

La norme, le commandement et la loi

Le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire

Pierre Noreau

Volume 19, Number 2-3, 2000

Judiciarisation et pouvoir politique

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/040229ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/040229ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (print)

1703-8480 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Noreau, P. (2000). La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire. *Politique et Sociétés*, 19(2-3), 153-177.
<https://doi.org/10.7202/040229ar>

Article abstract

To jump from an interdisciplinary to a multidisciplinary approach constitutes a risk. By constantly challenging the established findings and methods of a given discipline, researchers may be accused of "betraying" their colleagues. The relationship between theorists in law, sociology and political science provides numerous examples of potential sources of misunderstanding. There are norms identified in law and sociology, but how are norms defined? Both law and political science employ the concept of authority, but what is the foundation of authority, power or equality? Is the role of normative legal theory the same as in other disciplines of the humanities? What are the compromises necessary for interdisciplinary work? To what extent are the epistemologies behind such approaches compatible, and should such issues be exposed and considered openly before embarking on a given study? This article identifies the links between legal theory, sociology and political science, and highlights certain conditions for effective interdisciplinary research.

LA NORME, LE COMMANDEMENT ET LA LOI: LE DROIT COMME OBJET D'ANALYSE INTERDISCIPLINAIRE*

Pierre Noreau
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, et on apprend de chaque discipline quelque chose du droit que l'autre ignore. Chaque épistémologie comporte ainsi un point mort, mais lors même que le droit les rapproche, chacune compromet l'autre sur l'une ou l'autre de ses catégories fondatrices. Elles se touchent, aurait dit Tocqueville, « par leurs bouts douloureux ». Ainsi, la science politique et la théorie du droit traitent toutes deux du problème de l'ordre, du commandement et de la sanction, alors que la théorie du droit et la sociologie partagent un intérêt commun pour la production des normes et leur validité. Or, elles se rencontrent là où elles risquent le plus de s'écarter.

Tout cela ne signifie pas que le développement de chaque discipline se soit réalisé dans l'indifférence réciproque. On trouve par exemple dans les travaux des réalistes américains — dès le début des années 1920 — l'origine de nombreux rapprochements et, plus anciennement encore, on les retrace dans les travaux d'auteurs, tels Santi Romano ou Max Weber, souvent juristes de formation et sociologues par vocation. Plus récemment, le mouvement des *Critical Legal Studies* et le courant Droit et société ont également contribué à ces rapprochements. Ces contributions inspirent une partie des conclusions de cet article.

Il ne s'ensuit pas que cette insémination réciproque des disciplines se soit faite sans mal. Déjà, le travail théorique tient dans

* Ce texte est un perpétuel chantier. Il a connu (et connaîtra vraisemblablement) d'autres versions et d'autres formes. L'auteur tient à remercier Jean-Guy Belley (Université McGill) et Michel Coutu (Centre de recherche en droit public) pour la lecture critique qu'ils ont faite d'une version antérieure. L'auteur revendique cependant pour lui-même les imprécisions de celle-ci.

Pierre Noreau, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, C.P. 6128, Succ. Centre-Ville, Montréal (Québec), Canada, H3C 3J7.

courriel : pierre.noreau@umontreal.ca

chaque discipline une fonction différente (section 1). Des ambiguïtés subsistent toujours, qui trouvent souvent leur origine dans l'emploi de catégories mitoyennes, définies ou connotées différemment selon qu'on y recourt dans une perspective sociologique, juridique ou politique (section 3). Comment rendre compte de ces équivoques ? Nous avons pour notre part pris le parti de mettre d'abord à plat l'épistémologie propre à chaque discipline (section 2). Nous les avons pour ainsi dire posées dans leur expression exacerbée. Chaque discipline consacre en effet la réalité d'une catégorie première dont elle affirme le caractère quasi ontologique et à laquelle elle soumet toutes les autres. Ces caractéristiques une fois posées, nous proposons une approche théorique et thématique susceptible de permettre un dépassement des perspectives généralement réductrices que la sociologie, la science politique, et même la théorie du droit offrent respectivement sur le droit (section 4).

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'abord¹. On ne peut parler de tout à la fois. Ainsi, 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 une perspective de théorie de l'État, sinon de théorie de la démocratie. De même, on abordera la sociologie du droit sous l'angle du pluralisme juridique, qui pose à la fois la question de la définition et de l'institutionnalisation des normes sociales. S'agissant finalement de la théorie du droit, on se référera d'abord aux perspectives développées par Hans Kelsen et Herbert Hart, identifiées au positivisme juridique. 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. 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 marxiste), ce que nous ne faisons pas ici, de manière à mieux exemplifier les problèmes associés à l'interdisciplinarité.

Résumé. Le saut de la multidisciplinarité à l'interdisciplinarité est un saut périlleux. Le chercheur se demande constamment s'il n'est pas en train de trahir ses références disciplinaires. Les rapports entre les théoriciens du droit, les sociologues et les politologues fournissent des exemples nombreux de ces relations en porte-à-faux. Entre le droit et la sociologie, il y a la normativité. Mais qu'est-ce qu'une norme? Entre la science politique et le droit, il y a l'autorité, mais d'où tire-t-elle ses origines, du pouvoir ou de la légalité? Le rôle que tient le travail théorique en droit est-il le même que celui qu'il joue dans les autres sciences humaines? Quels sont les compromis nécessaires au travail interdisciplinaire? Jusqu'à quel point les épistémologies sont-elles compatibles et faut-il nécessairement les mettre au jour avant de se mettre en action; faut-il apprendre en marchant? Le texte porte notamment sur les points de jonction entre théorie du droit, théorie sociologique et théorie politique et met en évidence certaines conditions de l'interdisciplinarité.

Abstract. To jump from an interdisciplinary to a multidisciplinary approach constitutes a risk. By constantly challenging the established findings and methods of a given discipline, researchers may be accused of "betraying" their colleagues. The relationship between theorists in law, sociology and political science provides numerous examples of potential sources of misunderstanding. There are norms identified in law and sociology, but how are norms defined? Both law and political science employ the concept of authority, but what is the foundation of authority, power or equality? Is the role of normative legal theory the same as in other disciplines of the humanities? What are the compromises necessary for interdisciplinary work? To what extent are the epistemologies behind such approaches compatible, and should such issues be exposed and considered openly before embarking on a given study? This article identifies the links between legal theory, sociology and political science, and highlights certain conditions for effective interdisciplinary research.

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 qu'y occupe le travail théorique. Il s'agit là d'un des nombreux malentendus qui jonchent le terrain de la recherche interdisciplinaire sur le droit, du moment qu'elle met en rapport des théoriciens du droit et des spécialistes issus des sciences sociales.

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 sociaux². Le théoricien du droit cherche surtout à cerner la nature particulière du droit positif³, à reconnaître les critères de la juridicité et les conditions nécessaires à l'établissement d'un ordre juridique stable. Aussi, depuis H. 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 mœurs⁴. 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 juridique contemporain — en réponse au *jus naturalisme* d'origine thomiste ou libérale — et a consacré le droit comme espace d'action et de pensée spécifique⁵. Parallèlement, elle traçait une distinction entre théorie du droit et philosophie du droit et rompait notamment avec le *jus naturalisme*.

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 chez les théoriciens positivistes une reconstruction des conditions susceptibles d'assurer la cohérence logique du droit et de garantir son intégrité par rapport aux autres types d'activités sociales⁶. Il s'agit par conséquent d'un procédé de

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

3. La revue *Droit* a ainsi, au cours des dernières années, consacré deux numéros (10 et 11) à la définition du concept de droit.

4. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 141-148. Consulter également les textes plus récents édités dans un numéro thématique sur les thèmes Droit et Mœurs dans la revue *Droit* (revue française de théorie du droit), n° 19, avril 1994.

5. 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, coll. « Droit », 1976.

6. 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. H. Hart y résout le problème des rapports entre la morale et le droit en

rationalisation de l'activité juridique qui, dans sa version la plus radicale, prétend fonder les conditions d'une pratique scientifique du droit⁷. 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 du droit positif. *A contrario*, 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 cet auteur présente-t-il également la théorie pure du droit comme une « doctrine du droit⁸ ». Du strict point de vue du savoir, 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.

reconnaissant au juge une fonction législative qui lui permet de compenser les insuffisances du droit (insuffisances qui sont inévitables du fait de sa texture ouverte) sans sortir du domaine juridique, les références morales étant du coup élevées 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, p. 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, coll. « Recherches politiques », 1994. On consultera également deux textes de Dworkin (repris dans *L'empire du droit* : « Le positivisme », *Droit et Société*, n° 1, août 1986, p. 31-50 ; et, dans le même numéro, « La chaîne du droit », p. 51-79).

7. Pour une critique de ce point de vue on lira : Paul Amselek, « La part de la science dans les activités juridiques », *Recueil Dalloz* (39^e cahier Chronique), 1997, p. 337-342.
8. Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 557.

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 — nous l'avons vu — l'établissement d'une distinction claire entre le droit, la morale et les mœurs et partant entre la science juridique, la philosophie et les sciences sociales. On espérait établir de cette façon le statut théorique du droit sans le soumettre à un ordre normatif supérieur (moral 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 kelsennienne insiste tant sur la distinction de « l'être » et du « devoir-être » 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-être⁹ ». 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 rapports humains¹⁰. Le droit y devient une catégorie fondatrice des rapports sociaux, bénéficiant d'une ontologie particulière.

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. Cette distinction concorde évidemment avec la prétention de H. Kelsen de fonder une

9. Hans Kelsen, *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, « Positivism juridique et doctrine du droit naturel », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 141-148.

10. « 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'est 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 H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 3.

conceptualisation pure du droit — abordé 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 »)¹¹.

Ce procédé n'est pas unique aux théoriciens du droit positif. Les premiers sociologues ont, eux aussi, eu tendance à définir l'agir humain en fonction d'une catégorie supposée, 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 le premier des sociologues du droit — et qu'on considère souvent comme le fondateur de la sociologie générale¹² —, faisait découler la nature des régimes politiques de l'Esprit des lois, et l'Esprit des lois de l'état des rapports sociaux. De même, aux origines de la science politique contemporaine, Hobbes identifiait 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 générale tend à nier au droit toute spécificité, en tant que source de normativité, et la science politique ne définit souvent le droit qu'en tant qu'activité particulière de l'autorité politique ; fruit desséché de rapports de force anciens. Ce détour sur les catégories fondatrices de la science politique et de la sociologie mériterait des développements plus importants¹³. Dans ces deux cas du moins, on propose une

-
11. 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 H. Kelsen, tient au fait qu'il en vient à 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 Amssele, 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*, Paris, Sirey, n° 16 (Le droit investi par la politique), 1971, p. 15-35.
 12. 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 », p. 43-61 ; lire également Renato Treves, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 30-31.
 13. L'ouvrage classique de Robert A. Nisbet sur les catégories premières de la sociologie offre du moins l'intérêt d'un tel exercice, du moment qu'on entend

vision *externe* du droit, là où la théorie du droit positif offre une compréhension du droit pour lui-même dans une perspective essentiellement interne ; et dans les deux cas, le droit perd sa centralité.

Il résulte de cette situation — et de ce trop rapide passage sur les catégories fondatrices de chaque discipline — 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*).

LES CONCEPTS MAL... ENTENDUS

D'autres malentendus naissent par conséquent de l'usage de concepts apparentés qui recouvrent cependant des dimensions différentes du même phénomène. Il en va ainsi, par exemple, 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. D'autres ambiguïtés tiennent par ailleurs — et plus spécifiquement encore — au statut plus ou moins propre du droit positif abordé 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.

faire dans l'interdisciplinarité. Voir : Robert A. Nisbet, *La tradition sociologique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Sociologies », 1984, (1^{re} édition américaine 1966). De même un rapide survol des manuels de science politique révèle la permanence de certains thèmes et de certaines catégories propres à la discipline. Pour un tour d'horizon, on consultera les quatre tomes du traité de Jean Leca et Madeleine Grawitz, *Traité de Science politique*, Paris, Presses universitaires de Paris, 1985. On lira dans la même veine : Davis Held, *Political Theory and the Modern State*, Stanford, Stanford University Press, 1989.

Entre théorie du droit et sociologie : le concept de norme

Le droit peut être en effet défini en tant que « norme », mais qu'est-ce qu'une norme ? Ici, tout distingue la sociologie de la théorie du droit. 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 H. Kelsen ou H. Hart. Pour la théorie du droit, la norme est nécessairement le produit d'un énoncé. C'est la signification d'un commandement. Pour la sociologie, au contraire, la notion de norme renvoie à une réalité 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, dont H. Kelsen fait un trait caractéristique du droit. La norme est généralement comprise par le sociologue comme le produit indistinct des ajustements mutuels et ne pose même que très accessoirement le problème de la sanction, telle qu'on l'entend chez les théoriciens du droit. Le problème de sa « validité » se présente 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 et la pratique quotidienne du droit, un critère de sa validité¹⁴.

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

Apparue dans d'autres conditions intellectuelles, la théorie politique a au contraire suggéré une définition de l'ordre politique, qui se

14. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 120-122. Lire également : H. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 127-53. Par ailleurs, sur la notion de valeur et de validité de la norme de même que sur la notion complexe de norme juridique en tant que signification d'un acte de volonté on lira : Paul Amssek, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue Juridique Thémis*, vol. 33, n° 2, 1999, p. 185-223.

rapproche de celle que la théorie du droit donne de l'ordre juridique¹⁵. Contrairement à la sociologie, la science politique ne récusé pas la place de la volonté (du commandement) dans la définition de la norme juridique. Elle 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 mœurs¹⁶. Elle accepte par conséquent la spécificité de l'ordre juridique étatique par rapport aux autres ordres normatifs et consacre le monopole de la violence physique détenu par l'État et, partant, l'utilisation de la contrainte physique comme caractéristiques de la sanction juridique¹⁷. 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 réalité du droit à celle de la législation et de la réglementation (c'est-à-dire du droit positif). Mais cette perspective a perdu l'unité que lui donnaient les théories de l'État et de la démocratie¹⁸. 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 contenus du droit. Perdant son caractère de rituel légitimant, le travail législatif n'a plus été conçu que comme la consécration institutionnelle de rapports de force et de compromis établis à

15. Jacques Chevallier, « L'ordre juridique » dans Jacques Chevallier *et al.*, *Le Droit en Procès*, (publication du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), Paris, PUF, 1984, p. 7-49.

16. Voir le numéro 19 de la revue *Droit* sur le thème Droit et mœurs.

17. 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 » dans : *Sociologie et société*, vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 11-32 ; et sur la notion d'ordre juridique : Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques » dans Guy Rocher, *Sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 123-150.

18. Dans cette perspective sur la division lente des sciences juridiques et politiques, on lira avec intérêt le texte de Jacques Commaille, « Le juridique dans le politique » dans Jacques Chevallier *et al.*, *Droit et politique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « CURAPP », p. 269-281, 1993.

l'extérieur des instances parlementaires. Chez les marxistes, le droit, intégré à la superstructure idéologique, n'a plus été défini que comme mécanisme de domination¹⁹. On a restreint l'action judiciaire à ses dimensions apolitiques de sorte que « l'activisme judiciaire » et le « gouvernement des juges » ont été présentés comme les antithèses du débat public.

Bref, le droit a graduellement été abordé comme un simple mode de régulation sociale²⁰. Il a perdu sa dimension proprement normative pour devenir une technique d'intervention politique, une modalité possible du *social engineering*²¹. Cette perspective n'est pas sans fondement empirique²², mais les mutations paradigmatiques qu'elle a exigées ont graduellement consacré la rupture de la théorie du droit d'avec la science politique. Celle-ci, après avoir d'abord consacré l'existence d'une autorité politique centrale (le *Souverain*, en tant que figure politique du *législateur*) reconnaît aujourd'hui l'éclatement des sources du commandement : ordre juridique miné par en haut du fait de la mondialisation et par en bas du fait du pluralisme des sources de droit. La loi a, dans la foulée, perdu son monopole comme expression de la volonté politique (ou ordre symbolique) dont on cherche maintenant le sens dans l'étude des politiques publiques. L'État est un médiateur. L'autorité s'en est allée, et avec elle la sainte alliance de la théorie du droit et de la théorie politique contemporaines.

-
19. 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 dominants — 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. Dans tous les cas, cependant, on fait perdre au législateur le monopole théorique que lui avait généralement reconnu la théorie politique classique.
20. François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Coll. « Droit et société », 1991.
21. Jacques Commaille, *L'Esprit sociologique des lois : Essais de sociologie politique du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 ; au Québec : Vincent Lemieux, « Les gouvernements et leurs lois », *Interface*, sept.-oct. 1984, p. 12-15.
22. De fait, le droit étatique est devenu plus prescriptif et a perdu graduellement le caractère d'imputation que lui attribuait H. Kelsen et que H. 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. 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, coll. « Pluriel », 1987, p. 76-77.

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 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.

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 comme modes de connaissance du droit. On parvient ainsi à différencier la théorie du droit (à la manière de Kelsen ou Hart) 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 lui-même 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 droit²³. 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 droit²⁴.

23. Voir à ce propos Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis/Droit », 1978, p. 24-25.

24. C'est un point de vue que développent également F. Ost et M. 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'une 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, coll. « Droit et société », 1991, p. 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 comme activité signifiante des autorités juridiques et des sujets de droit ; un deuxième qui vise à situer cette interprétation dans une analyse plus globale (mise en rapport de cette activité 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, peut-être sans le vouloir, fait-il ainsi du phénomène étudié le centre du monde, et tout cela n'a plus rien de « modéré ». Le problème est de savoir si on ne se limite pas ici à 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 F. Ost et de M. Van de Kerchove, qui vise à établir une posture interprétative médiane entre les perspectives externe et 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 (c'est-à-dire des faits sociaux tels qu'ils existent « en dehors » du droit). Or, ce faisant, on est loin du point central qui sépare les pôles interne et externe 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-même²⁵. Pour cette raison, la proposition d'Ost et de Kerchove nous offre plutôt une version juridique de l'analyse systémique (des rapports entre un système et son environnement)²⁶. Il faut par conséquent chercher ailleurs.

25. 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.

26. 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 G. Teubner et N. 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, coll. « Les voies du

Les compromis disciplinaires

La thèse de F. Ost et de M. Van de Kerchove nous apparaît devoir être reprise sur un point important : « il est bien clair que la position scientifique est celle de l'observateur externe²⁷ ». 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 à 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 autoréférentiels de la théorie du droit telle qu'elle a été élaborée par H. Kelsen, par H. Hart et même par R. Dworkin. Cela étant, 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 et en tant qu'institution. 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 wébérienne 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

droit », 1988. Lire également : Gunther Teubner, *Le droit un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Les voies du droit », 1993, p. 50-58 ; et André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif, *Niklas Luhman observateur du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1993.

27. F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon : d'où vient la science du droit ? », *op. cit.*, p. 74.

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 ? Or, on revient ainsi aux sources de chaque discipline. 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.

Les questionnements nécessaires

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 propositions²⁸.

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 V. Petev, « il s'agit

28. V. Petev, *op. cit.*, p. 243.

d'organiser l'interaction sociale²⁹ » 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 H. 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 la reconnaissance 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. On y inclura ainsi la norme explicite et formulée comme la norme implicite et inférentielle — les normes en émergence et leur mise en œuvre complexe —, de celles-ci 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, perçu comme une contrainte particulière, mais retraduite dans les catégories de la pratique sociale et le calcul d'acteurs socialisés de diverses façons³⁰. Il convient donc d'accepter une définition extensive du droit. On trouve une tentative de ce genre dans l'œuvre de Gérard Timsit³¹.

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 sociales³². 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

29. *Ibid.*, p. 246.

30. Roderick A. Macdonald, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et " inférentielle " » *Sociologie et société*, vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 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, p. 233-272.

31. Lire Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Les voies du droit », 1991.

32. Voir à ce propos : H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *op. cit.*, p. 552.

des normes de comportement, souvent sous forme de commandements qui prennent l'aspect d'actes de volonté dont le sens est une norme³³. Le commandement et la sanction ne constituent pas le monopole du droit positif. La forme de l'imputation dont H. 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 différents types de normes (la prescription, l'interdiction, la permission et l'habilitation)³⁴». Il s'agit d'une réalité dont H. Hart a lui-même voulu rendre compte dans sa distinction entre normes primaires et normes secondaires³⁵. 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 utilitaires³⁶. 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 droit³⁷. 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 dépasse largement les limites reconnues du droit positif (c'est-à-dire du monde de la législation et des décrets) et pénètre toutes les

33. G. Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *op. cit.*

34. V. Petev, *op. cit.*, p. 237.

35. Lire : H. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 103-153.

36. Vincenzo Ferrari, « Fonctions du droit », dans André-Jean Arnaud *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (2^e édition), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 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 : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 64.

37. Dans cette perspective on consultera, rassemblés par le Geptud, les textes publiés dans l'ouvrage collectif dirigé par Jean-Guy Belley et Pierre Issalys, *Aux frontières du juridique : Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, Groupe d'étude sur les processus de transformation du droit, coll. « Travaux », 1993.

dimensions de 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 politique³⁸. La théorie du droit positif peut ainsi déborder le normativisme de H. Kelsen ou de H. Hart comme en fait foi l'œuvre plus récente de Neil MacCormick qui propose une définition plus institutionnelle du droit³⁹. 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.

Les exigences imposées à la sociologie du droit

Abordée de cette façon, l'interdisciplinarité n'apparaît comme rien d'autre qu'une transposition, dans la théorie du droit, des postulats qui fondent 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 concurrentes⁴⁰. Dans le cadre d'une définition essentiellement instrumentale du droit, on en vient à effacer sans le dire le caractère normatif du droit, réduit à

38. Lire : Jean-Guy Belley, *Le droit soluble*, op. cit.

39. 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.

40. 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 effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis-Bruylant, 1998, p. 9-23. Lire également dans la même veine. Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique droit prospectif*, vol. 2, 1993, p. 572-358.

n'être plus qu'un simple système de contrainte parmi d'autres⁴¹. 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 juridique⁴². 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 chercheur⁴³. 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 plus souvent insisté sur l'efficacité des lois que sur leur capacité à fonder concrètement les comportements⁴⁴.

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 spontanéité⁴⁵. 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

41. 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, coll. « Droit et société », 1995, p. 155-177.

42. 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, coll. « Droit et Société », 1993. 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, p. 285-312.

43. Alain Bancaud, « La réserve privée du juge », *Droit et société*, n° 20/21, 1992, p. 229-246 ; *La haute magistrature entre politique et sacerdoce*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1993.

44. 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, p. 217-218.

45. 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, p. 56-78.

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 ». On risque ainsi 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 autopoïétique⁴⁶. Or, l'effort d'institutionnalisation est un fait social fondamental et si le droit n'est pas une catégorie première, l'institutionnalisation, elle, est un processus social premier. On rejoint là cependant 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'autojustification et d'autocréation, 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 formée de la plupart des espaces sociaux. 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 exclu⁴⁷.

46. Lire : G. Teubner, *op. cit.*

47. Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, p. 660-690.

En termes processuels (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 asocial : un *analyste*. 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 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 possible⁴⁸? Le droit redevient alors un *objet* sociologique.

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 H. 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. Pour ce faire, 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

48. 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, p. 21-45.

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 propres⁴⁹.

(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, 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 positif⁵⁰.

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 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 politique⁵¹.

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 préconstitué. 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 responsabilité⁵² ».

49. J. Freund, *op. cit.*, p. 22.

50. Tiré de Hans Kelsen, « L'unité de l'État et du droit » dans Christophe Grzegorzczak, Françoise Michaud et Michel Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. « Story Scientia », 1992, 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.

51. Lire par exemple le texte de Roland Maspétiol, « Le droit et le politique : deux visions partielles et fragmentaires d'une même réalité », *Les Archives de philosophie du droit*, n° 16, 1971, p. 37-62. Lire également les travaux de Norbert Roulant sur les rapports entre culture juridique et culture religieuse dans Norbert Roulant, *Aux frontières du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991, coll. « Sciences humaines », p. 54-69.

52. J. Freund, *op. cit.*, p. 22-23.

« Nous avons de la peine à saisir la permanence des relations étroites entre la politique, la morale et le droit⁵³ ».

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 juridico-institutionnels 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 vis-à-vis du pouvoir politique institué. Cette distance elle-même 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 apolitique ? C'est une réduction naïve souvent rencontrée. L'analyste politique ne perçoit en effet souvent le droit qu'à travers 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 droit et de la légitimité du pouvoir tient de la même source : c'est une croyance partagée.

Dans un article récent, Jacques Caillousse propose pour remède un traitement juridique du politique et un traitement politique du droit comme processus de définition d'un espace commun⁵⁴, mais c'est la

53. *Ibid.*, p. 21.

54. Jacques Caillousse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, n° 26, 1994, p. 132-133.

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, avec laquelle il faut faire. Il faut peut-être que la science politique reconnaisse que le formalisme juridique détermine plus fortement les contenus politiques qu'on ne 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 sa 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 H. Kelsen, de la règle de reconnaissance affirmée par H. Hart et des principes juridiques que R. 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 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 exige d'eux qu'ils se répondent l'un par l'autre.

CONCLUSION

Il y a quelques années, Jacques Commaille écrivait : « En attendant... la pluridisciplinarité, pratiquons-la.⁵⁵ » 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 ne le croit et qu'aucun n'est complètement absorbé par l'autre⁵⁶. 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 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.

55. Jacques Commaille, « En attendant... la pluridisciplinarité, pratiquons-là », *Actes*, n° 75-76, juin 1991, p. 42-49.

56. Belley, *Le droit soluble*, *op. cit.*