la théorie politique partageait avec la théorie juridique, a lentement laissé la place au problème plus large de la légitimité du droit et de l'État. Mais cette perspective pose une question nouvelle : celle de la centralité du pouvoir politique, condition nécessaire à la centralité du droit<sup>31</sup>. Or, si le droit est le produit d'un acte de volonté, on sait de moins en moins - du côté de la science politique - de quelle volonté il s'agit, l'État étant souvent devenu une instance de médiation institutionnelle, plutôt que l'expression d'une volonté unifiée (souveraine) et soucieuse de la cohérence interne du commandement et du droit. Cet éclatement a attiré l'attention de la sociologie législative qui partage cette perspective avec la science politique dans le cadre d'une approche sociopolitique du droit<sup>32</sup>. En amont, la participation politique est devenue un objet particulier de la science politique et, en aval, le problème de la contestation juridique de la décision politique et celui de l'effectivité du droit sont devenus aussi importants que celui de la validité interne de la norme, c'est-à-dire de sa légalité. Ainsi, proches sur tant d'aspects, la théorie politique et la théorie du droit ont fini par se distancer lentement dans la définition qu'elles donnent du droit positif; encore que celui-ci soit toujours concu, dans les deux cas, comme l'expression d'un acte de volonté. La science politique a mis en évidence le fait que la validité du droit n'avait pas de sens à l'extérieur des institutions politiques (auxquelles participe le pouvoir judiciaire). Que, plus encore, le droit ne connaît de validité que celle des institutions politiques qui fondent l'ordre juridique et que, par conséquent, elle ne se pose jamais de façon absolue en fonction de la seule logique hiérarchique de l'ordre juridique. Ici, la science du droit n'est plus qu'une succursale spécialisée de la science politique. Si le droit y garde sa spécificité en tant que technique politique, il y perd son monopole et sa sublimité. Le pouvoir politique (et même la force du droit) s'exprime par bien d'autres voies. La science politique a ainsi révélé que la théorie du droit ne pouvait faire l'économie d'une théorie de la réception et qu'une règle juridique qui ne serait respectée par personne, ne peut avoir aucune validité, quelle que soit sa place dans la hiérarchie des normes, car c'est l'ordre constitutionnel et la

<sup>31</sup> Herbert Hart réfère ainsi au pouvoir du souverain comme fiction nécessaire à la centralité du droit.

<sup>32</sup> COMMAILLE, op. cit.

## Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

légitimité du pouvoir politique qui sont alors - par extension - remis en cause. Ces considérations révèlent la difficulté d'aborder le problème de la validité du droit sans recourir au problème de la légitimité politique dont elle n'est qu'une des dimensions 33. Car la légitimité tient également au respect des équilibres institutionnels (on pense ici à Montesquieu) et à l'adhésion des citoyens aux initiatives des détenteurs du pouvoir politique dont la législation n'est qu'une des formes possibles (c'est la légitimité telle que la comprend de Tocqueville<sup>34</sup>). On est, ici, loin du simple problème de la légalité<sup>35</sup>. Il existe quelque chose en amont et en aval de toute norme fondamentale et la validité de la norme juridique tient tout autant à sa source qu'à sa matérialisation dans le cadre de rapports sociaux concrets. Elle ne se suffit donc pas à elle-même et participe entièrement du processus de la légitimation politique, soit comme une de ses sources, soit comme une de ses conséquences. Cette perspective n'a cependant de sens que si on reconnaît la fonction politique comme première. C'est là le projet de la science politique qui, ce faisant, réduit la question de la définition des contenus du droit à une simple question de pouvoir – et de conflit pour le pouvoir – ce qui la distingue à la fois de la sociologie et de la théorie du droit.

## 4. Les conditions d'une cohabitation interdisciplinaire

Deux considérations peuvent nous aider à venir à bout du problème de ces relations difficiles entre la théorie du droit, la sociologie

Voir, dans une perspective relative au caractère douteux d'une validité fondée sur la conformité de la norme à des critères formels et positifs (intra-systémiques), le texte de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon : d'où vient la science du droit? », Normes juridiques et régulation sociale, sous la direction de François Chazel et Jacques Commaille, Paris, LGDJ, 1991, coll. « Droit et société », p. 71

<sup>34</sup> Voir sur ce sujet Guy ROCHER, « Le droit et les juristes dans une 'société libre et démocratique', selon Alexis de Tocqueville », tiré de Guy ROCHER, Études de sociologie du droit et l'éthique, Montréal, Les éditions Thémis/CRDP, 1996, pp. 151-174.

Lire à ce propos: Michel COUTU, « Modernité et légitimité du droit dans la perspective de Max Weber », op. cit., pp. 21-40. Lire également Michel COUTU, Max Weber et les rationalités du droit, Paris, LGDJ, 1995, coll. « Droit et société », pp. 167-177.

du droit et la science politique : la première tient à la posture interne et externe de chacune, en regard du droit; la seconde, aux postulats nécessaires à une meilleure conjonction entre « science du droit » et « sciences sociales », c'est-à-dire aux conditions de l'interdisciplinarité.

## 4.1 La scène et le balcon : regards internes et externes sur le droit

On a souvent eu recours au concept de regard « interne » et « externe » pour distinguer les contributions de la dogmatique juridique et des sciences sociales à la compréhension du phénomène juridique. On parvient ainsi à différencier la théorie du droit (à la manière de Kelsen, Hart ou Dworkin) et la théorie sociologique (ou politique) du droit. D'autres auteurs ont cependant proposé d'intégrer les lectures internes et externes dans le cadre d'une approche interdisciplinaire du phénomène juridique. Cette posture implique cependant que le lecteur externe intègre à sa compréhension du phénomène la définition que le droit donne de luimême ou, du moins, la définition que les juristes en donnent, avec ses procédés de légitimation et ses mythes fondateurs. Il devient cependant alors difficile d'objectiver l'analyse de la réalité juridique parce que le chercheur est plus ou moins mis en demeure de prendre fait et cause pour son objet (le droit) et de lui reconnaître une totale spécificité. C'est souvent dans cette perspective que Jean Carbonnier parlait des sciences auxiliaires au droit<sup>36</sup>. La distinction interne/externe et les propositions qui visent à tenir compte des deux points de vue à la fois sont, par conséquent, insuffisantes si elles exigent qu'on considère comme exact ou conforme à la réalité ce que les juristes disent du droit<sup>37</sup>.

Voir à ce propos Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, coll. « Thémis/Droit », pp. 24-25.

C'est un point de vue que développent également Ost et Van de Kerchove dans un article déjà publié et modifié récemment de manière à intégrer les critiques de lecteurs externes, prompts à souligner la difficulté d'étudier le droit d'un manière scientifique en adhérant à la dogmatique ou à l'esthétisme juridique. Voir François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon : d'où vient la science du droit? », Normes juridiques et régulation sociale, sous la direction de François Chazel et Jacques Commaille, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991, coll. « Droit et société », pp. 74-75.

François Ost et Michel van de Kerchove, dans un texte connu, proposent un compromis, le « point de vue externe modéré », qui consiste en trois temps : un premier qui vise à décrire le phénomène juridique au travers des autorités juridiques et des sujets de droit; un second, qui vise à situer cette interprétation dans le cadre d'une analyse plus globale (mise en rapport de cette interprétation avec tel ou tel ordre de phénomène environnant) et, un troisième, visant la réinterprétation globale de cette interaction. C'est évidemment un bel exemple de dialectique (thèse, antithèse et synthèse comprises), mais le procédé a ses limites. Bien sûr, il permet de réintégrer dans l'analyse du phénomène juridique l'interprétation que le monde du droit donne de lui-même, et qui en fait indubitablement partie. Mais ce faisant, peut-être sans le vouloir, il fait du phénomène étudié, le centre du monde et tout cela n'a plus rien de « modéré ». Le problème est de savoir si on ne fait pas ici que réintroduire l'interprétation dogmatique du droit comme facteur d'interprétation sociologique du droit. Bref, si le fait qu'une dimension fasse partie du phénomène suffit pour en donner une explication, même partielle, l'objet devient alors sa propre explication. La proposition de Ost et de Kerchove, qui vise à établir une posture interprétative médiane entre les perspectives externes et l'interne, n'a en fait de sens que si on part du droit pour étudier le rapport du droit à l'ensemble des autres réalités (i.e. des faits sociaux tels qu'ils existent « en dehors » du droit). Or, ce faisant, on est loin du point central qui sépare les pôles internes et externes de l'analyse, car on est définitivement condamné à fonder l'analyse du droit sur la définition que les acteurs du champ juridique (juristes et justiciables) donnent eux-mêmes du droit, comme sphère d'activité - et champ de représentation - spécifique. On ne développe ainsi qu'une version plus sophistiquée du regard interne, en cloisonnant le droit dans les quartiers où il se reconnaît; en l'étudiant tel qu'il se définit lui-même<sup>38</sup>. Pour cette raison, la proposition de Ost et de Kerchove nous offre plutôt une version juridique de l'analyse systémique

<sup>38</sup> Les procédés dialectiques ont leur limite. La dialectique existe comme procédé intellectuel, mais elle est souvent plus utile dans l'ordre du discours — du discours ou de l'évocation — que dans celui de l'interprétation ou de la démonstration.

(des rapports entre un système et son environnement)<sup>39</sup>. Il faut par conséquent chercher ailleurs.

## 4.2 Les compromis disciplinaires

La thèse de Ost et de Kerchove nous apparaît devoir être reprise sur un point important : « il est bien clair que la position scientifique est celle de l'observateur externe » 40. Tout cela ne signifie pas qu'il faille mettre de côté la réalité du droit en tant que phénomène particulier. Isoler un phénomène constitue en effet la première étape du travail scientifique, mais elle ne vaut que si on évite de confondre le procédé intellectuel dont on use et la réalité qu'on entend étudier. Aussi, ce travail de définition de l'objet n'a de sens qu'en vue d'une mise en rapport avec l'ensemble des autres dimensions du champ social dans lequel il s'inscrit. Dans ce sens, il faut sans doute résister à cette tentation facile qui consiste à refuser au droit sa spécificité, comme à cette autre d'en faire une sphère totalement autonome de l'activité humaine. Bref, il faut accepter de prendre le droit positif « au sérieux », en tant que forme sociale. Cette posture est en opposition directe avec les postulats auto-référentiels de la théorie du droit telle qu'elle a été élaborée par Kelsen, par Hart et même - mais dans une mesure moindre – par Dworkin. La question est de savoir si une telle chose que la théorie pure du droit ou la dogmatique juridique, ou la tendance du droit à se constituer en tant que système autopoïétique, ne nous apprend pas quelque chose de fondamental sur le phénomène juridique, en tant que cadre d'action sociale; sinon en tant qu'institution.

Il n'y a par conséquent pas de surprise dans l'usage que Ost et de Kerchove font de l'analyse systémique dans le cadre de travaux ultérieurs. Fait tout à fait particulier, alors que l'analyse systémique n'est pratiquement plus utilisée par la science politique depuis les travaux de David Easton (et au Québec, depuis ceux de Léon Dion), elle a pris avec les travaux de Teubner et Luhman une grande actualité dans les travaux des théoriciens du droit contemporain. Lire à ce propos François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, Le système juridique entre ordre et désordre, Paris, Presses universitaires de France, 1988, coll. « Les voies du droit ». Lire également Gunther TEUBNER, Le droit un système autopoïétique, Paris, Presses universitaires de France, 1993, coll. « Les voies du droit », pp. 50-58; et André-Jean ARNAUD et Pierre GUIBENTIF, Niklas Luhman observateur du droit, Paris, LGDJ, 1993, coll. « Droit et société ».

<sup>40</sup> OST et VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon : d'où vient la science du droit? », op. cit., p. 74.

Bref, demeure la question de savoir si, dans l'étude du droit, on ne doit pas savoir intégrer la recherche d'autosuffisance du droit; sa prétention à se suffire à lui-même. L'analyse compréhensive d'inspiration wéberienne s'impose ici avec force. Elle suppose que les acteurs sociaux ont quelque chose à dire sur la réalité qu'ils contribuent à mettre en forme et que leur conception du champ (produit de rapports sociaux cristallisés ou élément constitutif des réalités matérielles) est également un fait social, du moment qu'elle est le produit, le générateur ou le reproducteur de rapports sociaux particuliers, auxquels elle participe indistinctement.

Tout cela met-il fin à la carrière des théoriciens du droit? C'est douteux! Cette perspective inscrit cependant leur activité dans un projet complètement différent qui va bien au-delà d'une mise en forme intelligible de la « dogmatique juridique ». La jonction entre sociologie du droit, science politique et théorie du droit suppose en effet, de chaque champ, une remise en perspective des conceptions forgées par les autres. Chaque discipline dit sans doute quelque chose de vrai sur le droit, mais à quelles conditions ces « vérités » peuvent-elles se compléter? L'interdisciplinarité exige moins la définition d'un même objet - d'un même point de jonction, supposé unidimensionnel et pareillement compris par chaque spécialiste - que d'un « espace partagé » capable d'intégrer la perspective de chaque discipline. Mais la chose est-elle possible sans un élargissement de la définition de l'objet qu'on entend étudier de même qu'un élargissement des questionnements entretenus par chaque discipline? Peut-on aller chez les autres tout en restant chez soi? revient ainsi aux sources de chaque L'interdisciplinarité n'est peut-être possible que dans la mesure où la définition d'une réponse satisfaisante au questionnement proposé par une discipline nécessite l'intégration des réponses proposées par une autre à ses propres questions, sur le même objet.

## 4.3 Les re-questionnements nécessaires

## 4.3.1 Les exigences imposées à la théorie du droit

Nous avons souvent rappelé la difficulté de fonder scientifiquement les propositions générées par la théorie du droit positif. Valentin Petev souligne à ce propos :

« La théorie pure du droit se présente, selon la vue positiviste logique, comme une théorie (philosophie) fondamentale de toute science juridique qui se veut scientifique et non métaphysique. Elle peut être qualifiée de métathéorie du droit. Comme telle, elle ne se rapporte pas directement à un ordre juridique existant, son objet étant les propositions juridiques élaborées par la dogmatique juridique [...] Cependant, comme elle ne se veut pas empirique, elle se distingue essentiellement du programme scientifique du positivisme logique, pour lequel toute scientificité des propositions d'une discipline est liée à la vérification empirique de ses propositions 41 ».

Ce problème se double d'une définition ontologique du droit, susceptible de servir de référence aux juristes eux-mêmes dans le cadre d'un ensemble de correspondances circulaires. Le tout est de trouver un point de fuite qui permette une réintégration du droit dans le monde, tel qu'on peut l'observer. Ici, poursuit Petev, «il s'agit d'organiser l'interaction sociale » 42 et, pour ce faire, reconnaître le droit comme production et producteur social. Or, le droit lui-même offre cette opportunité de diverses façons : dans les conditions de définition d'une hypothétique norme fondamentale chez Kelsen (c'est le problème de la compétition des valeurs et de l'émergence des normes); dans l'analyse des conditions de la mise en œuvre et de l'interprétation qui impliquent la jonction de la norme et de la réalité matérielle; dans l'acception conséquente d'une conception plus large du droit, incluant une partie de ce que le droit considère d'ordinaire comme relevant de la coutume, des mœurs ou de la morale sociale. Le droit cesse dès lors de se définir strictement par sa procédure ou par la cohérence supposée de sa hiérarchie. Bref, le juriste – ici le théoricien du droit – ne peut participer à la définition d'une véritable science du droit qu'à la condition de reconnaître que le droit ne se suffit pas à lui-même et qu'il participe de la relation sociale, en tant que cadre d'action socialement construit en même temps que producteur de relations sociales; un moment particulier des rapports sociaux 43. On v inclura ainsi la norme explicite et formulée.

<sup>41</sup> PETEV, op. cit., p. 243.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 246.

Voir dans cette perspective, Pierre NOREAU, « Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social », dans *Revue de droit de McGill*, vol. 47, n° 1, novembre 2001, pp. 195-236.

#### Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

comme la norme implicite et inférentielle – normes en émergence et mises en œuvre complexes – chacune participant de façon indistincte à la définition sociale du droit et, par là, à l'action conduite par les acteurs sociaux à l'ombre d'un droit, perçue comme une contrainte particulière, mais retraduite dans les catégories de la pratique sociale et le calcul d'acteurs socialisés<sup>44</sup>. Il s'agit donc d'accepter une définition extensive du droit. On trouve une tentative de ce genre dans l'œuvre de Gérard Timsit<sup>45</sup>.

Plus fondamentalement encore, le théoricien du droit doit accepter l'absence d'un centre normatif – le droit – qui tisserait, seul et extérieur au réel, la trame des rapports sociaux. Le droit n'est pas le moteur premier des relations sociales. C'est une faiblesse de la perspective kelsennienne de prêter au droit seul des caractères qui appartiennent, en fait, à de nombreuses institutions sociales <sup>46</sup>. Le droit n'est pas la seule instance normative qui soit – et la morale non plus – car c'est le propre de toutes les institutions sociales de fonder des normes de comportement, souvent sous forme de commandements, qui prennent la forme d'actes de volonté dont le sens est une norme <sup>47</sup>. Le commandement et la sanction ne constituent pas le monopole du droit positif. L'imputation dont Kelsen fait le propre de la forme normative est elle-même insuffisante pour embrasser la diversité des modalités du droit, qui ne suppose pas toujours une sanction négative :

« Même les relations logiques entre faits et conséquences juridiques deviennent, dans cette perspective formelle, inexplicables par rapport aux

Roderick A MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et 'inférentielle' », dans *Sociologie et société*, vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 47-58. Roderick A. MACDONALD, « Les vieilles gardes, hypothèse sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans Jean-Guy Belley, *Le droit soluble*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, pp. 233-272.

<sup>45</sup> Lire Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, coll. « Les voies du droit ».

<sup>46</sup> Voir à ce propos KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit? », op. cit., p. 552. Lire Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », op. cit.

<sup>47</sup> ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », op. cit.

différents types de normes (la prescription, l'interdiction, la permission et l'habilitation) ». <sup>48</sup>

Il s'agit d'une réalité dont Hart a lui-même voulu rendre compte dans sa distinction entre normes primaires et normes secondaires <sup>49</sup>. Dans la foulée, il faut sans doute reconnaître que le droit remplit des fonctions qui vont bien au-delà de la régulation des comportements ou de la gestion des conflits, depuis que l'État utilise la législation pour la légitimation de sa propre action et l'orientation globale de la société vers des buts utilitaires <sup>50</sup>. Souvent, le droit perd ainsi sa forme restrictive (fondée sur l'imputation) pour emprunter des formes simplement déclaratoires ou franchement prescriptives, qui en disent long sur l'activité politique et l'évolution des rapports sociaux, en prouvant du coup le caractère éminemment non-juridique du droit <sup>51</sup>. Bref, la théorie du droit doit accepter la difficulté de définir ce qui fait le propre du droit. En contrepartie (en échange...), l'espace occupé par le droit en vient à dépasser largement les limites reconnues du droit positif (c'est-à-dire du monde de la législation et des décrets) et pénètre toutes les dimensions de

<sup>48</sup> PETEV, op. cit., p. 237.

<sup>49</sup> Lire Herbert HART, Le concept de droit, op. cit., pp. 103-153.

Vincenzo FERRARI, « Fonctions du droit », dans André-Jean Arnaud et *al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (2e édition), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, pp. 266-268. Soyons par ailleurs juste avec Kelsen qui reconnaît en effet les diverses fonctions que le droit peut potentiellement être appelé à remplir. L'imputation n'interdit pas l'utilisation du droit en vue de plusieurs fins possibles : « La technique spécifique du droit qui consiste, rappelons-le, à faire suivre un comportement humain tenu pour socialement nuisible d'un acte de contrainte considéré comme un mal, peut être utilisé en vue d'atteindre n'importe quel but social, car le droit n'est pas un but, mais un moyen ». Ici, Kelsen dit vrai. Cela dit, l'imputation (c'est-à-dire l'imposition de sanction négative) est loin de répondre à tous les cas de figure, s'il s'agit de définir la forme générale du droit. Lire KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 64. Lire encore MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », *op. cit.* 

Dans cette perspective on consultera, rassemblés par le Geptud, les textes publiés dans l'ouvrage collectif dirigé par Jean-Guy BELLEY et Pierre ISSALYS (dir.), Aux frontières du juridique : Études interdisciplinaires sur les transformations du droit, Québec, Groupe d'étude sur les processus de transformation du droit, 1993, coll. « Travaux ».

## Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

la vie sociale; il s'y mêle jusqu'à s'y dissoudre, ce qui ne signifie pas que le droit soit partout, de même que, contrairement à ce qu'on a souvent dit, il y a peu de chance que tout soit politique<sup>52</sup>. La théorie du droit positif peut ainsi déborder le normativisme de Kelsen ou de Hart comme en fait foi l'œuvre plus récente de Neil MacCormick qui propose une définition plus institutionnelle du droit <sup>53</sup>. Une question générale définit alors son programme : comment le droit est-il possible? La théorie du droit cesse dès lors d'être le « devoir être » d'un « devoir être » pour poser les problèmes de la légitimité et de l'effectivité de la forme juridique.

## 4.3.2 Les exigences imposées à la sociologie du droit

Abordée de cette façon, l'interdisciplinarité n'apparaît comme rien d'autre qu'une transposition, dans les fondements de la théorie du droit, des postulats de la sociologie juridique, mais ce n'est qu'à moitié vrai car elle exige également de la sociologie, l'intégration de la contrepartie de cette interpénétration. Une partie des travaux réalisés par la sociologie du droit est fondée sur une ignorance profonde du droit en tant que fait social observable. La sociologie juridique – mais la criminologie également – en réaction à l'impérialisme juridique et aux grandes écoles sociodéterministes de la période antérieure, a voulu démystifier le phénomène juridique au point de lui refuser toute spécificité. Ainsi, dans sa forme la plus radicale, le pluralisme juridique en vient à nier ce qui distingue les normes posées juridiquement de toutes les autres normes en ne voyant plus dans les rapports sociaux qu'un libre marché de normes concurrentes <sup>54</sup>. Dans le cadre d'une définition essentiellement

<sup>52</sup> Lire Jean-Guy BELLEY, Le droit soluble, op. cit.

Neil MACCORMICK, Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique, Paris, E. Story-Scientia/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992. Dans le même sens, on lira avec intérêt la thèse récente de France HOULE, Les règles administratives en droit public : aux confins de la régulation juridique, Montréal, Thèse de doctorat (Université de Montréal), 2000.

Lire à ce propos le texte de Roderick A. MACDONALD, « Critical legal pluralism as a construction of normativity and emergence of law », dans Andrée Lajoie et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et* 

## VOYAGE ÉPISTÉMOLOGIQUE ET CONCEPTUEL DANS L'ÉTUDE INTERDISCIPLINAIRE DU DROIT

instrumentale du droit, on en vient à effacer sans le dire le caractère normatif du droit, réduit à n'être plus qu'un simple système de contrainte parmi d'autres<sup>55</sup>. Certains auteurs en viennent ainsi à limiter l'espace du droit au conflit de groupes professionnels s'opposant dans une perpétuelle lutte pour le contrôle du champ juridique<sup>56</sup>. Ils dénoncent parfois la mystification entretenue par l'idéologie juridique - et la prégnance des habitus professionnels des juristes - sans toujours voir en quoi ces acteurs sont eux-mêmes dépendants de la logique de leur champ, de sorte qu'une partie significative du phénomène échappe au chercheur<sup>57</sup>. Finalement, dans une conception trop transparente – trop perméable – des rapports sociaux, on a spontanément eu tendance à nier le processus inévitable par lequel un champ d'activité particulier en vient à se distinguer des rapports de socialisation courants, jusqu'à fonder une forme sociale – une institution – distincte. Or, c'est particulièrement le cas du champ juridique. On est alors prompt à se surprendre de la distance qui sépare le droit et le sens commun comme si cet état de fait n'était pas une condition de l'efficacité sociale du droit. On aura ainsi

effectivité, Montréal/Bruxelles, Thémis-Bruylant, 1998, pp. 9-23. Lire également dans la même veine, Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », dans Revue de la recherche juridique droit prospectif, vol. 2, 1993, pp. 572-358.

- Lire dans cette perspective: Pierre LASCOUME et Évelyne SERVERIN, « Le droit comme activité sociale: pour une approche wébérienne des activités juridiques », dans Pierre Lascoume (dir.), Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit, Paris, LGDJ, 1995, coll. « Droit et société », pp. 155-177.
- Yves DEZALAY, Marchands de droit: l'expansion du 'modèle américain' et la construction d'un ordre juridique transnational, Paris, Fayard, 1993 et, sous sa direction, Juristes et comptables européens sur le marché du droit des affaires, Paris, LGDJ, 1993, coll. « Droit et société ». Lire également, Yves DEZALAY et Bryan GARTH, « Fussing about the forum : categories and definitions in dispute resolution as stakes in a professional competition about the "rules of the game" », dans Law and Social Inquiry, vol. 21, n° 2, 1996, pp. 285-312.
- Alain BANCAUD, « La réserve privée du juge », Droit et société, n° 20/21, 1992, pp. 229-246; La haute magistrature entre politique et sacerdoce, Paris, LGDJ, 1993, coll. « Droit et société ».

plus souvent insisté sur l'efficacité des lois que sur leur capacité à fonder concrètement les comportements<sup>58</sup>.

L'intérêt porté à ce qui peut spontanément naître d'une relation sociale a graduellement fait perdre de vue que ces relations se déroulent dans des espaces balisés d'avance par les formes de socialisation admises antérieurement. Or, ces formes, en objectivant une partie des relations sociales, permettent, dans le cadre d'autres types de relations, une plus grande spontanéité<sup>59</sup>. Alors que la sociologie s'est longtemps limitée à faire l'inventaire des institutions et des procédés d'intégration sociale, on nie souvent aujourd'hui l'importance des espaces institués, compris à la fois comme produits et mécanismes de la socialisation. On a cessé de travailler à la signification des processus d'institutionnalisation, et on n'a plus vu dans le droit que le produit de relations cristallisées : l'expression de rapports sociaux épuisés dans leur principe et, par là, devenus presque « anti-sociaux ». Ce faisant, on risque de laisser s'échapper une dimension fondamentale du droit, en tant que producteur de liens sociaux.

On comprendra que nous proposons ici de réintroduire le droit avec la définition qu'il donne de lui-même et qui – idéologie, croyance, mythe et intérêts confondus – fait entièrement partie de la réalité étudiée, même s'il ne constitue pas en soi une explication du phénomène. L'étude d'une partie des textes produits par les juristes sous le label « théorie du droit » retrouve ainsi un intérêt particulier. Ce corpus constitue, en tant que tel, un objet de la sociologie juridique. On constate alors que la théorie du droit d'un Hart ou d'un Kelsen ne répond qu'à une des formes particulières du phénomène juridique : celle du droit entendu comme le produit de la sclérose institutionnelle d'un ordre juridique à tendance autopoïétique <sup>60</sup>. Or, l'effort d'institutionnalisation est un fait social

Lire à ce propos, Pierre LASCOUMES, « Effectivité », dans André-Jean Arnaud, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, pp. 217-218.

<sup>59</sup> Sur toute cette question, lire Pierre NOREAU, «Le droit comme forme de socialisation : Georg Simmel et le problème de la légitimité », *La Revue française de science politique*, vol. 45, n° 2, avril 1995, pp. 56-78

<sup>60</sup> Lire Gunther TEUBNER, op. cit.

fondamental et si le droit n'est pas une catégorie première, l'institutionnalisation, elle, est un processus social premier. On rejoint cependant là l'intuition constructiviste. En contrepartie, il devient difficile d'étudier le droit sans tenir compte de son fonctionnement interne. La sociologie jettera ainsi un regard externe sur ce qui se passe à l'intérieur du droit en acceptant que, même porté par des procédés d'auto-justification et d'auto-création, le droit – et ici, le droit positif tel que les juristes le définissent eux-mêmes dans sa forme idéale – est à la fois un produit et un agent de production sociale. Mais, à ce chapitre, il faut sans doute pousser plus loin; aborder le droit comme technique sociale, mais également comme référence symbolique.

La sociologie peut d'abord tirer profit d'une reconnaissance du caractère transposable de la forme juridique, qui ne caractérise pas tant le droit (étatique) que la normativité formalisée de la plupart des espaces sociaux stables et organisés. Le « droit » (et non seulement le droit étatique) devient dès lors un procédé social courant de clôture des champs sociaux. On trouve là les fondements d'une investigation sur la pluralité des ordres juridiques (à l'intérieur et à l'extérieur de l'État), mais également une porte d'entrée sur la postmodernité dont le droit (souvent considéré comme l'expression pure de la prétention universaliste de la modernité) n'est surtout pas exclu<sup>61</sup>.

En terme dynamique (génétique), étudier les ordres juridiques ouvre aussi la porte à une investigation sociologique nouvelle dans la mesure où on reconnaît le droit comme marqueur culturel (ordre symbolique autant qu'ordre coercitif) et les conflits sur – et dans – le droit comme les expressions du mouvement social. Le droit redevient ici un objet légitime d'observation, un fait social plutôt qu'un fait a-social : un *analyseur*. Mais ce que nous venons de dire suppose qu'au-delà des effets structurants de la forme juridique (ses effets producteurs), le droit soit reconnu comme réserve de symboles (c'est le droit comme produit). S'il n'exprime plus la volonté supposée d'un législateur omniscient, sa définition, sa mise en œuvre et son interprétation supposent une synthèse (sinon une dialectique sans synthèse) des valeurs, c'est-à-dire des intérêts

Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », dans *Revue du droit public et la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, pp. 660-690.

## Dans le regard de l'autre In the eye of the Beholder

et des représentations. Si la légitimité du droit se pose comme (ancien) problème (nouveau) de la théorie du droit, c'est parce que son rôle comme marqueur symbolique (comme source de capital symbolique) est réel. Le droit redevient alors le lieu privilégié d'un questionnement sociologique ancien, que la régression à l'infini proposée par la microsociologie nous a parfois fait oublier mais pourrait revenir comme la conclusion nécessaire d'une réflexion sur le pluralisme : comment la société est-elle possible? Le droit redevient alors un *objet* sociologique.

## 4.3.3 Les exigences imposées à la science politique

Nous avons vu que la science politique a longtemps partagé les postulats qui ont fondé la compréhension que les juristes eux-mêmes donnent du droit. En contrepartie, certains théoriciens du droit (on pense ici à Hart) sont des contractualistes affirmés. En posant l'activité politique comme première, la science politique a par la suite graduellement abordé le droit comme le simple produit de l'action politique instituée. Ce faisant elle a elle-même nié l'autonomisation graduelle du champ juridique. C'est une erreur que Montesquieu n'aurait pas faite. Elle divise actuellement les juristes et les politologues. Voyez plutôt les points de vue de Julien Freund et Hans Kelsen sur l'antériorité du droit et du pouvoir politique :

« (Freund) C'est son positivisme dogmatique et non critique qui lui (Kelsen) interdit de comprendre que le droit ne se forme pas de lui-même, mais qu'il est posé par la volonté politique, que la contrainte n'est pas inhérente au droit, mais qu'elle est exercée par les instances politiques, et enfin que la théorie de l'État n'est pas un chapitre de la théorie générale du droit, mais que le politique s'explique d'abord par ses propres présupposés, ainsi que par son but et ses moyens propres.

(Kelsen) Le pouvoir social n'est possible que dans l'organisation sociale. Ceci est particulièrement évident quand le pouvoir ne réside pas dans un seul individu mais, comme c'est généralement le cas dans la vie sociale,

<sup>62</sup> Georg SIMMEL, « Digression sur le problème : comment la société est-elle possible? » dans Patrick Watier, Georg Simmel, La sociologie et l'expérience du monde moderne, Paris, Meridiens Klincksieck, 1986, pp. 21-45.

<sup>63</sup> FREUND, op. cit., p. 22.

dans un groupe d'individus. Le pouvoir social est toujours un pouvoir qui, d'une manière ou d'une autre, est organisé. Le pouvoir de l'État est le pouvoir organisé par le droit positif, c'est le pouvoir du droit. Autrement dit, c'est l'efficacité du droit positif.

Tout distingue ces deux positions. La première pose le politique comme fondement du droit, la seconde, le pouvoir politique – et pour tout dire, la société politique elle-même – comme le produit du droit. Un tel débat n'a apparemment de sens qu'à un très haut niveau d'abstraction. Mais, dans une perspective plus historique (et plus spéculative aussi), on peut raisonnablement se demander si, aux origines des sociétés humaines, les législateurs tenaient leur autorité de leur autorité politique ou si, au contraire, le pouvoir politique n'est pas le produit historique de l'activité législative, elle-même définie dans d'autres cadres sociaux que le seul cadre politique <sup>65</sup>.

Dans une perspective plus rapprochée, il faut du moins reconnaître que la légitimité légale-rationnelle qui fonde l'État de droit n'a de sens que dans le cadre d'un univers juridique pré-constitué. C'est du moins un constat que Julien Freund en vient à faire lui-même. Le droit pur n'est pas une réalité, pas plus que la politique pure : « en effet, sans le droit, la politique ne serait qu'une succession discontinue de décisions plus ou moins arbitraires et la morale, un tableau idéal d'obligations et de vertus sans censure ni responsabilité » <sup>66</sup>. « Nous avons de la peine à saisir la

Tiré de Hans KELSEN, «L'unité de l'État et du droit », dans Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaud et Michel Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, coll. «Story Scientia », p. 386. On trouve ce point de vue développé dès les premiers travaux de Kelsen sur la théorie pure du droit: Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 65.

Lire par exemple le texte de Roland MASPETIOL, «Le droit et le politique : deux visions partielles et fragmentaires d'une même réalité », Les Archives de philosophie du droit, n° 16, 1971, pp. 37-62. Lire également les travaux de Norbert ROULAND sur les rapports entre culture juridique et culture religieuse dans Norbert Roulant, Aux frontières du droit, Paris, Odile Jacob, 1991, coll. « Sciences humaines », pp. 54-69.

<sup>66</sup> FREUND, op. cit., pp. 22-23.

permanence des relations étroites entre la politique, la morale et le droit  $^{67}$ .

Depuis longtemps, le droit est un point aveugle de la science politique. Aussi, on a rarement reconnu, chez les politologues, ce que le pouvoir politique doit au droit, notamment en régime constitutionnel. On ne saisit ainsi qu'à moitié l'importance des compromis juridicoinstitutionnels dans le maintien de la légitimité politique. Le droit est trop strictement abordé comme une simple mise en forme du commandement. Or, ce qui est vrai de la distance entre le droit et les autres formes de relations sociales - son caractère imperméable au changement continu des valeurs et des pratiques – est tout aussi vrai du rapport du droit avec le pouvoir politique institué. Cette distance a trouvé une expression institutionnalisée dans le principe de la séparation des pouvoirs et dans le concept d'État de droit. Faut-il pour autant voir dans le droit (la loi) une forme a-politique? C'est une réduction naïve souvent rencontrée. L'analyste politique ne perçoit en effet souvent le droit que par le prisme de la législation en oubliant les effets négociés de sa mise en œuvre et l'importance prise par l'institution judiciaire, où le droit exprime le plus souvent sa spécificité institutionnelle - sa résistance au pouvoir politique – et partant son caractère politique. En amont, le politologue refuse au droit sa fonction légitimante en oubliant que le renversement du pouvoir dans le cadre d'un coup d'État est d'abord et avant tout le renversement d'un ordre juridique dont il tirait une partie de sa justification. La surenchère législative elle-même révèle que l'homme politique, une fois élu, résiste rarement à la force légitimante du droit et à l'illusion d'une précision du sens à laquelle le politique n'est pas soumis. Sociologie et science politique se rejoignent par ailleurs sur le terrain de l'institutionnalisation (de la juridicisation) des normes sociales et sur celui de la réception du droit par les citoyens. Cette interface pose à la fois le problème des limites du contrôle - et de la régulation - social et celui de la légitimité du droit, qui est une expression de la légitimité politique. D'où l'importance des thèmes de l'effectivité du droit et de la socialisation juridique dans le cadre d'une conception élargie de la théorie de l'État et de la citoyenneté. Le fondement de la légitimité du

<sup>67</sup> *Ibid.* p. 21.

droit et de la légitimité du pouvoir tient de la même source : c'est une croyance partagée.

Dans un article déjà ancien, Jacques Caillosse propose pour remède un traitement juridique du politique et un traitement politique du droit comme processus de définition d'un espace commun<sup>68</sup>, mais c'est la connaissance mutuelle qui manque le plus, et ce, bien davantage que l'observation mutuelle. Il faut à tout le moins reconnaître les points de jonction que sont le droit constitutionnel et le droit administratif; bref, le droit public qui, a priori, n'est rien d'autre que le droit de l'État, la traduction juridique d'un pouvoir politique centralisé. Mais comme ces espaces réservés sont traversés de partout, ils servent de lieux où se rencontrent le social et le politique, balisés d'avance par les contraintes imposées par le droit, qui affirme ici sa réalité spécifique. Il faut peutêtre que la science politique reconnaisse que le formalisme juridique détermine plus fortement les contenus politiques qu'on le reconnaît d'ordinaire et admettre que les agents politiques n'ont pas la liberté qu'on leur prête généralement. L'État de droit est un État sous surveillance.

Voilà pour le droit en tant que vecteur (en tant qu'institution) politique, mais il y a davantage. Car alors même que le droit s'applique dans sa rigueur postulée, il est constamment réinterprété par les tribunaux qui retrouvent là leur fonction comme mécanismes de reconnaissance et de consécration d'un contrat social souvent redéfini. Le pouvoir judiciaire devient alors l'arène d'un débat sur l'intention d'un improbable législateur, débat qui est celui des valeurs que mettent en jeu - et fixent pour un temps - les membres de chaque communauté politique. On trouve peut-être là l'origine véritable de la norme fondamentale dont parle Kelsen, de la règle de reconnaissance affirmée par Hart et des principes juridiques que Dworkin cherche dans les replis du droit. Le droit retrouve ici sa normativité, mais l'action politique aussi. La sphère politique – l'espace public – déborde du coup le jeu des acteurs institués. Le droit devient une ressource politique en même temps que le lieu d'un échange collectif, où se déploient certaines stratégies proprement politiques, et pourtant proprement juridiques. Négocier le

<sup>68</sup> Jacques CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », Droit et société, n° 26, 1994, pp. 132-133.

droit, le mettre en œuvre et le contester deviennent dès lors autant de formes de l'action politique, de même que la diplomatie est une autre façon de faire la guerre. Ainsi, entre l'État et la société civile, il y aurait le droit? Peut-être, mais le droit cesse ici d'être la succursale du pouvoir pour devenir une condition du politique (une expression plutôt qu'une source de la légitimité); une réponse à cette question minée par le thème de la postmodernité et l'effritement annoncé (mais improbable) de l'État qui rapproche à nouveau le droit du politique : comment la communauté politique est-elle possible? Une question qui rapproche de nouveau le droit et le politique; qui leur exige de se répondre l'un par l'autre.

## Conclusion

Il y a quelques années, Jacques Commaille écrivait: « En attendant... la pluridisciplinarité, pratiquons-la »<sup>69</sup>. Seulement voilà, comment? S'il faut, pour y parvenir, que chacun soit formé dans le domaine de l'autre... ce n'est pas pour demain. Aussi, la stratégie des « espaces partagés » m'apparaît prometteuse. Il y a dans chaque champ un point de fuite qui s'ouvre sur l'autre. Il s'agit de le bien définir. Ici, la tentative est imparfaite, mais le procédé vaut sans doute la peine d'être repris sur la base des mêmes questions : quels sont parmi les postulats de chaque discipline, ceux qu'on trouve également chez les autres? C'est un procédé plus exigeant qu'il n'y paraît. Il implique du moins que chacun accepte que son propre objet – la norme sociale (mœurs ou morale), le droit et le commandement – soit plus profondément imbriqué aux autres qu'on le croit et qu'aucun n'est complètement absorbé par l'autre 70. Il s'agit évidemment ici de faire autre chose que de superposer différentes façons d'analyser le même objet, mais de trouver une façon concordante d'étudier l'interaction entre différents champs de l'activité humaine. Les mêmes dispositions doivent être prises par les chercheurs issus de chaque champ, avec une grande lucidité. On constate que l'effet premier de cet exercice est d'imposer un élargissement des questionnements propres à chaque discipline et d'élargir son objet. On revient un peu ici aux origines de chacune et on s'étonne de constater la place que prenait le

<sup>69</sup> Jacques COMMAILLE, « En attendant... la pluridisciplinarité, pratiquons-la », *Actes*, n° 75-76, juin 1991, pp. 42-49.

<sup>70</sup> BELLEY, Le droit soluble, op. cit.

## VOYAGE ÉPISTÉMOLOGIQUE ET CONCEPTUEL DANS L'ÉTUDE INTERDISCIPLINAIRE DU DROIT

droit chez les fondateurs de la sociologie et de la théorie politique moderne. S'agit-il d'une dilution ou d'un retour à quelques problèmes fondamentaux de la vie collective? C'est à l'usage qu'on verra les résultats d'un tel exercice. On saura alors si l'interdisciplinarité a un avenir ou si le cloisonnement disciplinaire est une condition de la connaissance. Il ne restera cependant d'elle que la subjectivité de chaque champ. Une certaine conception du savoir aura alors définitivement vécu et avec elle une certaine idée du cumul des connaissances dans les sciences sociales et humaines.