

**BRIAN TAMAHANA, « LA CARTE ANALYTIQUE DES APPROCHES DU
CONCEPT DE DROIT EN SCIENCES SOCIALES »**
(Le texte est originellement paru sous le titre « An Analytical Map of Social Scientific
Approaches to the Concept of Law », 1995, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.15, No
4, Winter, pp.501-535)
Traduction française par Baudouin DUPRET, directeur de recherches au CNRS.

1. Introduction

Un problème insoluble a quasiment paralysé le développement de l'étude scientifique du droit des années 1950 aux années 1970. Le débat théorique portait principalement, durant cette époque, sur le concept scientifique de droit. Le problème tenait au fait qu'on ne pouvait entrevoir de solution. Il semblait y avoir autant de conceptions du droit que de théoriciens, sans que n'existent pour autant les moyens de décider laquelle était la bonne.

Les philosophes du droit se sont frottés depuis longtemps à la question de ce qu'est le droit, comme le note H.L.A. Hart à la première page du *Concept de droit*¹. Le défaut de consensus n'a cependant pas eu les mêmes effets dévastateurs. Les philosophes du droit et, en particulier, ceux de la tradition positiviste jouissent du privilège de s'intéresser au droit étatique. A l'inverse, nombre de scientifiques du social considèrent que le droit étatique constitue un point de départ inacceptable parce qu'il ne correspond pas à une catégorie scientifique et que, de plus, l'application du modèle juridique de l'Etat aboutirait à la conclusion que de nombreuses sociétés (historiquement parlant) n'avaient pas de droit. C'était commettre le péché d'ethnocentrisme occidental, surtout pour les anthropologues du droit.

Ce mélange de scientisme et de crainte de l'ethnocentrisme a abouti à une impasse analytique. Les scientifiques qui déclaraient, dès l'entame de leur recherche, qu'« aucune société n'est sans droit »² étaient inévitablement conduits à identifier un concept de droit différent de ceux qui pensaient que la question de savoir si des sociétés données ont un droit est une question empirique à laquelle on peut répondre, le cas échéant, par la négative.

Après des décennies d'échanges enflammés, sans aucun progrès apparent, les spécialistes du domaine se sont fatigués de la question. Le débat sur *qu'est-ce que le droit ?* se apparaissait comme une « sempiternelle dispute » dont le seul effet était « d'empêcher des entreprises plus fructueuses »³, une querelle « aride et improductive », une querelle « aride et improductive »⁴, un sujet « stérile » ou « aride »⁵, le gaspillage de « flots d'encre »⁶, un exercice « n'ayant guère porté de fruits »⁷, quelque chose « comme la quête du Graal »⁸. Vers le milieu des années 1970, il existait un consensus général pour dire que, « au moins pour l'instant, il semble clair que nous devons écarter le droit de notre centre d'attention dans nos efforts de construction de la théorie sociale »⁹.

L'abandon de la question n'en fut pas moins coûteux. La remarque a souvent été faite que les études socio-juridiques souffrent d'une théorisation sous-développée¹⁰. Sans accord sur la question charnière *qu'est-ce que le droit ?*, c'est l'objet même et le champ d'étude de l'anthropologie « juridique » et de la sociologie « juridique » qui ne peut plus être identifié¹¹ et ce sont les fondations nécessaires à l'élaboration de toute théorie qui disparaissent. Bien que les dix dernières années aient vu une renaissance de la théorie dans ce champ (du fait principalement de l'application à l'étude du droit de nouvelles théories sociologiques telles

que l'interprétativisme et l'autopoièse), les problèmes sous-jacents à la conceptualisation du droit ont subsisté, invisibles en surface mais toujours lancinants.

Deuxième conséquence de l'absence de toute réponse à la question, un sentiment d'affranchissement de toute contrainte s'est installé, qui a permis à toutes sortes d'affirmations d'être proférées au nom d'une conception scientifique du droit. Les tenants du pluralisme juridique, par exemple, ont ainsi récemment affirmé que seule leur conception du droit est objective et scientifique, que la vie sociale est remplie d'un ensemble d'ordres juridiques en compétition et que ceux qui considèrent que le « droit » est lié à l'Etat souffrent d'illusion idéologique¹². Dans une tout autre perspective, on peut trouver un autre exemple dans l'affirmation reprise en chœur par les théoriciens du social que le droit pénètre toujours plus avant l'ensemble des aspects de la vie ou, autrement dit, que le monde est de plus en plus colonisé par le droit. Sans savoir préalablement ce qu'est le droit, il n'est toutefois pas facile de comprendre ou de répondre à ces affirmations.

Enfin, élément crucial, ce fut sans tirer les leçons propres à l'impasse dans laquelle ils se retrouvaient que les protagonistes abandonnèrent le débat. Les raisons de son échec étaient pourtant importantes et instructives.

Cet article entend réexaminer ce débat, non comme une fin en soi, mais comme un moyen de le dépasser d'une manière plus satisfaisante et de révéler ce qu'il tenait caché. Je vais passer en revue et classer les concepts dominants dans les sciences sociales du droit et cartographier leurs relations. La logique sous-jacente à l'impasse ressortira de l'établissement de cette carte. Je ne m'arrêterai pas là, toutefois, mon objectif ultime étant de tirer toutes les implications possibles, du concept de droit aux sources de l'ordre social, en passant par la pratique scientifique.

Les cartes présentent l'avantage de simplifier. Une carte qui représenterait chaque détail serait identique au terrain considéré et donc superflue. Une carte distordue ou simplifiée à l'excès, quant à elle, induit en erreur ou ne fournit aucune indication. La carte que je propose tente de se situer entre le trop et le trop peu en soulignant les caractéristiques les plus importantes et en s'attardant aux détails significatifs. Le produit fini de cet exercice de cartographie consistera en une esquisse des fondements théoriques de l'étude du droit par les sciences sociales.

2. Deux catégories fondamentales du concept de droit

Bien que l'on ait formulé différentes conceptions du droit en sciences sociales, les alternatives de base ne sont pas discutées. Elles sont généralement considérées comme des possibilités évidentes et non discutables. Je vais montrer que ces conceptions peuvent être rangées dans l'une ou l'autre des catégories suivantes : celle qui envisage le droit en termes de modes de conduite effectifs ; et celle qui l'envisage dans les termes du modèle juridique étatique.

A. Première catégorie : Le droit comme quintessence de modes de conduite

Eugen Ehrlich et Bronislaw Malinowski sont des géants dans le champ des approches socio-scientifiques du droit. Ehrlich s'est vu promu au rang d'« inventeur » de la sociologie du droit et de « fondateur » de la science sociologique du droit¹³. Le *Crime and Custom in Savage Society* de Malinowski représente, pour sa part, l'ouvrage le plus influent en anthropologie du droit et, de manière générale, l'un des textes les plus lus en anthropologie¹⁴.

En dépit du fait qu'ils œuvrèrent dans des circonstances fort différentes – Ehrlich fut professeur de droit en province, dans ce qui est aujourd'hui l'Autriche ; Malinowski accomplit son travail de terrain pionnier dans l'archipel des Trobriand, en Mélanésie –, leurs conceptions respectives du droit se recourent substantiellement. Leur intuition principale est que le droit consiste dans la conduite régularisée et les modes effectifs de comportement d'une communauté, d'un groupe ou d'une société¹⁵.

Cette façon de considérer le droit mène ces auteurs à rejeter l'idée d'une connexion du droit à l'Etat. Ehrlich affirme ainsi :

Le fait d'être créé par l'Etat n'est pas une caractéristique essentielle du droit, pas plus que d'être le fondement des décisions des Cours et autres tribunaux, ni d'être au principe de l'obligation juridique qui découle de pareille décision. Il subsiste un quatrième élément, qui doit servir de point de départ : le droit est un ordonnancement.¹⁶

Malinowski partage cette conception quand il conteste la croyance selon laquelle le droit consiste en « une autorité centrale, des codes, des tribunaux et des magistrats »¹⁷ et qu'il insiste sur le fait que le droit « n'est pas fait d'institutions indépendantes »¹⁸, mais qu'il représente « un aspect de leur vie tribale »¹⁹.

Ehrlich pensait que la société est faite d'associations multiples, à différents niveaux : la famille, les corporations, les groupes professionnels, les professions, les clubs, l'école, l'usine, la ferme, l'Etat, etc. « Une association sociale est une pluralité d'êtres humains qui, dans leurs relations les uns aux autres, reconnaissent certaines règles de conduite comme contraignantes et régulent leur conduite, généralement du moins, en fonction d'elles »²⁰. Le « droit vivant », comme Ehrlich l'a fameusement appelé, consiste dans l'ordonnancement interne spontanément généré de ces associations. Les règles juridiques de ces ordonnancements internes sont faites de « règles de conduite » – des pratiques coutumières gouvernant le comportement des personnes faisant partie de cette association. Ehrlich n'a cessé d'insister sur le fait que l'enquêteur découvre le droit par l'observation directe d'« usages concrets »²¹. « Le droit vivant est le droit qui domine la vie, quand bien même il n'aurait pas la forme de propositions juridiques... [Ce] n'est pas cette partie du contenu d'un document que le tribunal estime contraignant quand il tranche dans une controverse juridique, mais seulement celle que les parties observent effectivement dans leur vie »²².

Comme Malinowski a étudié une société tribale relativement homogène et non différenciée, il ne s'est pas directement intéressé aux associations en tant que telles. Il considère toutefois le droit de manière pratiquement identique. Les règles juridiques sont, pour lui, « une catégorie de règles contraignantes qui contrôlent la plupart des aspects de la vie tribale, qui régulent les relations personnelles entre membres de la parentèle, du clan et de la tribu, qui établissent les relations économiques, l'exercice du pouvoir et de la magie, le statut de l'époux et de l'épouse et de leurs familles respectives »²³. Comme Ehrlich, Malinowski met l'accent sur le fait que le droit réside dans les usages effectifs. Son prescrit méthodologique à l'intention de l'enquêteur en matière de droit est également similaire : « Nous appelons à adopter une nouvelle façon de mener du travail anthropologique de terrain : étudier par l'observation directe les règles de la coutume telles qu'elles fonctionnent dans la vie réelle »²⁴.

Ehrlich et Malinowski considèrent donc le droit d'une manière essentiellement similaire – en tant que corpus de règles effectivement suivies qui gouverne le comportement des membres d'un groupe social. Ils identifient aussi le même « mécanisme contraignant » de base sous-tendant le droit. Tous deux reconnaissent l'importance de la sanction, mais ils lui

dénient tout caractère primordial. Comme le dit Malinowski, « La force contraignante du droit civil mélanésien doit être cherchée dans une concaténation d'obligations, dans leur organisation en chaînes de services mutuels, un donné et une prise s'étendant sur de longues périodes de temps et couvrant un large spectre d'intérêts et d'activités »²⁵. Comme le résume Ehrlich, « Un homme se comporte selon le droit, principalement du fait que c'est rendu impératif par ses relations sociales »²⁶. Ehrlich et Malinowski pensent tous deux que, outre la simple habitude²⁷, les gens suivent le droit largement en raison d'une incitation positive (leur intérêt à agir de la sorte) et non tellement par crainte de la sanction. Autre convergence : sous deux mettent spécifiquement l'accent sur le rôle de la réciprocité en tant qu'aspect majeur de l'incitation positive²⁸.

Au vu de ce recoupement substantiel de leurs approches, il n'est pas étonnant qu'elles partagent les mêmes défauts et soient sujettes aux mêmes critiques. Entre autres difficultés diaboliques, Ehrlich et Malinowski sont confrontés à la question de savoir comment distinguer les normes spécifiquement juridiques des nombreuses autres sortes de normes œuvrant dans la vie sociale. Felix Cohen, un tenant du réalisme juridique, remarque que, « dans la terminologie d'Ehrlich, le droit se confond avec la religion, la coutume morale, la moralité, le décorum, le tact, la mode et l'étiquette »²⁹. Aussi bien Ehrlich que Malinowski affirment qu'il est important d'établir la distinction³⁰. Le second, toutefois, n'offre aucun critère spécifique et semble avoir en fin de compte abandonné toute tentative³¹. Quant au premier, il suggère que la caractéristique de la norme juridique tient à l'*opinio necessitatis*³², c'est-à-dire le sentiment, au sein du groupe, que la norme juridique est « de grande importance, fondamentale »³³. Ce critère est manifestement difficile à appliquer et incapable de fournir une distinction fiable entre normes juridiques et non juridiques.

Cela s'est avéré être un défaut majeur, qui a conduit les socio-juristes à chercher la conception du droit ailleurs. Un commentateur d'Ehrlich suggère que sa notion d'ordonnancement interne d'associations « est assez similaire à ce que les anthropologues appellent 'schème culturel' »³⁴. Pareillement, l'anthropologue du droit Sally Falk Moore conclut que « la conception du droit proposée par Malinowski est si large qu'elle est virtuellement indistincte de l'étude du caractère obligatoire de toutes les relations sociales »³⁵. Il reste qu'en dépit de ce défaut, la conception du droit commune à Ehrlich et Malinowski s'est montrée étonnamment résistante³⁶ et a ressuscité sous différentes formes, que je vais mentionner brièvement.

La notion de droit coutumier, dont Ehrlich s'inspire lourdement quand il élabore son concept de droit vivant, est fondée sur les mêmes éléments et suscite le même problème. Il existe différentes définitions du droit coutumier. Ian Hamnett en offre une qui est représentative de ce à quoi je fais référence : « Le droit coutumier peut être considéré comme un ensemble de normes que les acteurs, dans une situation sociale, extraient de la pratique et investissent d'une autorité contraignante »³⁷. Cette conception, identique à celle d'Ehrlich et Malinowski, est basée sur l'idée d'abstraction à partir des pratiques réelles d'un groupe. Ceux qui étudient le droit coutumier à partir de cette conception se heurtent au sempiternel problème de la distinction parmi ces normes de celles qui sont « juridiques » et celles qui ne le sont pas.

Autres exemple fameux : Marc Galanter et sa conception du « droit indigène », qu'il définit en termes de « schèmes concrets d'ordonnancement social »³⁸ ; Sally Falk Moore et sa conception d'un ordre organisé spontanément autour de la règle qu'elle appelle « champ social partiellement autonome »³⁹ ; la conception dominante du droit dans la tradition du pluralisme juridique⁴⁰. Chacune de ces conceptions, d'une façon ou d'un autre, se centre sur

le comportement régulier réel au sein des groupes. Elles sont toutes affectées du même syndrome d'incapacité à identifier ce qui est spécifiquement juridique⁴¹. C'est ce que souligne l'objection soulevée par Sally Engle Merry à la notion de pluralisme juridique : « appeler du même nom toutes les formes d'ordonnancement qui ne sont pas du droit étatique égare l'analyse »⁴².

La lutte pour l'identification de ce qui est proprement juridique est à l'origine aux nombreuses conceptions du droit que nous examinons à présent.

B. La deuxième catégorie : le modèle des règles et des institutions du droit étatique

L'une des conceptions les plus influentes du droit en sciences sociales considère que le droit consiste en la mise en œuvre institutionnalisée de la norme⁴³. Max Weber et Adamson Hoebel ont proposé les versions les plus souvent citées de cette conception. Ils affirment, respectivement :

Le terme de « droit garanti » doit être compris comme signifiant qu'il existe un « appareil coercitif », c'est-à-dire qu'il y a une ou plusieurs personnes dont la tâche spécifique est de se tenir prêts à utiliser spécifiquement les moyens de coercition (coercition juridique) qui leur sont fournis dans le but de mettre en œuvre la norme.⁴⁴

Une norme sociale est juridique si le fait de la négliger ou de l'enfreindre se heurte de manière régulière, par la menace ou effectivement, à l'application de la force physique par un individu ou un groupe jouissant du privilège socialement reconnu d'agir de la sorte.⁴⁵

Ces définitions résolvent immédiatement le problème rencontré par Ehrlich et Malinowski. Le test du droit se fonde sur la sévérité (coercition/force) et la nature (publiquement approuvée et exécutée) de la sanction infligée pour l'infraction. Les normes juridiques correspondent aux seules normes qui, en cas de violation, sont mises en œuvre par le biais de sanctions publiquement administrées. Toutes les autres normes relèvent de la morale, de la politique, de la coutume, des manières ou de quoique ce soit, mais pas du droit.

Bien que l'Etat ne soit mentionné dans aucune des deux définitions, il existe un lien étroit entre cette conception du droit et le modèle du droit étatique. L'idée d'un appareil coercitif est une référence aux institutions juridiques bureaucratiques étatiques dont on a effacé la connection à l'Etat⁴⁶. La mise en œuvre de la norme est la fonction présumée des institutions juridiques de l'Etat : ce que font les tribunaux et la police, c'est, au nom du public, d'attacher une sanction à la violation des normes. Ce lien implicite mais direct au modèle du droit étatique n'a rien de surprenant. Weber a reçu une formation de juriste⁴⁷ et Hoebel attribue sa conception du droit à la « science juridique contemporaine »⁴⁸, citant au passage Hohfeld, Llewellyn, Cardozo et Homes.

Un version apparentée de cette conception du droit, populaire parmi les socio-juristes, est formulée par Paul Bohannan. Pour ce dernier, le test distinguant les normes juridiques et non juridiques réside simplement dans la reconnaissance affirmative par l'institution juridique :

Les coutumes sont des normes ou des règles (plus ou moins strictes, plus ou moins soutenues par la coercition morale, éthique ou même physique) sur la façon dont les gens doivent se comporter si les institutions sociales doivent accomplir leur tâches et si la société doit survivre... Certaines coutumes, dans certaines sociétés, sont ré-institutionnalisées à un autre niveau : elles sont répétées pour accomplir les objectifs plus précis des institutions juridiques. Quand cela se produit, dès lors, le droit doit être considéré comme une coutume qui a été réaffirmée pour être rendue compatible avec les activités des institutions juridiques.⁴⁹

Les institutions juridiques sont ces institutions qui règlent les différends et sanctionnent la violation des règles. Pour l'essentiel, cette conception du droit est empruntée à la philosophie

du droit positiviste de H.L.A. Hart, qui s'articule autour du droit étatique. La notion de Bohannon d'une ré-institutionnalisation des normes est liée à l'idée de Hart de règles secondaires de reconnaissance⁵⁰.

En dépit du fait que ces concepts semblent saisir certaines intuitions générales sur la nature du droit (au moins pour ceux qui acceptent que le droit doit être lié à l'Etat) et qu'ils évitent les dilemmes conduisant à rejeter les points de vue de Malinowski et d'Ehrlich, ils se sont avérés inacceptables pour les socio-scientifiques qui estiment que le droit est un processus social fondamental à l'œuvre dans toutes les sociétés. Les sociétés pré-étatiques qui n'étaient pas dotées d'organisation politique globale n'utilisaient souvent pas d'institutions pour mettre en œuvre les normes. Si l'on suit les critères précités, ces sociétés n'auraient pas eu de droit.

L'insatisfaction due aux implications de cette espèce de test de pédigrée du droit a débouché sur un léger déplacement de l'attention. Dès lors que toutes les sociétés connaissent l'existence de différends et que ceux-ci ont dû être résolus d'une manière ou d'une autre, c'est le mode de règlement des conflits qui est devenu l'objet d'étude⁵¹. Un vieux problème insistant s'est toutefois dressé à nouveau : comment distinguer le règlement des conflits juridiques et autres. Des tentatives ont été faites à l'origine pour établir une distinction sur la base de la structure de l'institution et du rôle joué par les normes – les institutions de règlement juridique des conflits impliquent une autorité décisionnelle tierce et les décisions sont fondées sur l'application de normes, tandis que les institutions de règlement politique des conflits n'impliquent pas de partie tierce et voient le différend réglé par l'effet du pouvoir. Mais ces distinctions se sont ultérieurement atténuées ou ont été abandonnées parce qu'intenable⁵². De notre point d'observation post-formaliste, il semble bien que la ligne entre le juridique et le politique s'avère glissante.

L'attention portée aux institutions de règlement des conflits, ainsi que toutes les conceptions du droit dans cette catégorie, est le produit du modèle juridique étatique. Un présupposé fondamental y est que la fonction première des tribunaux est de trancher les différends⁵³. La description fonctionnelle des modes typiques de composition et de fonctionnement des tribunaux étatiques débouche sur le modèle du tiers adjudicateur institutionnalisé et orienté vers les règles.

Ici aussi, le recentrage sur les institutions de règlement des conflits s'est avéré insatisfaisant pour ceux qui partaient du présupposé que toutes les sociétés sont dotées d'un droit. Il est en effet manifeste que nombre de sociétés de petite échelle et pré-étatiques considéraient les règles de différentes manières. Dans certains cas, un compromis pouvait être atteint sans présence d'une tierce partie ; dans d'autres, les règles ne semblaient pas jouer de rôle principal ; dans d'autres encore, la contestation, le recours à soi-même ou la rétribution pouvaient servir de réponses aux différends.

Un schéma clair ressort des conceptions du droit décrites ci-avant et de leur acceptation ou rejet. Toutes ces conceptions échappent à l'équation droit-droit étatique en identifiant une fonction que le droit étatique assume et en fournissant une description fonctionnelle du mode de constitution et de fonctionnement des institutions juridiques étatiques. Peu importe comment l'on cherche à définir le droit, il semble bien que nous soyons continuellement forcés d'en revenir au modèle du droit étatique des institutions et des normes.

Les scientifiques qui épousent la proposition que toutes les sociétés ont un droit sont obligés de rejeter l'idée d'un droit fondé sur le modèle du droit étatique, sous quelque forme que ce soit, parce que le droit étatique est un développement contingent qui n'est pas

universel, même quand il est décrit en termes fonctionnels. Il s'est avéré impossible, toutefois, d'aboutir à une notion acceptable du droit qui ne soit pas dérivée en fin de compte du modèle du droit étatique. Ce paradigme culturel partagé informe l'intuition des socio-scientifiques sur la nature du droit et constitue la source sous-terrainne à laquelle ils s'abreuvent quand ils cherchent à produire une conception scientifique du droit, même s'ils prétendent explicitement échapper au modèle du droit étatique⁵⁴.

Cette prison conceptuelle n'offre aucune issue, sinon à cesser de parler de droit – et c'est précisément ce que ne nombreux socio-juristes, des anthropologues du droit en particulier, ont fait. Différents aspects des questions d'« ordre » et de « conflit » sont devenus des objets d'étude et « le mot 'droit' n'est que rarement utilisé dans ces travaux »⁵⁵. L'on peut trouver un exemple frappant des anomalies qui en résultent dans l'ouvrage de Simon Roberts *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology* qui déclare, en préface, qu'« en dépit du sous-titre, il convient de dire que ce n'est pas un livre sur le droit »⁵⁶ et qui consacre un chapitre entier à expliquer « Pourquoi pas le droit ». Ces scientifiques sont toutefois dans l'erreur quand ils pensent que le passage à l'ordre et au conflit implique un « rejet du moule juridique »⁵⁷. Après tout, ils continuent à œuvrer dans le champ auto-défini de l'anthropologie « juridique » et ils n'ont choisi l'« ordre » et le « conflit » qu'en raison de la conviction omniprésente que ce que fait le droit, c'est maintenir l'ordre et résoudre les conflits⁵⁸. Pour les besoins de cet article, il convient seulement de retenir qu'ils n'ont pas proposé de nouvelle conception du droit.

Les développements qui ont précédé concernent les anthropologues du droit plus que les sociologues du droit. L'anti-ethnocentrisme et l'étude des sociétés sans Etat, qui focalisent le débat anthropologique, ne sont pas le souci premier des sociologues. Etroitement associée à l'origine à la science sociologique du droit, les sociologues du droit ont évolué sur un chemin qui impliquait la mise en œuvre de techniques sociologiques pour l'étude de différents aspects du droit étatique et de ses relations avec la société. La question *qu'est-ce que le droit ?* n'était donc pas pressante. Il reste que les sociologues du droit, sous l'emprise d'un certain scientisme, ont été amenés à formuler en termes scientifiques une conception du droit indépendante de l'Etat.

Roscoe Pound conçoit le droit comme un mode de contrôle social appliqué par la force par une société politiquement organisée – une vue partagée par les anthropologues du droit du début. Cette conception demeure (avec certaines variantes) prédominante en sociologie du droit. Pound voit une connexion étroite et quasi-irréductible entre le droit étatique et le contrôle social :

Le contrôle social est aujourd'hui principalement la fonction de l'Etat et il s'exerce au travers du droit. Son effectivité ultime dépend de l'application de la force par les groupements, les agences et les officiels établis ou choisis à cet effet. Il agit principalement par le biais du droit, c'est-à-dire par l'application systématique et ordonnée de la force par les agents désignés.⁵⁹

On retrouve la conception de Pound dans les travaux de Donald Black, qui situe toutefois son analyse dans un cadre scientifique plus sophistiqué. Black estime que « la science ne peut connaître que de phénomènes et jamais d'essences »⁶⁰ ; il conclut en affirmant que « la quête d'une conception correcte du droit ou de n'importe quoi de 'spécifiquement juridique' est donc, de manière inhérente, non scientifique »⁶¹. De ce point de vue, la question *qu'est-ce que le droit ?* n'est pas une question analytique ; il s'agit plutôt d'un problème de désignation du phénomène que les sociologues du droit doivent étudier. De ce fait, Black stipule simplement que « le droit est un contrôle social gouvernemental »⁶², mettant ainsi de côté le débat tout entier.

Cette position a commodément immunisé Black contre toute critique conceptuelle (quoique cela ne l'a pas mis à l'abri d'objections quant à l'application et à la valeur d'usage), mais ce n'est pas sans ambiguïté. Il n'hésite ainsi pas à appliquer sa définition à d'autres contextes et, par exemple, à déclarer que les anthropologues du droit se sont intéressés aux sociétés sans Etat « où le droit, par définition, ne peut exister »⁶³. Sa définition justifiée instrumentalement exige toutefois qu'il n'étende pas le domaine de sa propre démarche sociologique, du moins sans justifier la supériorité de sa définition dans les autres domaines.

Une conception du droit apparentée part de l'idée de contrôle social institutionnalisé, mais place ensuite l'accent sur la présence de règles ou de doctrines formalisées. Dans les termes de Philip Selznick, « Nous devrions considérer le droit comme endémique dans toutes les institutions qui s'appuient, pour exercer leur contrôle social, sur l'autorité et la réglementation formelles »⁶⁴. Ce qui distingue le droit, dans cette perspective, c'est la « légalité », une orientation particulière en vertu de laquelle les règles constituent des restrictions et des limitations s'exerçant sur les décisions et les actions⁶⁵. Cette conception du droit – dérivée de l'idéologie de l'« Etat de droit » qui a configuré la tradition juridique occidentale – s'applique, au-delà de l'Etat, aux nombreuses institutions privées ; elle n'en demeure pas moins apte à distinguer celles qui sont liées à des règles (et donc juridiques) de celles qui ne le sont pas.

Une dernière conception du droit en sciences sociales, à laquelle adhèrent principalement les marxistes, mais également tenue pour allant de soi par de nombreux chercheurs de l'ombre, consiste à considérer que le droit doit être saisi en termes de pouvoir de l'Etat⁶⁶. Selon ce point de vue – que la masse des juristes, législateurs et juges adoptent sans hésitation –, le droit est le droit étatique.

Positivisme et behaviorisme, problème de l'écart et nouvelles approches

Pour commencer le travail de cartographie des relations entre les deux catégories décrites ci-avant, il convient de relever ce qu'elles ont en partage – les principes constitutifs du positivisme scientifique et l'adoption d'une forme de behaviorisme – et en quoi elles diffèrent d'approches plus récentes de la question du concept de droit.

Les positivistes pensent que les phénomènes sociaux peuvent et doivent être étudiés en appliquant la méthodologie objectiviste des sciences naturelles, avec l'emphase que l'on sait sur l'observation, la mesure, la collecte de données et la quantification. Pour le positivisme, les buts de la recherche scientifique sont de produire des explications fondées sur la formulation de lois causales. Jusqu'à l'émergence récente de l'interprétativisme⁶⁷ – qui considère que le modèle des sciences sociales est inapproprié pour l'étude des phénomènes sociaux et qu'au lieu de chercher à formuler des explications fondées sur des lois causales, nous devons viser à comprendre l'action ou l'événement social en question en examinant leur signification pour les acteurs sociaux impliqués –, le positivisme traduisait un point de vue quasiment universel sur ce que faire de la science veut dire, y compris parmi les socio-scientifiques étudiant le droit.

Le behaviorisme est une branche à part entière du positivisme, mais il sert également d'orientation méthodologique à d'autres ramifications de la famille. Le behaviorisme social (la branche autonome) insiste sur le fait qu'il est fondamentalement non scientifique de chercher à deviner ce qui se passe dans la tête des acteurs sociaux et que pareil tour d'adresse se révèle de toute manière inutile – les phénomènes sociaux peuvent être compris et expliqués en construisant des lois fondées sur les relations entre les schèmes de comportement que l'on

observe. Donald Black est virtuellement le seul à adhérer à cette version extrême parmi les socio-juristes. D'autres ramifications du positivisme, telles que le structuralisme et le fonctionnalisme, s'intéressent au comportement en tant que moyen d'identification des structures sociales et de détermination des modes de réalisation des fonctions des sous-systèmes. Tout comme le behaviorisme social, cette forme limitée de behaviorisme insiste sur le fait que les socio-scientifiques doivent se centrer sur ce que les gens font – sur la manière effective de se comporter des gens plutôt que sur ce qu'ils disent. De nombreux tenants des deux façons de considérer le droit partagent ce point de vue. Comme je l'ai souligné, aussi bien Ehrlich que Malinowski se sont intéressés à des schèmes de comportement réel. Hoebel a qualifié sa propre méthode de « behaviorisme juridique »⁶⁸ et a déclaré que l'« approche anthropologique du droit est platement behavioriste »⁶⁹.

Cette orientation partagée vers l'observation du comportement réel ne doit pas obscurcir une différence cruciale entre les deux catégories de conception du droit : ce sont des lieux différents du comportement dont ils font leur objet d'étude, quand ils situent le « droit ». Pour la première catégorie, le comportement pertinent est celui des gens à l'intérieur de la communauté ou du groupe social, alors que, pour la seconde, c'est celui des acteurs du droit ou des institutions juridiques.

En dépit de cette différence, les tenants de deux catégories partagent un même objectif de base dans leur intérêt pour le comportement réel : distinguer le droit *réel* de celui qu'on prétendrait tel. Ehrlich considère que les schèmes de comportement social sont le droit réel de la communauté, et non les normes juridiques inconnues ou ignorées formulées dans le code civil ; Malinowski s'attache à séparer le droit réel des descriptions souvent non fiables de règles faites par les informateurs, et il pense que « la seule façon de découvrir l'écart entre l'idéal du droit et sa réalisation, entre la version orthodoxe et la pratique de la vie réelle, c'est de prêter une attention fine et continue à la seconde »⁷⁰. Dans un but semblable, Hoebel ajoute l'élément de « régularité » de la mise en œuvre (qu'il dérive de la théorie juridique de la prévisibilité de Holmes) pour identifier le droit réel et le démarquer des nombreuses normes épousées mais non actionnées par les institutions juridiques⁷¹. Pound et, plus généralement, les réalistes appellent, pour la même raison, à prêter cette même attention au comportement réel des institutions juridiques.

Ces remarques font apparaître une autre similarité notable entre les deux catégories de conception du droit, avec toujours aussi une différence importante. Les deux catégories font référence à ce qu'on connaît sous le nom de « problème de l'écart ». Pendant longtemps, le problème de l'écart a été « la question centrale des études sur le droit »⁷². Assez étrangement, on a rarement remarqué qu'il y a deux versions différentes de ce problème. L'une pointe le gouffre entre les règles juridiques étatiques (ou les règles désignées comme contraignantes par des institutions « juridiques » non étatiques) et *ce que les gens de la communauté font effectivement*, les règles qu'ils suivent effectivement dans le cours de la vie sociale. Nombre de conceptions du droit de la première catégorie ont relevé ce premier gouffre. Une autre version envisage le gouffre entre les règles juridiques étatiques (ou les règles désignées comme contraignantes par des institutions « juridiques » non étatiques) et *ce que les institutions juridiques font effectivement*, les normes qu'elles mettent effectivement en œuvre et les modalités de cette mise en œuvre, indépendamment de ce qu'elles affirment. Nombre de conceptions du droit de la seconde catégorie ont relevé ce second gouffre.

On peut observer la force particulière des approches behavioristes du droit, quelle que soit la catégorie dans laquelle elles tombent. Elles ont une véritable vertu critique. Elles nous rappellent que la question des règles que l'on adopte et celle du mode de comportement des

gens dans un groupe ou de ce que font effectivement les acteurs juridiques sont des questions totalement différentes. Bien que le behaviorisme soit tombé en disgrâce avec le tournant interprétativiste, cette vertu ne devrait pas être oubliée.

La caractéristique distinctive de la poignée de nouvelles conceptions socio-scientifiques du droit qui ont émergé ces dernières années tient précisément à ce qu'elles se démarquent de l'intérêt précédent pour le comportement et s'attachent à présent à la signification et au domaine symbolique. L'autopoièse de Niklas Luhmann, par exemple, considère que le droit est « un système de sens »⁷³ et non un ensemble d'institutions. Le droit est présent chaque fois que quelqu'un communique ou même pense en termes juridiques. Cette approche du concept de droit ouvre de tout nouveaux domaines d'enquête. Son aspect radicalement nouveau ne devrait toutefois pas donner l'impression que les deux catégories de conception du droit que j'ai décrites plus haut ont été dépassées ou transcendées. Identifier le droit comme un système de sens exige toujours que nous soyons capables de distinguer ce système du système politique, ce qui implique de trouver des critères d'identification du droit.

La conception de Luhmann est ouvertement dépendante du modèle juridique étatique, dans la mesure où l'autopoièse définit le droit dans les termes du « code juridique binaire du *légal/illégal* »⁷⁴. Toutes les actions ou tous les énoncés qui codent les actes sociaux selon ce code binaire légal/illégal peuvent être regardés comme faisant partie du système juridique, indépendamment du lieu où cela se passe et de qui l'a fait »⁷⁵. Mais la capacité même à dire (ou penser) que quelque chose s'inscrit en code « légal/illégal » présuppose l'existence du droit – présuppose qu'il existe une source génératrice de ce code binaire qui peut être invoquée (effectuée, énoncée ou pensée). Pour Luhmann, comme je le montrerai plus loin, cette source est ce que soit le droit étatique, soit le « droit » non étatique (défini comme mise en œuvre institutionnelle de la norme) impose en matière de légalité.

Cette nouvelle conception du droit – et d'autres semblables – modifie ce à quoi il était fait référence dans la seconde catégorie, loin de l'orientation plate vers le simple comportement, dans le sens des dimensions plus complexes du sens et de la communication. Elle reste toutefois fermement ancrée dans la seconde catégorie. Jusqu'à ce que la signification du droit change radicalement, toute personne qui voudrait formuler une conception socio-scientifique du droit ne pourra en effet nécessairement que produire l'une ou l'autre variation d'une des deux catégories, dès lors que ces catégories partagent, par des biais différents, la même idée du droit.

4. Nées de la même idée fondamentale

Les deux catégories sont nées d'un credo qui a dominé notre compréhension du droit depuis que Hobbes nous a fait craindre qu'une vie sans droit serait « solitaire, pauvre, désagréable, brutale et courte ». Autrement dit : *le droit maintient l'ordre social*. Nonobstant les désaccords virulents des scientifiques à propos de la conception du droit, l'on observe un consensus universel sur le fait que le droit est le mécanisme premier du contrôle social qui préserve l'ordre normatif de la société⁷⁶. Partageant ce soubassement, les deux catégories de conception du droit ont identifié des points de départ opposés.

Ehrlich et Malinowski sont explicites dans leur conviction que ce que le droit fait – la fonction du droit –, c'est de maintenir l'ordre social⁷⁷. Dans une phrase souvent citée, Malinowski observe que le droit devrait être défini « par la fonction et non par la forme »⁷⁸. Alors que Malinowski étudie une société sans droit étatique, Ehrlich est lui marqué par le fait que les règles du Code civil autrichien manquent de pertinence et sont souvent exogènes. La

vie n'en demeurait pas moins ordonnée, dans les sociétés étudiées, et la vie quotidienne des gens ne semblait avoir aucun intérêt particulier pour les sanctions mises en œuvre institutionnellement. Examinant la vie sociale, ils ont identifié ce qu'ils y ont rouverte à la source de l'ordre et ont ajouté à cette source le label de « droit ». La chaîne de raisonnement prend l'allure du syllogisme suivant : la fonction du droit est de maintenir l'ordre social, l'ordre social peut être trouvé dans des schèmes régularisés de comportement réel ; le mécanisme contraignant qui contient ces schèmes comportementaux est un complexe d'obligations sociales (et, entre autres, de réciprocité) ; *ipso facto*, les normes juridiques sont les normes abstraites de schèmes réels de comportement et le mécanisme du droit réside dans les relations sociales elles-mêmes. La conception du droit propre à la première catégorie se distingue donc par le fait qu'elle prend au sérieux la *prétention* du droit à être, à représenter ou à incarner l'ordre normatif de la société.

En revanche, la conception du droit de la seconde catégorie procède du seul modèle du droit étatique, avec un usage de l'analyse fonctionnelle à différents niveaux afin d'éliminer les pièges tendus par l'Etat. La mise en œuvre institutionnalisée de la norme est une description fonctionnelle de ce que l'appareil juridique de l'Etat (le législateur, les tribunaux et les institutions de police) est présumé faire ; la gestion institutionnalisée des conflits est une description fonctionnelle qui isole le tribunal (l'organe premier du droit dans la tradition anglo-américaine). Si l'on force le trait afin de rendre explicite le raisonnement sous-jacent, la fonction de mise en œuvre des normes vise censément à maintenir la cohésion de la société, tandis que la fonction de résolution des litiges vise censément à rétablir la paix dans la société et donc à maintenir l'ordre. La conception du droit propre à la seconde catégorie se distingue par le fait qu'elle tient pour acquis que le modèle juridique étatique est un épitomé du droit et qu'elle suppose (sans le vérifier) que la mise en œuvre institutionnelle de la norme ou la gestion des conflits jouent le rôle principal dans le maintien de l'ordre dans la société.

Voilà l'explication des modalités d'émergence de ces conceptions alternatives du droit. L'élément crucial, s'agissant de la première catégorie, tient à ce que ses partisans ont procédé à partir du contexte d'un ordre social accompli. Pour la seconde catégorie, cela tient à ce que ses tenants ont pris pour point de départ le modèle juridique étatique, décrit en termes fonctionnels, et s'y sont cantonnés. Le résultat en est que chaque catégorie se présente comme directement critique de l'autre : la première dit à la seconde qu'elle a tort si elle croit que la source de l'ordre normatif dans la société doit être cherchée dans les activités des institutions coercitives, et la seconde dit à la première que ce dont elle parle ne correspond pas à ce qu'il faut entendre par le terme de droit parce que cela renvoie à la vie sociale toute entière, que cela ne correspond pas à notre intuition sur ce qu'est le droit et que cela rend impossible d'identifier ce qui est proprement juridique.

Chacune des deux catégories s'avère avoir raison dans sa critique de l'autre. Le problème ne réside pas dans ce qu'elles disent, mais dans la croyance qu'elles partagent. Elles ne peuvent être réconciliées qu'à la condition d'abandonner cette croyance. Si le « droit » signifie la mise en œuvre publiquement approuvée et institutionnelle des normes (ce qui correspond à l'abstraction scientifique de la conception partagée du droit aujourd'hui), alors le « droit » (compris comme tel) n'est ni le seul ni même le premier des mécanismes générateurs d'ordre normatif dans la société.

5. L'analyse fonctionnelle ne peut répondre à la question de savoir : *qu'est-ce que le droit ?*

Comme il ressort de ce que l'on vient de décrire, les tenants de chaque catégorie de conception du droit utilisent l'analyse fonctionnelle. La confusion règne, cependant, parce que le label de fonctionnalisme recouvre différents types d'analyse. Je vais en distinguer deux versions de base.

La première version à laquelle il a déjà été fait brièvement allusion correspond au Fonctionnalisme (avec un F majuscule) de la sociologie. Durkheim est le père reconnu de cette notion. Son postulat de base est que la société doit être envisagée comme un organisme composé de parties interdépendantes. Chacune de celles-ci remplit une fonction essentielle qui contribue à la survie du tout. Malinowski fut l'un des pionniers et des théoriciens radicaux de cette version⁷⁹, bien que l'analyse fonctionnelle ne soit pas restreinte à cette seule conception du droit. Talcott Parsons et Niklas Luhmann, dont la conception du droit relève de la seconde catégorie, sont des théoriciens importants du Fonctionnalisme⁸⁰.

Relevons que ce qui nous intéresse, dans le cadre de notre propos, c'est que le rôle et la nature du droit sont déterminés par le Fonctionnalisme *a priori*, par le seul biais de la fonction qu'il est supposé remplir dans le contexte du système social global. Pour le Fonctionnalisme, les caractéristiques du droit ne sont pas propres à un système juridique réel, mais sont spécifiées analytiquement selon la construction abstraite des éléments du système social (en tant que tel) et de ses besoins fonctionnels que le théoricien élabore. Invariablement ou presque, le Fonctionnalisme considère que la fonction du droit est de maintenir l'ordre dans la société⁸¹. La croyance partagée et problématique à propos du droit, que j'ai identifiée à la section précédente, est donc inscrite dans l'analyse systémique du Fonctionnalisme elle-même.

J'appellerai la deuxième version du fonctionnalisme « réalisme fonctionnel »⁸² afin de reconnaître le rôle de pointe joué par Pound et les réalistes dans sa formulation. Ainsi que Felix Cohen le souligne, le réalisme fonctionnel est le produit de différentes influences philosophiques et scientifiques, y compris le positivisme logique et le pragmatisme. Il consiste en une réfutation générale des concepts, questions et entités métaphysiques dépourvus de sens (« le non-sens transcendantal »)⁸³. Pour le réalisme fonctionnel, l'importance des choses est déterminée par leurs véritables conséquences. Pound le décrit comme « le fait de ne pas simplement demander ce qu'est le droit et comment il en est venu à être ce qu'il est, mais plutôt ce (dans tous les sens du terme) qu'il fait, comment il le fait et comment il peut être amené à le faire mieux »⁸⁴. Cette approche conséquentialiste a conduit de nombreux réalistes fonctionnels à adopter la définition que Holmes donne du droit : « la prédiction de ce que les tribunaux feront effectivement – et rien d'autre de plus prétentieux – est ce que j'entends par le droit »⁸⁵. Le réalisme fonctionnel doit être saisi, non comme une théorie cohérente, mais comme une réaction à la conceptualisation obscurantiste combinée à la foi en l'observation scientifique. Le point fondamental est une admonition à être très attentif à la réalité, ce qui a conduit à mettre l'accent décrit plus haut sur l'observation du comportement réel.

Contrairement à la croyance de ceux qui y adhèrent, le réalisme fonctionnel et, en fait, toutes les formes d'analyse fonctionnelle sont incapables de répondre à la question « *qu'est-ce que le droit ?* ». La réponse doit toujours être donnée ou supposée. Si l'on s'en tient à la définition de Holmes – le droit est ce qu'un *tribunal* fait –, on remarque que cela présuppose qu'un tribunal est le locus du droit. Le réalisme fonctionnel nous dit, en substance : *le droit*

*est ce que le droit fait*⁸⁶. Pour découvrir ce que le droit fait (sa fonction), toutefois, il faut d'abord pouvoir situer celui qui fait (l'objet dont nous examinons la fonction). Autrement dit, nous devons présupposer ce qu'est le droit.

L'on pourrait, tout au contraire, partir de la fonction (maintenir l'ordre social) et remonter jusqu'à localiser l'objet (le droit), comme l'ont fait Ehrlich et Malinowski. Cette démarche régressive ne peut toutefois fonctionner que si un seul objet occupe la fonction ainsi définie. Sinon, l'on en resterait avec un choix entre différents objets sans critère fonctionnel d'identification de l'objet en cause, ce même problème que Malinowski et Ehrlich n'ont pu résoudre. Toute tentative de localisation des critères du droit – de ce qui est proprement « juridique » – suppose nécessairement ce qu'est le droit dans la mesure où ce n'est qu'en sachant ce qu'il est que l'on peut en identifier les caractéristiques distinctives. D'où le recours inévitable au modèle du droit étatique, qui nous procure le paradigme actuel du « droit ».

En réponse à la critique acerbe (à l'égard de Malinowski en particulier) au sujet de la logique de l'analyse fonctionnelle appliquée aux systèmes sociaux, la théorie fonctionnaliste ultérieure a rejeté l'idée qu'un seul objet ne sert qu'une seule fonction et a reconnu l'existence d'équivalents ou d'alternatives fonctionnelles⁸⁷. C'est pourquoi le problème que j'ai pointé du doigt peut être considéré comme endémique à la pensée fonctionnaliste.

Il faut taper sur le clou : l'analyse fonctionnelle, de quelque espèce, est incapable de fournir une réponse à la question « *qu'est-ce que le droit ?* ». Le « droit » doit être situé *avant* d'engager toute analyse fonctionnelle sur ce qu'il fait, comment il le fait et avec quelles conséquences ; on peut situer tout d'abord la fonction (maintenir l'ordre social), mais on doit alors fournir les critères permettant de distinguer les phénomènes proprement « juridiques » des autres (y compris la culture, la réciprocité et le langage) qui remplissent également cette fonction ; ce qui signifie, encore et toujours, que nous devons déjà savoir ce qu'est le droit. Par quelque bout que l'on prenne la chose, soit on s'en retrouve avec le modèle du droit étatique (et à la conclusion que certaines sociétés n'ont pas de droit), soit on arrête de parler du « droit ». C'est ici que gît la logique qui a conduit le débat sur le concept de droit à l'impasse.

Des catégories en tension l'une avec l'autre

Bien que les deux catégories de conception du droit convergent sur certains aspects centraux – une même croyance sur la nature du droit, le recours à l'analyse fonctionnelle, l'orientation vers l'observation scientifique du comportement réel –, elles sont en tension l'une avec l'autre. Cela ressort en premier lieu du fait que chaque catégorie formule une position directement critique à l'égard de l'autre, comme nous l'avons déjà dit. Nous relevons aussi trois autres signes de cette tension.

Tout d'abord, ces catégories sont en compétition. Nombre de conceptions de la seconde catégorie ne sont que des réactions à l'incapacité de Malinowski et d'Ehrlich d'isoler le propre du droit de manière satisfaisante. Les deux catégories ne peuvent être facilement combinées, parce que l'application des critères utilisés par la seconde éliminerait l'essentiel de ce qu'Ehrlich et Malinowski (en particulier) voudraient appeler droit.

Un autre signe de cette tension ressort de la *tendance polémique* de la première catégorie à l'égard de la seconde. J'ai déjà mentionné l'attaque d'Ehrlich contre la codification. Le droit coutumier a toujours existé dans une relation de tension avec le droit étatique, surtout qu'il est réputé préexister à ce dernier et être plus proche des gens. Galanter propose le terme de droit

indigène par contraste avec le droit étatique. Les pluralistes juridiques sont au nombre des critiques les plus bruyants de ce qui est perçu comme la tendance hégémonique du droit étatique. Bien que ces critiques visent principalement le droit étatique, l'insistance de Malinowski à affirmer le peu d'importance des institutions prolonge l'opposition de la première catégorie à l'égard de la seconde.

Troisième signe de tension, les *objets contrastés* auxquels les deux catégories s'attachent. La première considère le comportement des gens au sein de groupes sociaux ou en société, tandis que la seconde s'intéresse au comportement des acteurs juridiques au sein des institutions du droit. La première catégorie se focalise sur le comportement régulier ou routinier, la seconde sur les réactions institutionnalisées face aux atteintes à cette routine. La première catégorie observe le mécanisme contraignant du droit dans le complexe des relations sociales, alors que la seconde le voit dans l'imposition institutionnalisée de sanctions.

Ces signes de tension indiquent que la relation entre les deux catégories de conception du droit est malaisée. Elles n'en restent pas moins constamment mélangées, comme l'atteste l'entrée « droit » du dictionnaire Webster :

i(a) une coutume ou une pratique contraignante d'une communauté : une règle, un mode de comportement ou d'action qui est prescrit ou formellement reconnu comme contraignant par une autorité suprême de contrôle ou qui est rendu obligatoire par une sanction (telle qu'un édit, un décret, un rescrit, un ordre, une ordonnance, un statut, une résolution, une règle, une décision judiciaire ou un usage) élaborée, reconnue ou mise en œuvre par l'autorité de contrôle.⁸⁸

Ce qui précède les parenthèses renvoie à la première catégorie, dans la mesure où la coutume et la pratique impliquent toujours ce que les gens font ; ce qui suit les parenthèses renvoie à la seconde catégorie, le modèle du droit étatique. Mais nous savons à présent qu'il n'y a pas de correspondance automatique entre les deux et que leurs relations sont souvent de nature antagoniste.

Bien que le dictionnaire puisse être excusé de son manque de nuance, il faut remarquer que même les théoriciens les plus sophistiqués ont eu recours à des conceptions du droit qui s'appuyaient sur les deux catégories en même temps, ne percevant pas leur incongruité, ainsi que je vais le montrer en discutant la conception de Luhmann. La conviction que ces deux catégories sont connectées de manière interne ou du moins étroitement associées vient de loin – c'est le produit de l'idéologie qui veut que le droit représente l'ordre normatif consensuel de la société.

7. Bref excursus à propos du concept de contrôle social

La persistance de l'usage des expressions « ordre social » et « contrôle social » est une des caractéristiques majeures du débat que nous étudions. Le droit est entièrement compris en ces termes. Le détour par la littérature sociologique sur le contrôle social – la terminologie scientifique moderne que nous utilisons à l'égard du vieux problème de l'ordre social⁸⁹ – va nous aider à dresser les limites de la carte.

On pourrait éviter une bonne partie de la discussion qui a précédé en remarquant, dès l'origine, qu'en dépit de l'association étroite des idées de droit et de contrôle social, il existe un consensus général sur le fait qu'ils sont distincts – la relation entre les deux n'est pas d'identité ou d'équivalence. Le droit (le droit étatique du moins) remplit de nombreuses fonctions en-dehors du contrôle social, y compris, *inter alia*, des fonctions capacitaire, facilitatrice, performative, statutaire, définissante, légitimatrice, intégratrice, distributive et

symbolique⁹⁰ ; et il existe de nombreuses formes de contrôle social autres que le droit. Pour différentes raisons, on a perdu de vue les deux moitiés de cette non-identité. Une définition fonctionnelle du droit comme contrôle social tend à obscurcir les autres fonctions que le droit peut remplir⁹¹ et l'influence continue des injonctions de Hobbes, combinée à une perspective juridico-centrée, a erronément induit à croire que le droit était « le seul mécanisme important » du contrôle social⁹². Les études sociologiques ont contribué à relâcher l'emprise de ce point de vue, mais il en reste une forte croyance résiduelle.

« L'étude du contrôle social a traditionnellement représenté un aspect central de l'entreprise sociologique »⁹³. C'est monnaie courante en sciences sociales que d'avoir plusieurs significations attachées au même terme, au fil des différentes phases de développement. Heureusement, seules deux significations fondamentales se sont révélées dominantes tout au long de cette histoire.

Morris Janowitz affirme, dans une formule marquante, que le sens « classique » du contrôle social renvoie à la « capacité d'une société à se réguler elle-même »⁹⁴. Pour l'auteur, ce sens est prédominant depuis le début de la discussion sociologique du concept, au début du vingtième siècle, jusqu'à ce qu'il soit remplacé dans les années 1930 par une acception plus étroite de « processus de développement de la conformité »⁹⁵. Janowitz soutient que le sens classique a perduré pendant cette période et a semblé ressurgir récemment, parfois sous la rubrique « régulation sociale ». Donald Black propose une chronologie légèrement différente, mais il utilise les deux mêmes acceptions de base. Pour Black, le premier sens de contrôle social renvoie « en gros à virtuellement toutes les pratiques et arrangements humains qui contribuent à l'ordre social et qui, en particulier, incitent les gens à se conformer »⁹⁶, alors que, dans son sens plus récent, cela « renvoie plus étroitement à la manière qu'ont les gens de définir et de répondre au comportement déviant »⁹⁷.

Ces deux acceptions du contrôle social ont abouti à ce que l'accent soit mis sur des questions alternatives. Ceux (principalement les psychologues sociaux) qui voient le contrôle social comme le processus de développement de la conformité aux pratiques sociales ont identifié la socialisation comme le mécanisme premier de ce contrôle⁹⁸. L'éducation, en particulier, mais aussi la famille, la télévision, la publicité et ainsi de suite sont les moyens par lesquels les attitudes et valeurs sont inculquées aux membres d'une communauté ou d'une société. L'internalisation par les individus d'orientations culturelles partagées détermine de nombreux schèmes coutumiers de comportement prévalant dans le groupe⁹⁹. Cette forme de contrôle social est qualifiée de contrôle interne, c'est-à-dire de moyen par lequel « l'individu lui-même est incité à se conformer dans son comportement (conscience, processus de conditionnement, attitudes, endoctrinement, socialisation) »¹⁰⁰.

Ceux qui voient plutôt le contrôle social comme une réponse sociétale à la déviance tendent à mettre l'accent sur le rôle des règles et des institutions et sur la présence de la contrainte comme moyen d'assurer la conformité¹⁰¹. De nombreuses études ont été menées sur les institutions étatiques, comme la police, les juridictions pour mineurs, les hôpitaux psychiatriques et les maisons de redressement. Le degré de coercition ou de répression impliqué a souvent été au centre de l'attention de ces travaux¹⁰². Cette forme de contrôle social est qualifiée de contrôle externe : un contrôle « imposé de l'extérieur »¹⁰³.

Entre ces deux versions du concept de contrôle social et les deux catégories de conception du droit que j'ai exposées précédemment, le parallèle est évident. Le contrôle interne correspond à la première catégorie (des schèmes régularisés de comportement) et le contrôle externe à la seconde (la mise en œuvre des normes ou l'administration des conflits

institutionnalisée). La différence fondamentale tient à ce que les deux approches sociologiques du contrôle social pêchent plus largement.

Ehrlich et Malinowski sont bien conscients de l'influence suprême de la socialisation. Tous deux reconnaissent l'importance de l'éducation dans la génération de la conformité¹⁰⁴ et Malinowski a même parlé de « déterminisme culturel »¹⁰⁵. Dans leur quête du « droit », Ehrlich et Malinowski ont restreint l'attention portée à l'espace considérable de cours d'action alternatifs offerts par la socialisation. De la même façon, et bien que la réponse à la branche « déviance » du contrôle social se soit très largement centré sur les institutions étatiques, des études sociologiques ont également été menées sur les modes informels de contrôle social coercitif. Hormis ces différences, le parallèle demeure étroit.

Les deux catégories que j'ai identifiées semblent refléter une ligne de partage fondamentale (bien qu'elle ne soit pas toujours reconnue) qui traverse la littérature juridique et sociologique : la dichotomie consensus/coercition¹⁰⁶. Des efforts récents pour réduire cette dichotomie et, en particulier, ceux qui mettent en évidence le phénomène du consensus généré par la coercition l'ont fait évoluer vers une question de degré, sans toutefois totalement la faire disparaître.

8. La tentative de Luhmann de surmonter la division

L'examen de la conception sophistiquée du droit de Niklas Luhmann, qui semble ressortir des deux catégories en même temps, nous aidera à tester la robustesse de cette division. Luhmann esquisse sa conception du droit dans ses premiers travaux, mais il en importe les éléments de base quand il passe à l'analyse autopoïétique.

Luhmann définit le droit comme « *la structure d'un système social qui dépend de la généralisation congruente d'attentes comportementales normatives* »¹⁰⁷. Il soutient que la fonction du droit est de limiter ou de résoudre les situations de non-congruence des attentes qui se produisent dans toute société dans le cours des interactions entre les gens. « Le droit n'est nullement, en premier lieu, un ordre coercitif, mais plutôt une facilitation des attentes »¹⁰⁸. Ces attentes sont fondées sur des normes généralisées et la non-congruence provient de ce que les généralisations échouent ou que les gens agissent contre la norme généralisée. Luhmann affirme :

Nous n'en revenons pas à la thèse populaire selon laquelle il y a eu des sociétés sans droit dans l'histoire de l'humanité ou dans la comparaison interculturelle d'aujourd'hui (autrement dit, des sociétés qui n'ont pas d'appareil étatique coercitif). Notre conception fonctionnelle du droit montre, à l'inverse, que le droit remplit une fonction nécessaire dans toute société constituée de manière sensée et qu'il doit donc toujours exister. Le développement du droit ne doit pas s'entendre comme une étape pour les sociétés dans leur passage de formes pré-juridiques à des formes juridiques, mais comme une différenciation graduelle et une indépendance fonctionnelle du droit.¹⁰⁹

Donc, pour Luhmann, le droit n'est pas avant tout coercitif et il existe dans toutes les sociétés (tombant dès lors dans la première catégorie) ; le droit évolue en même temps que la société vers l'institutionnalisation (tombant dès lors dans la seconde catégorie).

Luhmann admet les problèmes de sa conception du droit. Il affirme que les « domaines de la coutume et du droit ne sont en aucune façon équivalents, bien que la délimitation précise ne puisse être faite qu'à un niveau concret et empirique »¹¹⁰. Il n'offre toutefois aucun critère permettant d'établir cette délimitation. Il en vient à admettre qu'« Il est plus difficile d'établir une ligne de partage claire entre le droit, le langage et ses accessoires (par exemple, les règles

d'orthographe). Bien qu'il soit intuitivement clair que le droit n'est pas identique au langage, il est plus compliqué de trouver le point de partage crucial »¹¹¹.

Inutile d'ajouter que c'est la vengeance du problème de Malinowski et Ehrlich. Tout comme ces derniers, Luhmann est incapable de distinguer le droit de la coutume et, tout comme leurs conceptions semblaient aller jusqu'à englober des « schèmes culturels » ou « les aspects obligatoires de toutes les relations sociales », sa conception ne peut clairement départager le droit du langage ! L'incapacité de l'analyse fonctionnelle à établir de telles distinctions est inévitable, ainsi que je l'ai établi précédemment, dès lors que des alternatives fonctionnelles existent, et cela aboutit à une propension totalisante (avalant toutes les alternatives fonctionnelles) qui ne peut être contenue.

Bien que Luhmann suggère une manière ou l'autre de distinguer le droit du langage, il finit par conclure en identifiant le développement des institutions juridiques comme une « étape importante... qui permet une séparation plus claire entre le droit et le langage, la vérité, l'art et la pratique rationnelle »¹¹². Luhmann glisse donc vers la seconde catégorie de conception du droit pour résoudre son problème de localisation du proprement juridique. Par la suite, Luhmann se cantonne presque entièrement au droit dans sa forme différenciée.

On le voit, à la lecture du fil argumentatif de sa démonstration contre ce problème, Luhmann duplique le débat sur la conception du droit. La question de savoir s'il a réussi à combler le fossé entre les deux catégories de conception du droit repose sur notre interprétation de sa séquence évolutive. Pour Luhmann, il y avait, avant la différenciation de la société et l'émergence d'un droit différencié, une sorte de bouillon primitif dans lequel le droit, la coutume et le langage (entre autres choses) servaient tous une fonction de stabilisation des attentes comportementales et ne pouvaient pas être distingués clairement les uns des autres.

On peut proposer une interprétation alternative : si toutes servaient la même fonction et s'il n'y avait pas de critère facilement identifiable pour les distinguer entre elles, il n'y avait alors pas de distinction à opérer durant la période primitive. Il n'y avait pas l'objet « droit » qui a connu un développement évolutif constant à partir du tout début de l'existence des groupes sociaux. Il y avait un bouillon primitif avant la différenciation et quelque chose d'autre après. Avec la différenciation de la société, l'émergence des institutions et la séparation des domaines du public et du privé, des phénomènes sociaux entièrement nouveaux ont émergé.

La seule raison apparente pour laquelle Luhmann insiste sur l'existence du droit même quand il n'a pas d'identité distincte est qu'il cherche à préserver la cohérence de son paradigme fonctionnaliste construit *a priori*, qui incorpore le droit comme une part inhérente du système social. Les analystes du social peuvent légitimement soutenir que toutes les sociétés (y compris celles qui ne sont pas différenciées) requièrent des mécanismes pour coordonner les attentes normatives. Ce qui est sujet à caution, c'est l'affirmation séparée que c'est par définition le « droit » qui remplit cette fonction. Sans cette affirmation additionnelle, toutefois, Luhmann ne peut prétendre que toutes les sociétés et les systèmes sociaux ont un « droit ».

Luhmann comble le fossé de la seule manière possible, en modifiant au milieu du gué ce qu'il entend par « droit » : il utilise le premier sens pour les sociétés non différenciées et le second pour celles qui le sont. Ce glissement de signification ne fournit cependant pas une solution satisfaisante au problème, parce que, même après l'émergence d'institutions « juridiques », le langage et la coutume (aussi bien que d'autres facteurs) contribuent encore

au maintien de « la généralisation congruente des attentes comportementales normatives » et doivent dès lors toujours être considérées comme du « droit », pour être cohérent avec la définition explicite de Luhmann, fondée sur la non-coercition, qu'il n'a pas abandonnée en faisant glisser son attention sur les institutions. Dans son analyse, les sociétés différenciées sont caractérisées par deux phénomènes fondamentalement distincts également étiquetés comme « droit », l'un non coercitif et l'autre coercitif. Outre qu'il crée une ambiguïté au cœur même de sa théorie, cet usage simultané nous égare de manière évidente et peut-être dangereuse, dès lors qu'il déguise un phénomène coercitif en un phénomène qui ne l'est pas. Toute tentative fructueuse de dépassement des deux catégories doit être cohérente avec la signification qu'elle attribue au terme « droit ».

La division est tenace. Les formes de « droit » identifiées par ces catégories coexistent en effet régulièrement dans l'arène sociale, aussi bien temporellement que spatialement, avec différents spectres d'application, démentant toute suggestion de relation d'ordre évolutif entre elles.

9. Esquisse de la carte, perspectives juridiques vs perspectives socio-scientifiques

L'on peut à présent proposer une esquisse préliminaire de la carte. Bien que j'aie commencé à la dessiner en me centrant sur les conceptions socio-scientifiques du droit, il apparaît que le territoire couvert par cette carte correspond en fait à celui de l'ordre social. Les deux catégories de conception du droit se dressent de manière proéminente aux coins opposés de ce terrain partagé.

La première catégorie se situe carrément sur la case de la conduite régularisée, de ce que les gens font effectivement, des schèmes de comportement qu'ils adoptent sur une base routinière ; elle occupe une situation qui, en son sens le plus large, inclut la socialisation. La seconde catégorie est centrée sur les réactions institutionnelles publiquement organisées contre les atteintes portées à la conduite régularisée ; elle occupe une situation qui englobe aussi des réactions non institutionnelles (entre autres l'opprobre, l'ostracisme). La ligne de rencontre de ces deux espaces est floue, là où l'induction positive et la sanction négative tendent à s'appuyer et se nourrir mutuellement, là où les contrôles externe et interne d'entremêlent, là où la coercition exerce un rôle dans la génération du consensus.

Une séquence d'action générale se dégage, qui peut être divisée en trois phases – la conduite routinière, la disruption et la réaction sociale à la disruption –, avec la première catégorie de conception du droit pouvant s'appliquer à la première phase et la seconde catégorie, à la troisième phase¹¹³. Le tableau suivant devrait aider à clarifier les choses :

Conception du droit	Phase	Mécanisme « juridique »	Etudes sociologiques	Mécanisme sociologique	Moment d'efficacité
Première catégorie normes vécues	Conduite normée ou régulière	Complexe d'obligations sociales	Contrôle interne conformité	Socialisation	Proactif (façonne les conduites)
Seconde catégorie normes imposées	Réaction sociale à l'atteinte à la conduite régulière	Sanction à imposée institutionnellement	Contrôle externe réponse à la déviance	Application coercitive de la puissance	Réactif (suit la conduite disruptive)

Le tableau rend parfaitement clair le fait que les deux catégories sont entièrement distinctes par nature. Ce qui façonne la conduite routinière est une question totalement différente de ce qui se passe quand la société répond à la disruption de la conduite routinière.

Ni le droit étatique, ni la mise en œuvre institutionnalisée des normes, ni le règlement institutionnalisé des conflits (la seconde catégorie) ne débouchent directement, par eux-mêmes, sur des schèmes régularisés de comportement ou en génèrent (la première catégorie)¹⁴. La seconde n'est pas le mécanisme opératoire sous-jacent de la première. La mise en œuvre institutionnalisée ne peut donner naissance à un comportement régularisé qu'à la condition d'être incorporée au processus de socialisation ou de devenir une part du complexe d'obligations sociales menant à ce comportement. Il doit y avoir un lien interne intime entre les deux catégories si l'on veut que ce qui vient ensuite (la réponse institutionnalisée à l'atteinte) aie un rôle dans la configuration de ce qui est survenu avant (la conduite routinière).

Nous développerons la question de ce lien plus loin. Je voudrais tout d'abord noter l'aspect très différent que le tableau présente du point de vue typique d'un juriste sur le droit. Selon la conception positiviste, largement répandue, du droit, telle qu'elle est subtilement formulée par H.L.A. Hart, les normes juridiques sont toutes les normes légitimement reconnues comme telles par les acteurs du droit, y compris les dispositions codifiées promulguées avant les activités de mise en œuvre. Plus d'un lecteur juriste refusera donc l'idée que le droit étatique n'a de présence que réactive.

La réponse à cette objection est que le lecteur juriste a raison à l'intérieur de l'auto-compréhension du droit qu'articule le positivisme juridique ; c'est une acception essentielle pour tous ceux qui sont les fonctionnaires d'un système juridique donné. Toutefois, ainsi que je l'ai souligné en parlant du behaviorisme, nombre de conceptions socio-scientifiques ont été élaborées en opposition au positivisme juridique, avec l'intention expresse d'identifier les normes juridiques effectivement vécues par les membres de la communauté ou réellement mises en œuvre ou appliquées par les institutions juridiques et de les distinguer de ces prétendues normes juridiques « qui n'existent que sur le papier » mais ne se traduisent pas en comportement social ou ne sont pas régulièrement mises en œuvre par les institutions juridiques. Ces approches refusent de donner le label de « droit » aux normes non observées et non mises en œuvre, parce qu'elles n'ont aucun rôle dans le maintien de l'ordre social. Pour le positivisme juridique, à l'inverse, il suffit que la règle de reconnaissance soit satisfaite pour

que même les règles qui n'existent que sur le papier constituent des règles parfaitement juridiques.

Les conceptions socio-scientifiques du droit dessinent le monde des normes d'une façon fort différente du positivisme juridique, au point que les normes juridiques étatiques n'y ont pas de statut spécial. Les normes réellement vécues par les membres de la communauté (indépendamment du fait qu'elles sont codifiées par le droit étatique) tombent dans la première catégorie et sont effectives de manière proactive, dès lors qu'elles conduisent à un comportement ; et les normes régulièrement mises en œuvre par les institutions juridiques tombent dans la seconde catégorie et sont réactives, dès lors que les actions visant à leur mise en œuvre sont rarement entreprises avec qu'il ne leur soit porté atteinte.

Le contraste entre les perspectives positiviste et socio-scientifique est d'une importance cruciale. Ils opèrent dans des sphères d'activité différentes : la pratique juridique vs la pratique socio-scientifique. Les deux points de vue sont parfaitement légitimes quand ils sont confinés dans les limites de leurs pratiques respectives et aucun des deux ne l'emporte sur l'autre. Une grande confusion implicite est venue de ce que les études socio-juridiques ont échoué à reconnaître la validité pratique (fondée sur la pratique et liée à elle) de chacun des deux points de vue. La manifestation la plus récente de cette confusion s'observe chez les tenants du pluralisme juridique, qui affirment que le point de vue des juristes est le produit d'une illusion idéologique et qu'il est inférieur au point de vue scientifique.

10. Deux thèses sur le lien entre les deux catégories

Deux thèses séparées, qui s'appuient sur la question des normes, fournissent un lien entre les deux catégories : une thèse sur la source des normes juridiques et une thèse sur l'ingénierie sociale par le droit.

La première thèse sur la connexion entre les deux catégories de conception du droit soutient que les normes mises en œuvre institutionnellement (la seconde catégorie) sont dérivées de normes réellement vécues (la première catégorie) ; autrement dit, que les règles sociales vécues sont la source des règles juridiques mises en œuvre¹¹⁵. Cette conception de la source des normes juridiques remonte au moins aussi loin que Savigny, qui considère que les règles juridiques reflètent la conscience juridique des gens, et elle correspond bien à l'idée que la tradition anglo-américaine de la Common Law se fait d'elle-même, avec des règles juridiques qui se seraient développées progressivement à partir des pratiques sociales existantes telles qu'elles ont été reconnues par les tribunaux.

Ehrlich, qui cite énormément Savigny et qui considère le système de la Common Law comme idéal, illustre cette thèse quand il affirme que les règles de décision (les règles utilisées par les tribunaux) sont souvent – et devraient être – dérivées des règles de conduite (les règles réellement vécues)¹¹⁶. Sa critique majeure de la codification porte, en effet, sur l'acte de codification et le fait que, combiné à une tendance des codificateurs à l'abstraction, il fige les règles de décision tandis que les règles de conduite continuent à se développer, la conséquence étant qu'avec le temps, se développe un fossé toujours plus profond entre le droit vivant et le droit étatique.

On trouve une affirmation encore plus directe de ce que les règles juridiques sont dérivées des règles sociales dans les conceptions du droit formulées par Hoebel et Bohannan. Hoebel commence par dire qu'« Une règle sociale est juridique si... », tandis que Bohannan déclare que « le droit peut être considéré comme une coutume qui a été ré-instituée » pour les besoins

de l'institution juridique. La thèse de l'origine sociale des normes juridiques mises en œuvre s'applique donc aussi bien au droit étatique qu'aux institutions non étatiques de mise en œuvre des normes ou de l'administration des conflits.

Cette thèse établit un lien très important entre les deux catégories. Si les normes appliquées par le droit étatique ou par la mise en œuvre institutionnalisée des normes dérivent de normes réellement vécues, alors les règles appliquées au stade réactif de la mise en œuvre institutionnelle correspondent directement aux règles qui façonnent le comportement au stade proactif. Au sens strict, toutefois, ce n'est pas l'influence réelle des règles juridiques qui compte, mais le fait d'une correspondance avec les règles sociales vécues. La mise en œuvre des règles juridiques ne génère pas elle-même de comportement¹¹⁷, bien que l'endossement juridique des règles sociales puisse être un facteur de renforcement de celles-ci dans le processus de socialisation continue.

Cette thèse initialement plausible est affaiblie – à l'égard du droit étatique du moins – quand nous constatons que l'histoire du développement juridique à travers le monde a substantiellement consisté en une transplantation de normes et d'institutions d'une société à l'autre, que ce soit par effet de diffusion naturelle, d'imposition coloniale ou d'emprunt volontaire¹¹⁸. Plus encore, les institutions juridiques élaborent ou moulent souvent des normes au format des demandes internes du discours juridique, rendant parfois opaque leur relation aux normes sociales vécues. Mais ni l'origine exogène des normes ni leur formulation technique ne constitue un facteur décisif, dès lors que la question-clé pour la seconde catégorie porte sur les modalités de leur mise en œuvre réelle. Les juges, qui appliquent un mélange de règles disponibles, aboutissent souvent à un résultat qui correspond aux normes sociales prédominantes indépendamment de ce que les normes juridiques disent effectivement. Cela ne résout pas pour autant cet autre problème, à savoir que de nombreux groupes ou sociétés consistent en différentes sous-communautés dotées chacune de son propre corpus de normes parfois concurrentes. Dès lors, le résultat peut encore être en conflit avec d'autres ensembles (concurrents) de règles sociales vécues, même en supposant que les décisions des juges correspondent à ces règles.

Enfin, de nombreuses règles juridiques réellement mises en œuvre – comme les exigences annuelles de bilan pour les sociétés commerciales ou les statistiques judiciaires pour les tribunaux – n'ont rien à voir avec des normes sociales réellement vécues, mais existent plutôt à une multitude d'autres fins sociales ou sont générées par les besoins du discours juridique lui-même. Nombre de règles juridiques mises en œuvre n'existent qu'en relation à d'autres règles juridiques ou en sont le produit seul, et ni leur origine ni leur application n'est liée au comportement social.

La première thèse dépend donc de plusieurs facteurs, chacun problématique, ainsi que l'atteste la permanence de l'obstacle du fossé. Les transactions commerciales sont le secteur par excellence où l'on observe une correspondance entre normes sociales vécues (les pratiques commerciales effectivement suivies) et les normes mises en œuvre par les institutions juridiques, que ce soit à l'époque d'Ehrlich ou aujourd'hui. Cela tient en partie à ce que les acteurs du droit ont payé davantage attention aux pratiques dominantes dans les affaires (c'est visible dans le cas du Code de commerce unifié) et en partie à ce que le contenu particulier des règles régissant les transactions est souvent moins important que le fait que chacun suive le même schéma. Les pratiques des affaires peuvent donc être facilement adaptées aux changements du droit. Cela n'empêche toutefois pas que des écarts se creusent ici aussi, toutefois, comme Stuart Macaulay le montre dans son étude des relations non contractuelles dans les affaires¹¹⁹.

La seconde thèse sur la connexion entre les deux catégories est l'inverse de la première. Elle soutient que le droit façonne instrumentalement le comportement routinier du fait de son autorité en tant que droit ou en raison de la crainte de la sanction qui appuie le droit – les règles juridiques créent de ce fait de nouvelles règles sociales vécues.

Le succès de l'ingénierie sociale par le droit repose sur deux mécanismes différents. Sur le court terme, elle opère en modifiant le complexe des obligations sociales (généralement en changeant les coûts perçus ou les bénéfices attachés aux cours d'action existants) ; sur le long terme, une fois que le nouveau schème de comportement est établi, elle opère par la socialisation continue de ce schème qui se reflète dans les règles sociales (à présent) vécues.

Le problème de cette thèse vient de ce que les tentatives d'ingénierie sociale par le droit ont un taux d'échec remarquable¹²⁰. La communication des règles juridiques constitue une barrière infranchissable : « Nous sommes dans notre majorité ignorants du droit et nous le violons et négligeons continuellement »¹²¹, pour reprendre un truisme aussi souvent répété qu'oublié. A moins que vous l'ayez oublié, « nous ne savons pas quelle est la loi »¹²², sinon peut-être minimalement que nous devons payer nos impôts et que nous ne devons ni voler ni porter physiquement atteinte à autrui. Même le fait qu'un ensemble donné de règles juridiques soit mis en œuvre ne garantit pas en soi qu'elles soient largement connues. « Il est certain que le droit ne garantit aucune obéissance sauf dans la mesure où il est connu »¹²³. Ce n'est pas la moindre ironie que de constater qu'en-dehors des professionnels, les personnes le plus au fait des règles et procédures juridiques sont celles qui sont le moins susceptibles de s'y soumettre : les récidivistes.

Un autre problème vient de ce que les règles sociales prédominantes résistent au nouveau comportement exigé du droit, comme l'a montré Sally Falk Moore avec sa notion de champ social partiellement autonome. Dans ce cas, les règles juridiques mises en œuvre doivent affronter les règles sociales existantes, lesquelles ont l'avantage notable d'être déjà effectivement suivies. En-dehors de l'autorité symbolique qui s'attache au droit et en l'absence d'incitations positives, le droit ne dispose que de la menace de la sanction pour garantir l'obéissance. Comme l'a noté Ehrlich, l'essentiel du temps, « l'idée d'obligation imposée par les tribunaux n'effleure même pas le cerveau des gens »¹²⁴.

Le troisième problème est que, pour les institutions aussi bien étatiques que non étatiques, les règles juridiques sont souvent élaborées après coup, dans le cours d'une réponse institutionnelle au conflit. « C'est en de telles occasion [après une rupture] que les valeurs et normes existantes ont des chances d'être élaborées et, dans le fil de la discussion, d'être reformulées, consciemment ou inconsciemment, pour traiter de la situation qui a surgi »¹²⁵. Des règles élaborées (ou reformulées) postérieurement ne peuvent gouverner un comportement qui survient antérieurement, ainsi que les perdants d'un procès l'ont parfois fait remarquer plaintivement. Bien que les règles nouvellement formulées puissent influencer le comportement ultérieur, les gens ont de bonnes raisons de tenir pareilles règles en défiance.

La forme typique des normes juridiques constitue encore un autre problème de cette seconde thèse. Pour ce qui est du droit étatique, à tout le moins, une bonne part des normes juridiques mises en œuvre ne prescrit aucune forme positive de conduite routinière et nombreuses sont celles qui exercent une fonction facilitatrice ou capacitaire plutôt qu'une fonction de contrôle social. Par exemple, une loi qui punit le meurtre ne génère aucun schème routinier de comportement. Une réponse subtile serait de dire que ne pas tuer est en soi un schème de comportement. Mais le fait est qu'en-dehors d'une communauté cauchemardesque (à l'espérance de vie très limitée) où les gens seraient socialisés en sorte de tuer

routinièrement –, la règle négative ne donne pas naissance à ce non-comportement ; au contraire, il faut remarquer qu'avant tout, la plupart des gens ne pensent même pas à tuer, et donc que la règle elle-même n'est pas pertinente.

Dernier problème de cette thèse, le fait qu'elle suppose un engagement et une capacité à effectuer les règles en substance de la part de celui qui annonce, de celui qui met en œuvre et de celui qui applique le droit (autant de rôles qui peuvent être répartis ou tenus par une même personne ou un même groupe de personnes). Beaucoup de règles juridiques sont proclamées pour des raisons essentiellement symboliques, sans que les acteurs du droit n'aient l'intention de mettre en œuvre les normes brocardées. A de multiples occasions, même quand la volonté y est, les institutions juridiques sont simplement dépourvues du pouvoir de mettre en œuvre les règles. Parce qu'elles ne sont pas mises en œuvre effectivement, ces normes ne peuvent prétendre appartenir à la seconde catégorie de conception du droit, de toutes les manières, mais il est important de se rappeler ces raisons quand on s'interroge sur l'incapacité du droit à générer des normes sociales vécues.

Ces objections ne doivent pas être comprises comme signifiant que les règles juridiques n'influencent pas le comportement. Elles le font certainement d'une multitude de façons, souvent non prévues par les auteurs de la loi. De manière frustrante pour les législateurs, les règles juridiques nouvellement mises en œuvre génèrent souvent des schèmes de comportement réels conçus par les gens pour contourner les règles juridiques, si bien que la substance et les effets des schèmes préexistants de comportement perdurent. Ces objections signifient plus modestement que, pour de nombreuses raisons, il est immensément difficile pour les normes juridiques directement ou intentionnellement mises en œuvre (la seconde catégorie) d'aboutir aux normes sociales vécues correspondantes (la première catégorie).

Plusieurs des points précédents peuvent être commodément illustrés en recourant à la décision de la Cour suprême des Etats-Unis *Bowers v. Hardwick*¹²⁶. Une loi de Géorgie prohibait la sodomie, définie comme « tout acte sexuel impliquant les organes sexuels d'une personne et la bouche ou l'anus d'une autre ». Il est manifeste que cette prohibition, qui reflète les convictions morales d'une partie de la communauté, ne correspond pas au comportement sexuel de nombreux Géorgiens, particulièrement – mais pas seulement – les homosexuels. Avant la publicité donnée à cette affaire, il est probable que peu de gens étaient conscients de l'existence de cette prohibition que les autorités géorgiennes ne mettaient pas en œuvre activement. On peut raisonnablement penser que la décision confirmant la règle juridique n'a eu que peu ou pas d'impact sur la réduction des pratiques sodomites, sauf peut-être que les gens ont eu davantage tendance par la suite à fermer leurs rideaux.

La conclusion que l'on peut tirer de l'examen de ces deux thèses est que le lien entre les deux catégories de conception du droit est de nature complexe et souvent ténue. Il ne fait pas de doute que, dans des systèmes et contextes spécifiques, de nombreux points de correspondance peuvent être trouvés. L'objectif de mon analyse n'était pas de nier l'existence du lien, mais de suggérer que ce dernier est bien plus problématique qu'on ne le suppose généralement. La croyance commune selon laquelle le droit est l'ordre normatif consensuel de la société nous incite à tenir le lien entre normes sociales vécues et normes mises en œuvre par les institutions juridiques comme allant de soi. Or, ce n'est souvent pas le cas.

Cette conclusion met au jour les défauts des conceptions du droit de Hoebel et Bohannon, ainsi que d'autres qui ont défini le droit comme des normes sociales mises en œuvre par des institutions juridiques ou comme une coutume réinstitutionnalisée – en fait, ils ont fusionné

analytiquement les normes sociales vécues et les normes juridiques mises en œuvre¹²⁷, empêchant de ce fait l'examen de la relation incertaine entre les deux.

11. Une conception du droit fondée sur l'union des deux catégories

La dernière étape dans le dessin de la carte consiste à considérer ce qu'implique la formulation d'une conception unique du droit à partir de l'union des deux catégories. La section précédente s'est intéressée aux liens *empiriques* entre les deux catégories. Je vais à présent explorer les résultats de leur réunion à un niveau *conceptuel* en proposant une conception du droit n'incluant que les normes réellement mises en œuvre par des institutions coercitives publiquement reconnues, *et* seulement quand les normes ainsi mises en œuvre se reflètent également dans le comportement social réel du groupe¹²⁸.

Ce rapprochement est fort instructif. Dans la mesure où le champ d'application de ces deux catégories n'est pas coextensif, les réunir étroitement restreint le spectre de ce qui peut prétendre au label de « droit ». Cette approche scientifique a pour conséquence, entre autres, de soustraire les idéaux du domaine du droit – comme cela ressort de l'exigence controversée des Réalistes de mettre de côté le *devoir être*, au moins temporairement, au profit de l'examen scientifique de *ce qui est*.

L'effet bénéfique immédiat du rapprochement des deux catégories est de restreindre radicalement le spectre de la première catégorie de conception du droit en éliminant la plupart des normes sociales vécues qu'elle englobe et que nous ne considérons normalement pas comme « juridiques ». Mais il y a un prix à payer : il faut abandonner l'affirmation que toutes les sociétés ont un droit, pour cette bonne vieille raison que certaines sociétés ne recouraient pas à des institutions publiquement reconnues pour mettre en œuvre les normes. Ceci explique pourquoi la cohérence propre à la conception du droit de Luhmann, qui renvoie aux deux catégories, ne peut être sauvée en l'interprétant comme l'union des deux catégories plutôt que comme un glissement de sens inavoué de la première à la seconde catégorie – son cadre fonctionnaliste l'empêche de garantir la possibilité pour certaines sociétés d'être dépourvues de droit.

Le rapprochement restreint le spectre de la seconde catégorie de conception du droit de manière encore plus instructive. J'ai précédemment affirmé que de nombreuses normes juridiques mises en œuvre n'ont aucune relation avec les normes sociales réellement vécues. Les exemples sont légion. Il suffit de considérer les codes fiscaux et leur échafaudage réglementaire complexe. Certaines de ces règles sont destinées à configurer le comportement routinier, comme la taxe dissuasive imposée sur les cigarettes pour réduire la tabagie ou la taxe sur l'essence pour limiter la conduite automobile. Mais de nombreuses autres règles fiscales ont pour but d'augmenter les revenus ou de les redistribuer. Ces règles ne peuvent être tenues pour créatrices de règles sociales vécues, sauf au sens limité (qui ne concerne qu'une poignée du corpus total des règles fiscales) où les gens remplissent leur feuille d'impôt et payent leur dû au jour légalement fixé. Le droit gouvernant le mariage constitue un autre exemple. Nombreuses sont les règles juridiques qui, en la matière, ne créent pas de règles sociales vécues ; leur effet premier est plutôt de créer un nouveau statut reconnu par le droit, auquel s'attachent une grande variété de conséquences. Il en va de même du nombre massif de règles juridiques applicables aux sociétés commerciales, qui ne renvoient souvent même pas à un comportement social quelconque. Leur effet le plus remarquable est d'accorder la vie (ou au moins l'existence) à des entités entièrement nouvelles.

Ce genre de phénomènes et les règles qui les produisent forment une part consistante de ce que fait le droit – le droit étatique aussi bien que, souvent, les institutions et les règles « juridiques » non étatiques. Ils seraient toutefois tous exclus si la conception scientifique du droit était fondée sur l'union des deux catégories, parce qu'elles n'ont rien à voir avec les règles sociales vécues et échouent dès lors à remplir les conditions de la première catégorie.

Les implications de cette union sont particulièrement intéressantes dans la mesure où elles soulèvent à nouveau la limitation cruciale des deux catégories de conception du droit. Elles sont construites autour de la notion d'ordre social, avec pour conséquence qu'elles mettent l'accent sur différents aspects du contrôle du comportement social. Quand l'attention n'est portée qu'à des sociétés simples, cet accent est peut-être approprié. Mais seule une part des activités des institutions juridiques étatiques – principalement celles qui relèvent du droit pénal – rentre dans ce spectre limité. On peut dire à peu près la même chose de nombreuses institutions non étatiques de mise en œuvre de la norme.

La lentille de l'ordre social rétrécit donc artificiellement le spectre de l'enquête scientifique sur le droit et les phénomènes juridiques. Aujourd'hui, le droit fait bien davantage que du contrôle social. Avec la différenciation croissante de la société et le développement interne du droit étatique, les conceptions du droit fondées sur le contrôle social se retrouvent dépourvues de la capacité analytique de rester en phase avec le changement. Cela ne signifie pourtant pas qu'il était erroné de s'intéresser au contrôle social, notre carte montrant que de nombreuses intuitions essentielles trouvent leur origine dans ces deux catégories de conception du droit.

12. La lecture de la carte et la thèse de la « centralité du droit »

Si l'on part de l'hypothèse que l'ordre social est largement fait de schèmes réguliers de comportement, l'analyse qui précède suggère que toutes les formes de mise en œuvre institutionnalisée de la norme ou de gestion des conflits (y compris le droit étatique) jouent en général un rôle relativement réduit dans la production de l'ordre social, au moins en comparaison de l'influence exercée par la socialisation, l'habitude ou le complexe d'obligations sociales. Cette disproportion reflète simplement le degré accru d'influence du contrôle interne des comportements par rapport au contrôle externe – le degré auquel nous faisons les choses parce que nous le voulons, non parce que nous y sommes forcé par la sanction ou la crainte de la sanction.

Il semble que la carte ne soit pas divisée en territoires de taille égale. La première catégorie de conception du droit étend son assise à trois coins de la carte, tandis que la seconde n'occupe que le coin restant. Une carte de ce type peut être dessinée pour des sociétés entières ou pour des communautés ou des groupes, à chaque fois qu'une mise en œuvre institutionnalisée de la norme est présente. L'assise de chacune diffère selon les sociétés et communautés ou selon les circonstances d'une seule et même société. Dans le long terme, toutefois, les communautés stables devraient relever davantage de la première catégorie que de la seconde¹²⁹. Seules les sociétés totalitaires voient cette proportion s'inverser.

Si elle s'avère correcte, cette conclusion semble être en conflit apparent avec la thèse sur la modernité qui est influente parmi la communauté des socio-juristes. Voici comment Alan Hunt résume cette thèse :

Sous des formes diverses, la théorie sociale contemporaine adopte la thèse selon laquelle le droit continue à occuper une place toujours plus centrale et organisatrice, pour le meilleur et pour le pire, dans les démocraties capitalistes avancées... Chez des auteurs aussi différents que Weber, Poulantzas, Habermas et Luhmann, on

retrouve une version distincte mais apparentée de la thèse en vertu de laquelle le droit étatique est une figure de la modernité à la centralité croissante. Qu'il s'agisse de l'avancée de la rationalité juridique, de la centralité de l'« instance juridico-politique », du processus de « juridification » ou de la « positivisation » d'un système juridique autoréférencé, ce sont des variantes de ce que j'appelle la thèse de la centralité du droit. Une autre version très populaire de cette thèse générale est celle de la « légalisation », qui avance que la régulation juridique pénètre de manière généralisée dans la vie sociale.¹³⁰

La thèse de la « centralité du droit » décrite par Hunt s'applique à la seconde catégorie de conception du droit et, spécifiquement, au droit étatique.

La description de Hunt combine plusieurs thèses différentes sous un même nom. Si la thèse est que les institutions juridiques bureaucratiques de l'Etat augmentent en taille et en spécialisation, en même temps que le nombre des professionnels du droit et le volume des livres de droit, et que le droit est s'est toujours davantage rationalisé comme décrit par Weber, positivisé et autonomisé (au moins relativement) comme décrit par Luhmann, on ne manque pas de preuves pour l'étayer. Notons toutefois que ces observations sont principalement liées aux changements à l'intérieur même du droit étatique. La croissance matérielle du droit et son développement interne continu, qui accompagne la croissance et la différenciation de la société, ne nous cependant rien sur l'augmentation relative de la portée réelle du droit.

Si la thèse consiste à dire que les activités coercitives des institutions juridiques étatiques (seconde catégorie de conception du droit) l'ont emporté sur les sources non coercitives de comportement social (la première catégorie de conception du droit) ou ont augmenté en proportion de celles-ci – autrement dit, que la main de fer du droit a accru son emprise sur nous –, comme la notion habermassienne de juridification ou la phrase conclusive de Hunt semblent l'indiquer, on peut avoir des doutes sérieux. Les gens continuent à ne généralement pas savoir ce qu'est le droit et à ne pas y penser quand ils s'engagent dans leurs activités quotidiennes. L'application de la force coercitive de l'appareil juridique étatique demeure un phénomène marginal au regard de la masse des interactions sociales. Comme Hunt le reconnaît, « Il reste important, en raison de l'augmentation inflationniste des discours juridiques, d'échapper au mythe du légalisme et de ne pas supposer que le droit exerce une grande influence sur les relations vécues »¹³¹.

Cette dernière version de la thèse de la centralité du droit est d'autant plus douteuse que l'on considère ce phénomène émergent dans les grandes villes du monde, de Washington à Paris : la quasi-totale impuissance de l'appareil juridique étatique face à des poches urbaines abandonnées au contrôle de gangs et de seigneurs de guerre locaux, ou simplement laissés dans un état d'anarchie. Les habitants assiégés de ces zones abandonnées auraient bien du mal à être persuadés du fait que leur vie sociale a été colonisée par le droit étatique.

Cette erreur provient de ce qu'on tient l'explosion indéniable des formes juridiques et l'adoption croissante par les institutions privées de procédures juridiques, telles les exigences de traitement adéquat, pour une intensification de l'interférence du droit sur nos vies quotidiennes. Ces changements ne sont que des éléments de la rationalisation de la société sur la trajectoire identifiée par Weber. L'augmentation des formes juridiques est le reflet d'un penchant moderne pour la typification des transactions et pour l'interaction par écrit. Ce penchant est assurément alimenté par le fait que le droit préfère et impose la typification (tout particulièrement dans les transactions substantielles ou commerciales), de même qu'il reconnaît et souvent exige la forme écrite. Mais le changement essentiel qui en résulte est que nous menons et configurons nos transactions dans un format régularisé. Cette standardisation des transactions est plus un processus de rationalisation (en termes d'efficacité et d'uniformité) que de légalisation. Et la légalisation qu'elle implique est de nature plus

facilitatrice qu'oppressive¹³². En outre, les institutions et les règles juridiques sont pour l'essentiel passives, attendant d'être recherchées et invoquées par les usagers, ce qui peut difficilement être qualifié d'intrusion ou de pénétration du droit lui-même.

Une vision positiviste du droit nous conduit à considérer ces changements comme impliquant une expansion du droit. Du point de vue positiviste, cette perspective est correcte et ne manque pas d'être confirmée de manière irréfutable par un coup d'œil aux rayonnages croulant sous les codes et réglementations juridiques. Mais une vision socio-scientifique du droit, qui s'attache à observer le comportement des institutions juridiques, suggère que la mainmise accrue du droit impliquerait une véritable augmentation de l'application du pouvoir de l'appareil juridique étatique dans la vie quotidienne des citoyens, comme cela s'est passé et continue à se passer dans les sociétés totalitaires.

Ceux qui craignent que le droit pénètre toujours plus le monde vécu sont peut-être trompés par l'expansion incroyable du droit dans l'arène culturelle, qu'il s'agisse de reportages d'affaires sensationnelles ou importantes, de programmes télévisés populaires comme « L.A. Law » ou du procès O.J. Simpson – retransmis en direct et regardé par des millions de téléspectateurs. C'est l'époque de l'emprise symbolique du droit. Le discours social ordinaire, qui était généralement formulé en termes traditionnels ou moraux, est aujourd'hui élaboré en termes juridiques. Mais le droit en tant que symbole culturel et mode de discours social vit une vie propre, bien distincte (quoiqu'en interaction) de ce que l'appareil juridique étatique fait réellement.

L'avantage des approches du droit de nature interprétative tient à leur capacité à rendre compte de la dimension propre à la signification ; cela n'implique toutefois pas d'écarter les approches fondées sur le comportement, qui insistent sur la nécessité de garder à l'œil les effets matériels du droit. La thèse de l'autopoïèse de Luhmann, parce qu'elle considère le droit en termes de communication, souffre précisément de cette limitation : confondant le discours sur le droit avec le droit lui-même, elle perd le contact avec le monde de la coercition institutionnalisée. C'est le mélange complexe d'interrelations dans cet espace d'expansion du droit comme mode de discours culturel, de rationalisation croissante des transactions par des moyens juridiques et d'activités coercitives des institutions juridiques qui doit être examiné, et cela requiert la contribution des interprétativistes aussi bien que des behavioristes.

Savoir si la thèse de la centralité du droit est correcte est une question empirique qui ne peut être réglée avec cette seule carte analytique. La carte ne fait que suggérer les bonnes raisons que nous avons d'être sceptiques à l'égard de la version la plus outrancière de la thèse et elle nous apprend que la notion de légalisation de la société englobe différents processus qualitativement distincts, qui peuvent être anodins, avantageux ou menaçants selon leur nature et leur mode opératoire.

13. Observations finales

Donald Black a raison de conclure en disant que la science ne peut connaître que des phénomènes, non des essences. Mais son affirmation est essentialiste à propos du droit, quand il déclare que « le droit *est* un contrôle social gouvernemental ». Cette conception est artificiellement réductrice de deux manières : elle retire du champ d'investigation toutes les autres fonctions possibles du droit et elle élimine conceptuellement la possibilité que le gouvernement dispose d'autres mécanismes de contrôle social au-delà du droit. Black aurait simplement dû dire que « le contrôle social gouvernemental » est un phénomène important qui doit être étudié.

Il en va de même de la « mise en œuvre institutionnalisée des normes », du « contrôle social institutionnalisé », de l'« administration institutionnalisée des conflits », du « droit vivant », des « schèmes concrets d'ordonnement social » et de toutes les autres variations sur le thème de la conception scientifique du droit. Chaque concept de ce type crée un cadre légitime et utile – un outil analytique – permettant aux scientifiques de comparer et d'étudier les différents phénomènes en relation aux fonctions et critères identifiés.

L'erreur est à chaque fois de franchir un pas supplémentaire et d'affirmer qu'une conception donnée *est* le droit. Cette tentation cantonne notre capacité à observer et analyser le droit aux paramètres prescrits par le cadre socio-scientifique. Quand, par exemple, le droit est défini comme la mise en œuvre institutionnelle des normes sociales, la question « Les institutions juridiques mettent-elles effectivement en œuvre les normes sociales ? » est analytiquement forclosée, puisqu'une réponse affirmative à la question revient à présupposer ce que cela signifie d'être une institution juridique. De la même façon, dans leur perspective fonctionnaliste respective, les questions suivantes sont incohérentes : « Les institutions juridiques résolvent-elles les conflits ? » ; « Le droit affecte-t-il le contrôle social ? ». Ce ne sont pas de simples questions académiques¹³³. Les analystes ont remarqué que la seule présence du droit *produit* parfois des conflits¹³⁴. La carte analytique et les études sociologiques suggèrent que le droit n'est pas le plus important des mécanismes de contrôle social et que le contrôle social n'est peut-être pas la fonction principale remplie par le droit. Cette croyance dans l'idée que le droit implique fondamentalement le contrôle social persiste cependant dans la littérature aussi bien scientifique que juridique, résistant opiniâtrement à toute preuve du contraire. Par nature, toutes les conceptions fonctionnalistes empêchent l'enquête sur la question de savoir si le droit remplit la fonction établie, dans la mesure où le droit a été défini dans les termes de cette fonction.

Ce que le droit est et fait ne peut être saisi en une seule conception scientifique. Le projet consistant à concevoir une conception scientifique du droit est fondé sur la croyance erronée dans l'idée que le droit correspond à une catégorie fondamentale. Tout au contraire, le droit est une construction de part en part culturelle, qui est dépourvue de toute nature essentielle et universelle¹³⁵. Le droit *est* ce à quoi nous attachons le label de *droit*. C'est un terme appliqué conventionnellement à une variété de phénomènes aux facettes et fonctions multiples : le droit naturel, le droit international, le droit primitif, le droit religieux, le droit coutumier, le droit étatique, le droit populaire, le droit des gens eux-mêmes, le droit indigène, au niveau générique ; et, à un niveau spécifique, la quasi-infinie variété qui s'étend du droit étatique du Massachusetts au droit des Barotse, du droit de l'Allemagne nazie aux procès de Nuremberg. S'il est un trait commun à ces différents phénomènes qui portent l'appellation « droit », c'est leur prétention à l'autorité légitime et à la force légale. C'est cette qualité, plus que toute autre chose, qui rend le droit – dans toutes ses incarnations – si dangereux potentiellement.

Les scientifiques devraient étudier ces phénomènes pour découvrir ce qu'ils en font – ou ce que nous en faisons – et pour apprendre pourquoi le label « droit » leur est attaché (ce qu'on y gagne politiquement, rhétoriquement et symboliquement), plutôt que d'essayer de les compresser dans des catégories conceptuelles étriquées. Cette étude sera assurément facilitée par la construction de cadres comparatifs, telle la « mise en œuvre institutionnalisée de la norme », pour autant que ces cadres ne soient pas compris comme *étant* le droit. Malheureusement, le concept de pluralisme juridique, dont la popularité va grandissant, est fondé sur cette erreur, précisément, et il ressuscite les vieux démons entourant la conception socio-scientifique du droit.

Ce n'est pas la moindre ironie que d'en arriver essentiellement au même point que les socio-juristes de la génération précédente, quand ils ont collectivement abandonné toute tentative de définir le droit. La différence est qu'ils y ont renoncé par frustration, laissant les choses dans un état de confusion et de laxisme plutôt qu'en ayant résolu les problèmes. Nous savons à présent ce qui a mal tourné et pourquoi. Démonter les rouages du puzzle qui a conduit à l'impasse dans le débat sur la conception du droit nous a de plus aidés à établir un cadre pour nos travaux théoriques futurs dans le domaine.

¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, Oxford, Clarendon Press.

² S.F. Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, 1978, Boston, Routledge & Kegan Paul, p.215.

³ Moore 1978, p.224.

⁴ J.L. Comaroff et S. Roberts, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, 1981, Chicago, University of Chicago Press, p.4.

⁵ I. Hamnett, « Introduction », in I. Hamnett (éd.), *Social Anthropology and Law*, 1977, New York, Academic Press, p.4.

⁶ L.P. Mair, *Primitive Government*, 1962, Baltimore, Md., Penguin Books, p.19.

⁷ L. Nader, « The Anthropological Study of Law », 1965, *American Anthropologist*, 67, p.5.

⁸ A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, 1954, Cambridge, Mass., Harvard University Press, p.18.

⁹ R.L. Abel, « A Comparative Theory of Dispute Institution in Society », 1973, *Law and Society Review*, 8, p.224.

¹⁰ Cf. entre autres K. Ziegert, « The Sociology Behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law », 1979, *International Journal of Sociology of Law*, 7, p.235 ; R. Simon et J. Lynch, « The Sociology of Law: Where We Have Been and Where We Might be Going », 1989, *Law and Society Review*, 23, p.849 ; F. Snyder, « Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction », 1981, *Journal of Law and Society*, 8, p.163 ; L. Friedman, « The Law and Society Movement », 1986, *Stanford Law Review*, 38, p.773.

¹¹ Nombre d'autres disciplines des sciences sociales étudient le droit, y compris l'analyse économique, l'histoire, la science politique et la psychologie. Seules l'anthropologie et la sociologie du droit se sont cependant directement attaquées à la question du concept de droit. La discussion se limitera dès lors à ces deux champs.

¹² Cf. B. Tamanaha, « The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism », 1993, *Journal of Law and Society*, 20.

¹³ K. Ziegert, « A Sociologist's View », in E. Kamenka et A. Erh-Soon Tay (éds.), *Law and Social Control*, 1980, p.76. E. Schur, *Law and Society: A Sociological View*, 1968, p.37.

¹⁴ Cf. J. Hamnett, *supra*, note 5, p.6.

¹⁵ Cf. de manière générale L. Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, 1971, New York, Harper & Row, pp.28-31.

¹⁶ E. Ehrlich, *The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 1975, New York, Russell & Russell, p.24.

¹⁷ B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, 1926, New York, Harcourt, Brace and Company, p.14.

¹⁸ *Ibid.*, p.59.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Ehrlich, *supra*, note 16, p.39.

²¹ *Ibid.*, p.85 et 501.

²² *Ibid.*, p.497.

²³ Malinowski, *supra*, note 17, p.66.

²⁴ *Ibid.*, p.125.

²⁵ *Ibid.*, p.67.

²⁶ Ehrlich, *supra*, note 16, p.64.

²⁷ *Ibid.*, p.78 ; Malinowski, *supra*, note 17, pp.58 et 68.

²⁸ Ehrlich, *supra*, note 16, p.63 ; Malinowski, *supra*, note 17, pp.164-170.

²⁹ F. Cohen, *The Legal Conscience*, 1960, New Haven, Conn., Yale University Press, p.187.

³⁰ Malinowski, *supra*, note 17, pp.50 et 54 ; Ehrlich, *supra*, note 16, pp.164-170.

³¹ J. Schapera, « Malinowski's Theories of Law », in R. Firth (éd.), *Man and Culture: An Evaluation of the Work of Malinowski*, 1957, Londres, Routledge and Kegan Paul, p.153.

³² Ehrlich, *supra*, note 16, p.165.

³³ *Ibid.*, pp.167-168.

³⁴ Schur, *supra*, note 13, p.37.

³⁵ Moore, *supra*, note 2, p.220.

³⁶ J'ai limité la discussion aux socio-scientifiques du vingtième siècle, parce qu'ils sont les plus influents et parce que l'approche socio-scientifique du droit trouve « officiellement » son origine au début de ce siècle (R. Pound, *Jurisprudence*, vol.II, 1959, St. Paul, West Publishing Company, pp. 186-187. La conception du droit que nous

attribuons ici à Malinowski et Ehrlich trouve cependant des antécédents dans l'école historique de Savigny (ce que reconnaît Ehrlich) et à l'école « socio-psychologique » de Gierke et Jellinek. Cf. R. Pound, *Jurisprudence*, vol.I, 1959, St. Paul, West Publishing Company, pp.312-320.

³⁷ I. Hamnett, *Chieftainship and Legitimacy*, 1975, Boston, Routledge and Kegan Paul, p.14.

³⁸ M. Galanter, « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », 1981, *Journal of Legal Pluralism*, 1, p.38.

³⁹ Moore, *op.cit.*, pp.54-81. Moore n'utilise pas le terme « droit » pour les règles qu'elle identifie, mais nombreux sont ceux qui, comme les tenants du pluralisme juridique, l'ont interprétée en ce sens. Cf. J. Griffiths, « What is Legal Pluralism », 1986, *Journal of Legal Pluralism*, 1, p.39.

⁴⁰ Les tenants du pluralisme juridique forment un groupe hétérogène. Nombreux sont ses membres qui n'ont pas identifié le concept de droit auquel ils adhèrent. Cette affirmation se fonde sur la conception du droit exposée dans un article influent et largement cité sur le pluralisme juridique de John Griffiths. *Ibid.*

⁴¹ Tamanaha, *supra*, note 12, pp.205-207.

⁴² S.E. Merry, « Legal Pluralism », 1988, *Law & Society Review*, 22, pp.869-870.

⁴³ Cf. M. Feeley, « The Concept of Laws in Social Science: A Critique and Expanded View », 1976, *Law & Society Review*, 10, pp.497-498.

⁴⁴ M. Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society*, 1954, New York, Simon and Schuster, p.13.

⁴⁵ Hoebel, *supra*, note 8, p.28.

⁴⁶ Cf. Schur, *supra*, note 13, p.75. Schur reconnaît que « l'approche de Weber est clairement positiviste (sa définition n'est pas sans rappeler celle d'Austin), [sauf qu']il fait simplement référence à une direction spécialisée plutôt qu'à 'l'Etat' ou 'le souverain' ».

⁴⁷ A. Kronman, *Max Weber*, 1983, Stanford, Stanford University Press, pp.189-193.

⁴⁸ Hoebel, *supra*, note 8, p.22.

⁴⁹ P. Bohannon, « The Differing Realms of the Law », in P. Bohannon (éd.), *Law and Warfare*, 1967, Garden City, NY, Natural History Press, pp.43-47.

⁵⁰ Hart, *supra*, note 1, pp.89-96.

⁵¹ Cf. R. Abel, *supra*, note 9.

⁵² Cf. P.H. Gulliver, « Negotiations as a Mode of Dispute Settlement: Towards a General Model », 1973, *Law & Society Review*, 7, p.683.

⁵³ Cf. J. Gibbs, « Law as a Means of Social Control », in J. Gibbs, *Social Control: Views from the Social Sciences*, 1982, Beverly Hills, Calif., Sage Publications, p.95.

⁵⁴ Tamanaha, *supra*, note 12, p.201.

⁵⁵ S. Roberts, *Orders and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*, 1979, New York, St. Martin's Press, p.198.

⁵⁶ *Ibid.*, p.9.

⁵⁷ *Ibid.*, p.198.

⁵⁸ Un certain nombre d'anthropologues du droit se sont écarté de manière significative du modèle juridique étatique. Influencés par la théorie interactionnelle, (certains) partisans de ce qu'on appelle l'approche processuelle ont changé leur centre d'intérêt, passant des institutions de règlement des conflits (de la question de savoir comment la société réagit aux conflits) à l'examen du processus conflictuel lui-même, aux personnes en conflit et à leurs contraintes et motivations et donc à la question de savoir pourquoi les conflits éclatent. Cf. M. Krygier, « Anthropological Approaches », in E. Kamenka et A. Soon-Ay, *supra*, note 13, pp.46-47.

⁵⁹ R. Pound, *Social Control Through Law*, 1942, New Haven, Conn., Yale University Press, p.25.

⁶⁰ D. Black, « The Boundaries of Legal Sociology », 1972, *Yale Law Journal*, 81, p.1092.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² D. Black, *The Behavior of Law*, 1976, New Haven, Conn., Yale University Press, p.2.

⁶³ D. Black, « Social Control as a Dependent Variable », in D. Black (éd.), *Toward a General Theory of Social Control*, vol.1, 1984, p.2.

⁶⁴ P. Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, 1969, New York, Russell Sage Foundation, p.7; « The Sociology of Law », 1968, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 51.

⁶⁵ Cf. R. Cotterrell, *The Sociology of Law*, 1984, London, Butterworths, pp.45-46.

⁶⁶ *Ibid.*, p.41.

⁶⁷ Les principes de base de l'interprétativisme sont que la réalité sociale est largement construite sur des idées et des croyances et que celles-ci sont générées et partagées socialement par notre participation à des groupes ou à des communautés d'interprétation et à notre socialisation en leur sein. Cf. D. Hiley, J. Bohman et R. Shusterman (éds.), *The Interpretive Turn: Philosophy, Science, Culture*, 1991, Ithaca, NY, Cornell University Press. Pour un exemple d'interprétativisme appliqué à l'étude du droit, cf. B. Tamanaha, *Understanding Law in Micronesia: An Interpretive Approach to Transplanted Law*, 1993, Leiden, Brill Publishers.

⁶⁸ Hoebel, *supra*, note 8, p.23.

-
- ⁶⁹ *Ibid.*, p.5.
- ⁷⁰ Krygier, *supra*, note 58, p.40.
- ⁷¹ Hoebel, *supra*, note 8, pp.22-23.
- ⁷² R. Abel, « Les livres de droit et les livres sur le droit », 1976, *Stanford Law Review*, 26, p.189.
- ⁷³ M. King, « The Truth About Autopoiesis », 1993, *Journal of Law and Society*, 20, p.226.
- ⁷⁴ *Ibid.*, p.223 (les italiques dans le texte original).
- ⁷⁵ *Ibid.*
- ⁷⁶ Cf. Pospisil, *supra*, note 15, p.24.
- ⁷⁷ Cf. B. Malinowski, « A New Instrument for the Interpretation of Law-Especially Primitive », 1942, *Yale Law Journal*, 51, p.1237 (« Le sociologue et l'ethnographe doivent premièrement s'intéresser au fonctionnement du contrôle social, c'est-à-dire le maintien de l'ordre ») ; E. Ehrlich, « The Sociology of Law », 1922, *Harvard Law Review*, 36, p.130.
- ⁷⁸ B. Malinowski, « Introduction », in Hogbin, *Law and Order in Polynesia*, 1934, New York, Harcourt, Brace and Company, p.lxiii.
- ⁷⁹ Cf. B. Malinowski, *A Scientific Theory of Culture*, 1944, Chapel Hill, NC, The University of North Carolina Press. Pour une critique de la version du fonctionnalisme de Malinowski, cf. R.K. Merton, *Social Theory and Social Culture*, 1968, New York, Free Press, pp.84-86. Une critique influente du fonctionnalisme en général et de Malinowski en particulier est formulée par C. Hempel, « The Logic of Functional Analysis », in C. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation*, 1965, New York, Free Press, p.297.
- ⁸⁰ Cf. T. Parsons, « The Law and Social Control », in W. Evan (éd.), *The Sociology of Law*, 1980, New York, Free Press, p.60 ; N. Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, 1985, Boston, Routledge and Kegan Paul.
- ⁸¹ Cf. P. Wilkinson, « The Potential of Functionalism for the Sociological Analysis of Law », in A. Podgorecki et C. Whelan, *Sociological Approaches to Law*, 1981, New York, St. Martin's Press, p.67.
- ⁸² Hoebel a utilisé ce label pour décrire son propre travail. Cf. *supra*, note 8, p.5.
- ⁸³ Cf. F. Cohen, « Transcendental Nonsense and the Functional Method » et « The Problems of a Functional Jurisprudence », in F. Cohen, *supra*, note 29, pp.33-76 et 77-94.
- ⁸⁴ Pound, *supra*, note 36, vol.1, p.349.
- ⁸⁵ Holmes, « Path of the Law », 1897, *Harvard Law Review*, 10, p.461. Cohen, *supra*, note 29, pp.61-65.
- ⁸⁶ Llewellyn le formule de la façon suivante : « Ce que ces officiels (juges, chérifs, geôliers, juristes) font en matière de conflit est, à mon sens, le droit lui-même » ; cf. K Llewellyn, *The Bramble Bush: Some Lectures on Law and Its Study*, 1930, Chicago, University of Chicago Press.
- ⁸⁷ Merton, *supra*, note 79, pp.86-91.
- ⁸⁸ *Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged*, 1981.
- ⁸⁹ M. Janowitz, « The Intellectual History of 'Social Control' », in J.S. Roucek (éd.), *Social Control for the 1980s*, 1978, Westport, Conn., Greenwood Press, p.30.
- ⁹⁰ Cf. L. Nader et B. Yngvesson, « On Studying the Ethnography of Law and its Consequences », in J. Honingmann (éd.), *Handbook on Social and Cultural Anthropology*, 1973, Chicago, Rand McNally Company, pp.908-909; Feeley, *supra*, note 43, pp.503-508.
- ⁹¹ Cf. Krygier, *supra*, note 58, pp.38-39.
- ⁹² L. Coser, « The Notion of Control in Sociological Theory », in Gibbs (éd.), *supra*, note 53, p.14. Coser ajoute que les premiers sociologies ont appris que, parmi les multiples mécanismes du contrôle social, le droit « est un parmi plusieurs, et peut-être même pas le plus important » (*ibid.*).
- ⁹³ A. Horwitz, *The Logic of Social Control*, 1990, New York, Plenum Press, p.1.
- ⁹⁴ Janowitz, *supra*, note 89, p.20.
- ⁹⁵ *Ibid.*
- ⁹⁶ Black, *supra*, note 63, p.4.
- ⁹⁷ *Ibid.*, p.5.
- ⁹⁸ Cf. Coser, *supra*, note 92, pp.14-19.
- ⁹⁹ J. Roucek, « The Concept of Social Control in American Sociology », in Roucek (éd.), *supra*, note 89, pp.4-5.
- ¹⁰⁰ *Ibid.*, p.12.
- ¹⁰¹ *Ibid.*, pp.12-13.
- ¹⁰² Cf. Horwitz, *supra*, note 93, pp.4-5.
- ¹⁰³ Roucek, *supra*, note 99, p.12.
- ¹⁰⁴ Cf. Ehrlich, *supra*, note 16, p.78 (« Les normes sociales configurent et façonnent l'individualité de l'homme ») ; Schapera, *supra*, note 31, pp.142-143.
- ¹⁰⁵ *Ibid.*, p.143.
- ¹⁰⁶ A. Hunt, « Dichotomy and Contradiction in the Sociology of Law », in A. Hunt, *Explorations in Law and Society*, 1993, New York, Routledge and Kegan Paul, pp.58-89. Hunt soutient que cette dichotomie existe à

l'intérieur de la conception du droit de chaque théoricien. J'ai montré qu'elle existe également au niveau le plus général, dans toutes les conceptions du droit.

¹⁰⁷ Luhmann, *supra*, note 80, p.82 (italiques dans l'original).

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.78.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p.83.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.81.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, p.83.

¹¹³ Cette séquence d'action en trois phases est similaire à celle qu'observe l'École processuelle, ainsi que cela ressort des quatre étapes de la dramaturgie sociale de Victor Turner. V. Turner, *Dramas, Fields and Metaphors: Symbolic Action in Human Society*, 1974, Ithaca, Cornell University Press, pp.37-41.

¹¹⁴ Une institution consiste elle-même dans le comportement normé de ceux dont le complexe d'actions fait l'institution. On entend toutefois ici l'influence de la mise en œuvre institutionnelle sur la production d'un comportement obéissant dans la société entendue au sens large.

¹¹⁵ Les règles sociales vécues sont aussi du « droit », selon la première catégorie. Toutefois, pour éviter la confusion qui vient de ce que les deux catégories revendiquent le label de « droit », je vais à présent renvoyer à la première catégorie les règles en tant que règles sociales et à la seconde catégorie les règles en tant que règles juridiques. J'adopte cette terminologie parce que c'est celle qui correspond le plus étroitement à l'entendement des lecteurs, non parce que je voudrais dénier le droit de la première catégorie de revendiquer le label de « droit », bien que cela révèle la facilité avec laquelle la confusion surgit du fait de l'usage fait par la première catégorie du terme de droit.

¹¹⁶ Ehrlich, *supra*, note 16, pp.121-136.

¹¹⁷ Cf. K. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, 1962, Chicago, University of Chicago Press, pp.401-402. (« ce qu'on appelle le respect du droit exige, pour être effectif de manière générale, que les façons de faire populaires qui sont conformes aux intentions du droit en cause se soient développées préalablement. L'état présent des choses peut plus ou moins garantir que les gens apprendront et suivront les façons de faire populaires, non le droit »).

¹¹⁸ Cf. A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974, Charlottesville, University Press of Virginia.

¹¹⁹ S. Macauley, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », 1963, *American Sociological Review*, 28.

¹²⁰ On trouve l'exemple le plus frappant de cet échec dans le mouvement « droit et développement », qui incitait à utiliser le droit comme moyen de modification des relations sociales et comme chemin vers le développement dans les pays en voie de développement. Cf. D. Trubek et M. Galanter, « Scholars in Self-Estrangement : Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States », 1974, *Wisconsin Law Review*.

¹²¹ Cohen, *supra*, note 29, p.87.

¹²² Llewellyn, *supra*, note 117, p.401.

¹²³ Cohen, *supra*, note 29, p.87. Pour un développement de ce point évident, cf. R. Seidman, « The Communication of Law and the Process of Development », 1972, *Wisconsin Law Review*. Il faut insister sur le fait que cette ignorance ne se limite pas aux profanes. En mon ancienne qualité de substitut, puis procureur, je n'ai que rarement su d'avance quel était le droit applicable dans un cas donné. J'avais au mieux une idée générale sur les règles pouvant être appliquées et je savais où chercher pour trouver le droit applicable.

¹²⁴ Ehrlich, *supra*, note 16, p.21. K. Llewellyn, *supra*, note 117, p.401 (« Rarement, très rarement, nous contrôlons notre conduite, nous adoptons une conduite ou nous modifions une conduite en ayant l'œil rivé sur le droit »).

¹²⁵ Roberts, *supra*, note 55, p.43.

¹²⁶ 478 US 186 (1986).

¹²⁷ A leur décharge, il faut reconnaître qu'ils définissaient le « droit » et les institutions juridiques non étatiques. Dans ce cas-là, il y a une connexion interne entre les normes sociales et les normes juridiques ou, du moins, la relation est plus accentuée qu'avec le droit étatique. Le problème d'une telle réponse, toutefois, c'est tout d'abord que, si effectivement des différences existent, elles doivent être établies empiriquement ; et qu'ensuite, elles ne peuvent être établies empiriquement à moins d'être tenues préalablement pour distinctes.

¹²⁸ Réagissant à un brouillon de cet article, Gordon Woodman a suggéré que cette union pouvait servir de définition scientifique du droit adéquate. Lettre du 19 août 1994. Un rapprochement similaire a parfois été proposé par des théoriciens du droit. Joseph Raz estime ainsi que Hans Kelsen a requis, pour qu'une norme juridique étatique soit valide, un certain degré d'efficacité (c'est-à-dire, que le comportement aie à réellement s'y conformer). J. Raz, *The Authority of Law*, 1979, New York, Oxford University Press, pp.85-90.

¹²⁹ Il ne faut pas confondre ces observations avec la thèse de Donald Black, selon laquelle le droit est inversement proportionnel aux autres moyens de contrôle social. Il est par exemple facile d'imaginer qu'une

société avec un degré élevé de contrôle social puisse également avoir un leader ambitieux et musclé qui étende le pouvoir et l'activité des institutions juridiques dans sa quête personnelle de pouvoir au nom de la société. Dans ce cas, on retrouverait un degré élevé de la première catégorie sans réduction proportionnelle de la seconde. Il n'y a pas de limite à la quantité totale de contrôle social coercitif et non coercitif dans une société donnée.

¹³⁰ Hunt, *supra*, note 106, pp.12-13 (citations omises).

¹³¹ *Ibid.*, p.327.

¹³² Oliver Wendell Holmes ajoute un élément quand il remarque que la théorie du « commandement » d'Austin est inadéquate, parce qu'elle échoue à reconnaître que les règles de droit privé « créent des options » plutôt qu'elles n'imposent des commandements. Cf. T. Grey, « Holmes et le pragmatisme juridique », 1989, *Stanford Law Review*, 41.

¹³³ Dans son livre récent, Richard Posner a soulevé un ensemble de questions similaires : « Je ne suis pas si sûr que le droit ait une fonction expressive –c'est-à-dire une fonction de création ou de renforcement d'un ensemble de normes sociales ou d'une idéologie. L'idée que le droit affecte le comportement, et pas seulement directement, en modifiant les attitudes et, par leur intermédiaire, le comportement, est une conviction fondamentale de la plupart des professionnels du droit, particulièrement les juges et les professeurs, Mais sans surprise, étant donné le manque de curiosité scientifique de la pensée juridique, la profession juridique n'a pour l'essentiel jamais participé à la conduite des études conçues pour confirmer ou réfuter l'existence de pareilles conséquences, pas plus qu'elle ne leur a prêté la moindre attention (même pour les critiquer).

¹³⁴ Schur, *supra*, note 13, p.84.

¹³⁵ Cette affirmation ne nie pas que l'idéal du droit dans une communauté donnée peut effectivement avoir une nature essentielle pouvant être identifiée analytiquement. *The Morality of Law* (1964, New Haven, Conn., Yale University Press) de Lon Fuller est une tentative de spécification des éléments essentiels du droit. C'est toutefois la nature de l'idéal du droit tel qu'il existe à l'intérieur de la tradition libérale occidentale de l'Etat de droit. Si, dans un futur lointain, cette tradition s'impose de par le monde, il y aura alors une version culturelle (mondiale) du droit et sa nature essentielle correspondra largement à la description de Fuller.