

**VERS UN DÉPASSEMENT DE LA FRONTIÈRE
SUR L'OBJET « DROIT » ENTRE LE JURISTE
ET LE SOCIOLOGUE**

PAR

Edwige RUDE-ANTOINE

Je propose dans le présent article une interrogation sur les relations qu'entretiennent entre elles les disciplines du droit et de la sociologie. La question au centre de cette réflexion ne concerne pas seulement la ligne de partage ou les interactions entre ces deux disciplines, mais aussi un questionnement plus vaste sur la sociologie du droit comme science.

Certes, le passage entre les disciplines dans les sciences modernes n'est pas nouveau. Il a été au centre de nombreux échanges scientifiques dans les années 1960-1970, une période où l'université était florissante, la science en pleine expansion, et où un bouillonnement intellectuel pouvait jaillir de cette confrontation entre les champs disciplinaires.

Mais aujourd'hui, même s'il existe de nombreux chercheurs qui travaillent sur un même objet, en essayant de multiplier les approches à partir d'horizons disciplinaires divers, il n'en faut pas beaucoup pour que ce « métissage » soit présenté comme une sorte d'effet de mode.

Une dérive irrationnelle menacerait ces pratiques. À lire et à entendre quelques idées dans certaines sphères peu éloignées des nôtres, il semblerait que les sciences soient aujourd'hui si incertaines d'elles-mêmes, qu'elles ressentent la nécessité de redéfinir leurs frontières. Les congrès, les colloques sont marqués par un esprit de corps, par un souci de spécialisation qui ne permet plus au jeune chercheur de vagabonder à travers diverses constructions disciplinaires, de conduire une réflexion aux plans paradigmatiques les plus généraux avant d'effectuer le choix d'un savoir correspondant aux problèmes qu'il se pose. Les revues scientifiques sont, elles-mêmes, gouvernées par des comités de lecture qui se réfèrent à certaines règles de pensée et d'écriture, ayant ainsi un pouvoir décisif sur la trajectoire du chercheur. Les disciplines auraient-elles perdu leur autorité épistémique, expliquant ainsi cette séparation intellectuelle et professionnelle, favorisée par les institutions ?

Face à cela, je voudrais que cet article retrace mon cheminement de chercheuse qui n'a cessé au cours des vingt dernières années de travail et de remises en question de s'interroger sur l'articulation des savoirs entre le droit et la sociologie et qui a constaté, à regret, le durcissement des clivages disciplinaires. Comme Einstein le disait, le chercheur doit être ouvert au jeu des possibles. Mais comment ?

Je voudrais définir précisément ce que j'entends par les concepts même de pluridisciplinarité, d'interdisciplinarité, voire de transdisciplinarité. Eu égard à la science du droit et en vue d'une réflexion sur la question des relations entre disciplines, le choix de la posture que le chercheur opère à travers ces agencements possibles, constitue une identité scientifique et intellectuelle. Ces concepts ayant suscité des débats et des points de vue divergents¹, il m'a semblé souhaitable de les clarifier pour mieux mesurer les limites de ces différentes approches.

1. Les développements de l'intérêt que ces termes suscitent sont nombreux. En 1990, le Comité national du Centre national de la recherche scientifique (CNRS) fut convoqué en séance plénière pour débattre de l'interdisciplinarité. Au terme de la session, Jean-François Bach, chargé de la synthèse du colloque, se dit rassuré par le contenu des débats et convaincu que le CNRS était idéalement placé pour affronter le défi de l'interdisciplinarité à la condition, évidemment qu'il s'en forge la vocation. Un numéro des Sciences de l'homme et de la société a également été consacré à ce thème : cf. Le point sur l'interdisciplinarité, *Lettre du département* 55, Septembre 1999.

En partant de l'idée que la science est une forme de création et qu'un débat contradictoire est nécessaire, se dessine un autre chemin, celui de rompre avec un idéal platonicien sans pour autant renoncer à toute conceptualisation théorique précise. Il s'agit de s'éloigner de cette croyance que la science serait seulement une activité de reproduction de calculs, d'expérience et de preuves. Sur sa route, le chercheur peut mesurer la faille d'une approche positiviste qui mettrait l'accent sur le légalisme ou sur l'uniforme. Il peut constater qu'il existe une véritable fécondité dans l'échange entre les champs disciplinaires qui l'oblige à se poser un certain nombre d'interrogations qu'il ne se serait pas posées autrement. Pour aborder la complexité du monde qui échappe souvent à la pensée moderne, il faut donc aller prudemment et rigoureusement pour comprendre, faire science et construire une raison renouvelée dont nous avons le plus grand besoin.

I. UN ITINÉRAIRE DE RECHERCHE

1. Les mots et le choix d'une posture

Pour définir ces trois concepts, je reprendrai les définitions de François Ost et de Michel Van de Kerkove (1987 : 183 sq ; 1991 : 77), citées par Denis de Béchillon (1994 : 2-3).

La pluridisciplinarité, tout d'abord, est le fait que chaque discipline porte un regard, l'une après l'autre sur un même objet. Il n'y a pas d'articulation mais seulement une addition pure et simple des différentes analyses. Ainsi le sociologue, puis le juriste se penchent sur une problématique avec un savoir-faire spécifique à leur discipline. Chaque discours conserve sa propre texture. Cette multiplicité des angles de vue est enrichissante sur le plan des informations et pertinente dans les procédures d'acquisition, d'évaluation et de transmission de la connaissance. Mais produit-elle véritablement sur le plan épistémologique le discours renouvelé et autonome que l'on peut attendre du travail de recherche ? En voulant instituer une praxis propre à chaque discipline, ne tendons-nous pas en même temps à l'isoler des autres ? En tenant un discours normatif, par exemple, sur la méthode juridique ou bien sociologique, n'avons-nous pas tendance à faire comme si

la science juridique ou la sociologie existait l'une indépendamment de l'autre, voire comme si la science juridique et la sociologie, au prix d'une institutionnalisation des disciplines, qui est peut-être moins heuristique qu'elle n'y paraît, avaient une réalité et n'étaient pas deux entités fictives, construites historiquement (et donc selon la formule de Michel Foucault², susceptibles d'être politiquement détruites) ?

L'interdisciplinarité ensuite, souvent tenue pour synonyme, renvoie à une posture autre. Dans ce cas, « la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence, qui développe des problématiques et des hypothèses qui recourent partiellement celle qu'élabore de son côté l'autre discipline. Il s'agit cette fois d'une articulation de savoirs, qui entraînent par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence. C'est ainsi que la dogmatique juridique est susceptible de fournir une définition en extension de l'objet « droit », que d'autres disciplines, comme la sociologie, sont parfaitement susceptibles à la fois d'interroger de manière critique et d'éclairer en compréhension à partir d'hypothèses explicatives qui leur sont propres » (Ost & Van de Kerchove, 1991 : 77). L'interdisciplinarité traduit ainsi un conflit entre deux exigences ressenties comme contradictoires et d'inégale influence : d'une part, l'exigence de spécialisation au risque de l'enfermement dans des champs de recherche consacrés et de l'installation dans une certaine routine, et d'autre part, l'exigence d'ouverture des frontières disciplinaires et de la circulation des concepts et des méthodes, au risque cette fois de la dilution des savoirs. Mais alors, une question se pose : pour le juriste, cette confrontation de sa propre lecture avec le discours sociologique ne l'amène-t-elle pas à moduler ou à transformer par voie de conséquence sa définition théorique de l'objet « droit », soit en l'élargissant, soit en ayant un regard critique sur les raisons, qui lui faisaient concevoir d'autres modes de régulation du social comme non juridiques ?

Enfin, la transdisciplinarité consiste en une posture selon laquelle le chercheur « tente d'abandonner les points de

2. Foucault (1966 : 139) : « On veut faire des histoires de la biologie au dix-huitième siècle ; mais on ne se rend pas compte que la biologie n'existait pas et que la découpe du savoir, qui nous est familière depuis plus de cent cinquante ans, ne peut pas valoir pour une période antérieure ».

vue particuliers de chaque discipline pour produire un savoir autonome d'où résultent de nouveaux objets et de nouvelles méthodes. Il s'agit, cette fois, d'une intégration des disciplines. En termes de « jeux de langage », est visée ici la construction d'une langue nouvelle et commune, une sorte « d'espéranto d'utopie scientifique » (*Ibid.* : 78).

Si l'idée « trans » qui implique d'aller chercher en dehors des clivages disciplinaires de nouveaux objets et de nouvelles méthodes peut paraître séduisante, il n'est pas possible de nier qu'elle n'est pas sans animer, chez le chercheur, une certaine défiance intellectuelle dans le fait même qu'elle peut apparaître illusoire. Ceci explique qu'en tant que chercheuse, le choix de ma posture a été avant tout interdisciplinaire. Celle-ci s'est imposée suite à plusieurs travaux de recherche dont la problématique était centrée autour des questions de « la pluralité normative contemporaine dans le domaine du droit des personnes et de la famille et de la cohabitation juridique de droits appartenant à des formations géo-culturelles et politiques divergentes » (Rude-Antoine, 1989 ; 1990 ; 1992 : 111-129).

Par leur orientation à la fois théorique et empirique, ces recherches m'ont permis d'analyser des formes juridiques très dissemblables, de mettre en évidence des oppositions et des contradictions, mais aussi de rechercher des parentés et des rapprochements, entre différentes rationalités juridiques, notamment entre des ordres juridiques européens, sécularisés, libéraux où prédominent la rationalité économique et des ordres juridiques musulmans croyant en la vérité révélée et reposant sur une rationalité imprégnée de religieux.

De ce travail de recherche, a résulté un questionnement au plan des concepts et des modèles théoriques eux-mêmes. Mais surtout, j'ai été amenée à dépasser les querelles de frontières entre la dogmatique juridique et la sociologie, à prendre position par rapport à une définition de l'objet « droit » et à mieux situer l'influence des divers courants de pensée théorique.

Je retracerai, de manière synthétique, toutes les étapes de mon cheminement. Je montrerai comment la sociologie du droit de Max Weber, sur le plan théorique, qui propose une analyse moins holiste du social et ne met pas le système juridique en position de supériorité, a nourri ma réflexion.

2. Une réflexion théorique autour de l'objet « droit » des juristes

Il existe, en effet, de multiples interrogations théoriques et épistémologiques, sur la manière dont l'objet « droit » doit être appréhendé. Il n'y a pas de consensus sur le statut ontologique du droit, mais de vigoureuses controverses. Sans reprendre ici toutes les théories, qui sont proposées pour aborder objectivement ce qui constitue cet objet « droit » des juristes (Arnaud & Farinas Dulce, 1998 : 147 sq.), il me semble nécessaire de montrer en quoi certaines d'entre elles, étudiées au cours de mes études universitaires, ont pu influencer ma pratique de recherche.

Au stade de la réflexion, il est permis de penser que le fait d'avoir une double formation, celle de juriste et de sociologue, aurait pu me conduire dans un premier temps à opérer une frontière sur l'implication du juriste et sur celle du sociologue dans le processus de création juridique (Carbonnier, 1978 : 22 et s. ; 2004 : 14 et s.).

D'un côté, le juriste dogmatique, qui regarde le système juridique de l'intérieur, pouvant « légitimement prétendre agir sur lui car il en fait partie, puisqu'il est un élément composant de la doctrine, puisqu'il est lui-même autorité dans le droit, s'il n'est pas tout à fait source de droit », et de l'autre côté, le sociologue qui observe le système de l'extérieur, « ce système fut-il le sien, ne pouvant pas ainsi influencer son fonctionnement » (1978, *Ibid.* : 22-23 ; 2004, *Ibid.* : 17).

Il n'en a rien été. À partir du postulat que les meilleurs résultats de recherche viennent de la combinaison de plusieurs champs disciplinaires, mes observations et mes analyses ont été sans cesse enrichies par un va-et-vient permanent, entre la dogmatique juridique et la sociologie.

J'ai considéré assez rapidement, du fait de l'objet de mes recherches, que les théories classiques, qui, pour définir le concept « droit », attribuent une place prépondérante à la sanction étatique et identifient le droit et l'État, étaient trop restrictives et qu'une telle orientation aurait été une attitude caractéristique d'un ethnocentrisme juridique occidental, laissant de côté des sociétés dites « sans État » (Rouland, 1988 : 13 et s.).

Dans ce sens-là, j'ai porté un intérêt tout particulier aux théories qui rejettent l'idée que l'État seul peut créer le droit et qui veulent sortir celui-ci de l'exégèse du Code civil en forgeant de nouveaux instruments qui puissent répondre aux nouveaux rapports entre l'État et la société civile. Ainsi, il en a été des constructions doctrinales du droit, comme celles de François Geny (1924), créateur de la méthode « *scientifique d'étude du droit* », de Raymond Saleilles (1910) et de sa *doctrine de la réalité juridique*, de Léon Duguit (1927) avec son *objectivisme* et de la *théorie de l'institution* de Maurice Hauriou³, des théories définissant le droit positif comme une science sociale, qui consiste à « adapter le droit à la vie sociale par l'établissement de constructions juridiques qui sont la mise en forme positive d'idées rationnelles tirées du point de vue du social » (Saleilles, 1911, LXI : 20).

Parallèlement, j'ai procédé à une lecture des travaux de nombreux sociologues qui se sont élevés contre la conception du droit telle que définit par les juristes, dogmatiques et étatistes.

Je fais référence ici à Eugen Ehrlich, qui a remis en cause le fondement même du droit positif, marquant une opposition entre le droit dont le fondement doit être recherché dans « les faits de droits sociaux », qui sont au nombre de quatre : l'usage, la domination, la possession et la déclaration de volonté, et le droit qui n'est que « l'organisation de la contrainte par un groupe social sous l'autorité de l'État, qui est lui-même une émanation de la société » (Arnaud, 1981 : 99). Adhérent à la pensée de l'École historique allemande et s'appuyant sur la position de Savigny sur la suprématie de la coutume, Eugen Ehrlich a développé la notion de « droit vivant » qui sera reprise par d'autres.

Ce sociologue et juriste de formation est, en effet, considéré comme un des fondateurs de l'*America Sociological Jurisprudence*, et comme un des précurseurs de l'*école réaliste*. Ce courant de pensée renvoie principalement aux travaux d'Holmes, juge à la Cour suprême aux États-Unis d'Amérique, qui rompt avec un positivisme juridique, par nature, en définissant le droit comme « l'ensemble des prévisions de ce que décideront en fait les tribunaux » (*Ibid.* :

3. « Ce sont les institutions qui font la règle de droit, ce ne sont pas les règles qui font les institutions », Hauriou (1986 : 128). V. également sur sa théorie de l'institution, Hauriou, 1929.

100). Pour Holmes, le droit est à rechercher, non pas dans les jugements, mais dans les juges eux-mêmes. Dans ce mouvement du réalisme américain, s'appuyant sur l'idée de « Droit vivant » développée par Eugen Ehrlich, Karl L. Llewellyn distingue la norme et les faits dont relèvent les *folkways*, les modes de vie en groupe, et les *real rules*, la pratique juridique. Roscoe Pound et Benjamin Cardozo s'inscrivent dans cette lignée des réalistes, en considérant que le juge a un rôle essentiel dans la protection des intérêts sociaux dont le droit apparaît comme l'instrument de développement (Pound, 1911 : 591 sq ; 1921 ; 1958. Cardozo, 1921 ; 1947 ; 1928).

En complément de la réflexion initiée, j'ai porté un intérêt aux écrits sur le droit social de Georges Gurvitch, et sur sa définition plus large du phénomène « droit » : « le droit en tant que fait social, écrit-il, représente un essai de réaliser, dans un cadre social donné, la justice (c'est-à-dire une réconciliation préalable et essentiellement variable des œuvres de civilisation en contradiction), par l'imposition d'enchaînements multilatéraux entre prétentions et devoirs, dont la validité dérive des faits normatifs qui portent en eux la garantie et l'efficacité des conduites correspondantes » (Gurvitch, 1960 : 189). Ce passionné de philosophie a sans doute emprunté à Ehrlich sa distinction entre les lois écrites et le droit vivant, et l'idée que le droit doit être recherché au cœur de la vie sociale. Il se rapproche de son maître Léon Petrazycki, en reprenant la doctrine des faits normatifs, la conception pluraliste des sources du droit et le caractère impératif-attributif de la règle juridique (Gurvitch, 1931, 1938).

J'ai alors constaté que la majorité des sociologues européens posent une définition extensive de la notion de « Droit », et s'éloignent de la conception des sociologues anglo-saxons qui restreignent le droit au contrôle social des autorités étatiques. Il suffit de lire les travaux de Davis (1961) et de reprendre la définition de « law » dans *Dictionary of Sociology* pour s'en convaincre : « La volonté exprimée de l'État, un ordre ou une interdiction émanant des agents autorisés de l'État (gouvernement) et renforcés par l'autorité et la capacité de coercition qui sont caractéristiques de l'État. Le droit est l'une des formes les plus explicites et concrètes de contrôle social, mais en aucun cas la seule ou la plus influente. Le droit évolue en corrélation avec le développement de l'État » (Fairchild, 1959).

De même, les travaux des historiens du droit ont constitué un apport essentiel à ma réflexion intellectuelle. Il en est ainsi des travaux d'Henri Lévy-Bruhl, plus particulièrement de sa science du droit qu'il nomme « *juristique* », dont l'objet est « l'étude des faits juridiques considérés en eux-mêmes et sans préoccupation pratique ». Il propose de s'intéresser aux institutions dans leurs approches juridique, historique, comparative et sociologique (Arnaud, 1981, *op. cit.* : 151). Il ne voit d'ailleurs pas « ce qui empêcherait le juriste d'étudier les phénomènes juridiques suivant une méthode rigoureuse en considérant les normes comme des faits sociaux d'une nature particulière sans doute, mais soumises aux mêmes variations que les autres faits sociaux » (Lévy-Bruhl, 1958). Il précise, par ailleurs, que le droit est un ensemble de règles obligatoires, se modifiant sans cesse et imposées par un groupe social (Lévy-Bruhl, 1955). Il a ainsi une vision pluraliste du droit et pose comme postulat que le droit est une création continue. Il affirme en effet que dès le lendemain de sa publication, le texte de loi est dépassé. Pour Henri Lévy-Bruhl, l'État n'est pas le seul groupement social d'où émanent les règles juridiques.

Ainsi, dans le cadre de mes activités de recherche, j'ai dû choisir entre ces thèses esquissées, entre une approche restrictive ou une approche élargie. Plusieurs questions se sont posées : la sociologie perdrait-elle de son enrichissement en laissant de côté le droit dans son sens le plus strict ? Le juriste aurait-il un intérêt à traiter les normes en général sans tenir compte de ce qu'il en est de leur spécificité ?

J'ai très vite constaté, lors de mes premiers travaux de recherche et de ma thèse de doctorat en droit *La formation du mariage des Maghrébins en France. Étude de sociologie juridique et de conflits de lois* (Rude-Antoine, 1989, *op. cit.*), qu'un travail de compilation était insuffisant et qu'il était nécessaire de faire une analyse visant à comprendre ce que traduisent les codifications. Comment dans les trois pays du Maghreb, le législateur a-t-il pu évaluer ses possibilités d'action, sa marge de manœuvre ? Pourquoi celui-ci a-t-il puisé certaines règles dans le droit musulman classique ? Ou pourquoi a-t-il opté pour le silence lorsque les interprétations de la réalité sociale ne s'accommodaient pas avec les exigences religieuses ? Comment le législateur a-t-il pris en compte les revendications de ceux qui voyaient les codifications et leur réforme comme une violation de la Shari'a, s'inspirant du droit européen ?

En effet, il ne peut être nié que la seule lecture des codifications de statut personnel, à l'intérieur des systèmes juridiques algérien, marocain ou tunisien, aurait limité l'investigation sur le droit. Il s'agissait de rompre avec l'idée que le droit est « dans son ensemble un tout logique et harmonieux » (Valeur, 1928 : 14), de ne pas laisser entière la question de la manière dont le juriste « construit » la positivité du droit : comment sélectionnait-il les règles à étudier ? Comment les interprétait-il ? Existait-il une dimension plus ou moins conflictuelle du secteur étudié ?

En ce sens, la définition d'André-Jean Arnaud, selon laquelle « le droit doit être considéré comme étant à la fois un ensemble systématique de règles normatives, un discours idéologisé, un système d'interactions juridique d'un type particulier » et selon lequel il est « objet d'étude au titre aussi bien de la réalité, de l'expérience et de l'imaginaire », qu'il est « un sujet d'analyse autant dans une perspective statique qu'en fonction des relations qui peuvent y être observées et de sa dynamique propre, sa genèse et ses transformations » peut être un appui théorique. Il s'agit de faire une sociologie *sur* le droit et non une sociologie *dans* le droit qui serait au seul service de la discipline du droit (Commaille, 1982). Il s'agit aussi d'aller vers une approche qui considère le droit comme un produit de la société et qui en retour peut avoir une influence sur elle.

Ainsi, le sociologue, qui se placerait comme simple observateur extérieur, serait condamné à ne saisir que « certains phénomènes parallèles au droit » (Kelsen, 1953 : 83), et perdrait toute une dimension de l'objet étudié.

Le droit des juristes constitue, en effet, un type de normes distinct des autres, une catégorie spécifique de phénomènes socioculturels qui donnent lieu à de nombreux questionnements à dimension sociale, et qui justifient de faire appel à une sociologie particulière.

II. DES PROPOSITIONS SUR LA SOCIOLOGIE DU DROIT COMME SCIENCE

1. Quelques points de vue théoriques

Je ne vais pas ici faire un répertoire de tous les auteurs contemporains qui ont posé un certain nombre d'interrogations sur une sociologie du droit comme science et sur ses limites. Je citerai seulement quelques-uns d'entre eux. Pour autant, je n'en ignorerai pas les autres.

Pour commencer, je m'arrêterai sur toute la littérature de Jean Carbonnier et parmi elle, ses textes « Pour une sociologie du droit sans rigueur », parue sous le titre *Flexible Droit* (Carbonnier, 4^e éd. 1979 ; 10^e éd. 2001), qui remettent en cause l'époque exégétique et montrent l'apport de la sociologie juridique comme méthode de documentation précieuse sur les causes et les conséquences de chaque règle de droit. Sans prétendre résumer ici l'ensemble de ces travaux, il semble nécessaire d'insister sur le fait que les préoccupations de Jean Carbonnier, à savoir sa définition de la sociologie juridique, ses hypothèses de réflexion et son ouverture vers la constitution d'une sociologie du droit autonome ne peuvent être éludées par le chercheur.

Dans son livre intitulé : *Sociologie juridique*, Jean Carbonnier définit la sociologie juridique comme « une branche de sociologie générale, qui a pour objet une variété de phénomènes sociaux : les phénomènes juridiques ou phénomènes de droit. Pour lui, le mot « phénomène » est capital : il marque d'emblée l'intention de s'en tenir aux apparences, de renoncer à atteindre les essences » (Carbonnier, 1978, *op.cit.* : 15-16 ; 2004, *op.cit.* : 13). Se situant dans la lignée d'Émile Durkheim, avec sa conception large de la sociologie juridique, Jean Carbonnier écrit : « La sociologie juridique a surtout étudié la règle de droit ; qu'elle étudie aussi le jugement (...) qu'elle étudie le non-droit, tous les phénomènes d'absence de droit » (1979, *op. cit.* : 335-336). Il définit le pluralisme juridique, en ceci « qu'un groupement particulier pratique un droit, différent du droit étatique » (1978, *op. cit.* : 210 ; 2004, *op.cit.* : 358), et retient le qualificatif « d'infra-juridique » pour l'ensemble des règles qui ne sont pas prises en considération par le système juridique total et ne sont pas intégrées à lui. Pour Jean

Carbonnier, le pluralisme juridique se situe au niveau de la jurisprudence : « Si le juge crée du droit, écrit-il, la multiplicité des juges au sein d'un système est propre à engendrer des phénomènes de pluralisme juridique » (1978, *Ibid.* : 215 ; 2004, *Ibid.* : 361). Quant à la sociologie juridique, s'il la reconnaît comme une discipline à part entière, il en limite son objet et ses méthodes. Concernant son objet, il écrit : « les deux sciences ont le même objet mais vu sous des angles différents (...) Ce qui est appelé « droit » en droit dogmatique sera appelé « phénomène juridique » en sociologie du droit » (1978, *Ibid.* : 156 ; 2004, *Ibid.* : 13). S'agissant de la méthode, il démontre les vertus des sources statistiques et les bienfaits de l'enquête par sondage. Toutefois, il souligne d'entrée de jeu la non-originalité de la sociologie juridique et l'appel aux méthodes de la sociologie générale qui devront être adaptées à l'objet particulier traité (1978, *Ibid.* : 247 et s. ; 2004, *Ibid.* : 153 et s.). Il préconise alors que les recherches contribuent essentiellement à la préparation de projets de lois et soient un moyen d'étudier les phénomènes d'effectivité et d'ineffectivité de la règle de droit.

Dans le sillage de Jean Carbonnier, François Terré a réalisé des recherches empiriques sur des thèmes de sociologie juridique que l'on pourrait dire « spéciale » comme les personnes, les biens, les contrats, les régimes matrimoniaux, les successions, la responsabilité civile. Il reprend l'idée que la sociologie juridique n'est qu'une branche de la sociologie générale. Pour ce théoricien du droit, « le droit (...) tend à remplir un rôle de *social engineering* » (Terré & Sayag, 1975 : 467).

D'autres auteurs ont traité cette question. Jean Van Houtte, pour sa part, regarde la sociologie du droit comme une science positive et pose les limites de son objet « *ab ovo* » pour être étudié à partir d'un point de vue scientifique qui emploie des catégories spécifiques et pour ainsi dire une logique autonome » (Van Houtte, 1986 : 177). Il propose « d'éliminer tous les aspects de la réalité qui ne se prêtent pas à l'analyse empirique » (*Ibid.* : 176-177). Pour Jean Van Houtte, tout sociologue est influencé consciemment ou inconsciemment par une philosophie qui sera à l'œuvre dans le choix et l'interprétation des faits⁴. Dans la sociologie empirique, le chercheur doit « s'attacher à ras-

4. Jean Van Houtte se réfère là aux écrits d'Alphone De Waelhens (1958 : 233-234) : Van Houtte, 1986 : 178.

sembler des éléments de connaissance objective basés sur l'expérience (...). Le sociologue empirique, écrit-il, peut aller la main dans la main avec un certain idéalisme, c'est-à-dire qu'on se battra pour des idéaux éthiques, même à l'encontre des faits ». Il s'oppose ainsi à une sociologie positiviste qui « présuppose une attitude philosophique qui accepte pour vrai ce qui peut être vérifié par les sens et exprimé dans une logique consistante » ; il lui reproche de « s'ériger elle-même en théorie scientifique du monde et de rejeter totalement d'autres visions » (*Ibid.* : 178).

André-Jean Arnaud se positionne aussi contre cette dichotomie entre science juridique et pratique. Il étend la sociologie du droit à une sociologie des matières juridiques qu'il situe au cœur de la raison juridique. Il résume l'approche critique de la sociologie en ces termes : « Bien qu'elle ait pour charge de montrer des lieux et les temps des heurts des systèmes juridiques, elle n'est au service de personne. (...) Elle est hors de tout pouvoir et ne peut prétendre elle-même gouverner. Elle est science. Elle détient une méthode pour le redressement permanent de la ligne de conduite d'une société ayant encore besoin d'impératifs. (...) Elle assure un perpétuel va-et-vient entre une raison et une expérience également inépuisable. Elle est dialectique d'intégration de la pratique sociale — plus précisément de trois sortes de pratique sociale, la lutte des classes, la lutte pour la production, l'expérimentation scientifique ; elle est polémique permanente de la raison contre les idéologies et contre elle-même dans son inertie, ses pétrifications ou ses réinscriptions dans des discours étrangers à sa nature » (Arnaud, 1981, *op. cit.* : 436).

Jean-François Perrin de son côté se réfère à une sociologie du droit qui prendrait ses distances vis-à-vis de toute approche idéologique du droit. Il insiste sur le fait qu'il ne peut y avoir à la fois une démarche mêlant l'engagement et le scientifique (Perrin, 1982 : 56).

Je citerai encore Lawrence M. Friedman qui reconnaît la sociologie du droit comme une science sociale faisant partie de la sociologie et la regroupe autour de deux idées. D'abord, il rappelle que les systèmes juridiques sont des objets fabriqués, des créations sociales ; ensuite que le droit varie dans le temps et dans l'espace selon les conditions culturelles où il se trouve immergé. Ensuite de là, il rejette

l'idée qu'il y ait « une science sociale du droit générale et universelle » (...) « une macrosociologie du droit, une tentative de grande théorie qui essaie de prendre chaque petit morceau de matière juridique dans son filet ». Lawrence M. Friedman propose « l'étude isolément de certaines parties du système juridique, de communautés, de certains groupes de communautés, aussi longtemps que l'objet de l'étude est délimité et défini en termes de temps et d'espace » (Friedman, 1986 : 91 et s.). Pour lui, la sociologie du droit doit poser trois questions : primo, d'où vient le droit : Quelles sont les forces sociales qui produisent ou influencent le système juridique ? Comment le changement social induit-il le changement juridique ? Quel est le processus qui mène à la formation de nouvelles demandes faites au système juridique ? Secondo, quelle est la manière d'opérer du système juridique lui-même, son fonctionnement interne, ce qu'il nomme « le processus de transformation ? » Tertio, quel est l'impact du droit qu'il différencie de l'effectivité du droit ?

À l'appui de son argumentaire, Lawrence M. Friedman rappelle l'œuvre étonnante de Max Weber, qu'il définit « comme une sociologie des systèmes formels de la pensée juridique sur une vaste étendue de sujets (...), une sociologie concrète, historique, limitée temporellement » (*Ibid.* : 96).

Ainsi, ces approches théoriques montrent que la position du sociologue n'est pas en dehors du système juridique, mais que ce dernier doit saisir les règles qui le constituent comme objet d'aspirations, de croyances et d'interprétations. C'est dans cette optique là que le cadre épistémologique proposé par Max Weber pour l'analyse des activités juridiques et plus particulièrement sa sociologie compréhensive m'est apparue fort louable. Sa théorie qui déplace la ligne de partage entre la dogmatique juridique et la sociologie, non pas selon un rapport interne-externe, mais en s'appuyant sur les types de sens visés par l'une et l'autre des pratiques (Lascoumes & Serverin, 1988 : 169), est d'un apport certain. Pour cet auteur, lorsque le juriste traite le droit, l'ordre juridique, les règles de droit, il tente de savoir quel est le sens normatif qu'il faut attribuer à la construction du langage donnée comme norme de droit. Le dogmaticien s'intéresse au sens actuel du droit en vigueur, à un moment donné. Le sociologue étudie le devenir du droit dans la communauté. Il cherche alors à comprendre le comportement significatif des membres du groupe, au regard des lois

en vigueur, la croyance en leur validité et en l'ordre qu'elles ont produite. Il étudie les systèmes juridiques et leur structure. Il observe les lois de transformations et en recherche les causes. Il analyse le sens et les valeurs donnés aux règles par les agents, au cours de leurs activités concrètes.

Dans le cadre de cette démarche, le chercheur doit construire des types-idéaux selon la formulation wébérienne, c'est-à-dire doit retenir des traits de l'organisation juridique, reconnus comme valables à un moment donné pour les constituer en objets observables. Il est alors conduit à sélectionner des éléments du système juridique, et donc à se familiariser avec celui-ci.

Toutefois, il est important de souligner la difficulté que peut rencontrer le sociologue confronté à l'absence d'explications sur des règles et des principes juridiques supposés connus. De même, la difficulté du juriste qui risque de considérer le droit comme un « donné » sans s'expliquer sur les interprétations du législateur, des juges qui sont à leur origine, c'est-à-dire indépendamment de toute activité humaine (Poulantzas, 1965 : 201). Comment le chercheur définit-il l'objet de sa recherche ? Comment objective-t-il l'objet social étudié ? Son choix d'un objet de recherche est-il indépendant de ses références idéologiques ? Peut-il préciser la problématique de sa recherche, sans se référer aux acteurs sociaux concernés et à ses propres convictions ? Comment peut-il « indiquer l'importance que revêtent pour lui certains traits caractéristiques du phénomène étudié, par rapport à l'importance qu'ils revêtaient pour les sujets-acteurs de ce phénomène » (*Ibid.* : 209) ? À qui revient le rôle de transposer cette activité scientifique, en activité politique ou humaine ?

2. *Le choix de la sociologie du droit wébérienne*

En tant que sociologue du droit, mon parti pris méthodologique se réclame explicitement des pistes de réflexion lancées par Max Weber. C'est d'ailleurs dans le cadre de mes recherches dans différents domaines du droit de la famille et des personnes⁵, que la *notion de situation d'action*

5. Mes travaux ont porté sur la question du processus d'application du droit, c'est-à-dire sur l'analyse des pratiques sociales en s'appuyant sur un cadre juridique et en visant une régulation des conflits entre particuliers ou entre particuliers et l'administration, l'État.

développée par le sociologue allemand s'est imposée comme opérante.

Ainsi, à partir de l'activité sociale, le chercheur peut saisir les significations subjectives que les acteurs agissant y attachent, et comprendre comment par interprétation, s'expliquent les conduites et actions humaines ; le droit chez Max Weber est envisagé non pas sous l'angle de ses sources, mais par le biais des activités d'énonciation, de différenciation interne et de mise en œuvre auxquelles il donne lieu. L'étude de la rationalité du droit nécessite d'analyser l'influence des activités politiques, religieuses et économiques sur les formes juridiques, et sur les pratiques des professionnels du droit. Il ne s'agit, ni d'évaluer le degré de connaissance des règles, ni d'en chercher leur effectivité ou leur ineffectivité, mais plutôt d'analyser les activités déployées par les acteurs qui sont structurées par des règles juridiques. Le chercheur doit toutefois s'assurer que les règles impliquées dans les activités sociales sont connues par les acteurs, un préalable nécessaire pour toute analyse en ce sens.

Cette démarche est une rupture avec un positivisme classique qui conçoit le droit comme un modèle de comportement imposé. Elle ne vise pas à étudier les rapports entre le droit et les mœurs, en vue de proposition de réforme législative. Mais elle tend, dans une perspective webérienne, à analyser les activités juridiques, en termes de mobilisation du droit. Il s'agit de voir comment se construisent et se résolvent les situations sociales dans lesquelles des catégories (c'est la question de la qualification de la situation sociale) et des procédures, que les acteurs regardent comme ayant un caractère juridique, sont invoquées. Il s'agit de garder à l'esprit que le droit produit une diversité de compétences et de qualification d'action et qu'une situation sociale n'a pas la même qualification selon que l'individu s'adresse à telle ou telle compétence (compagnie d'assurance, employeur, caisse d'allocations familiales, etc...). Il s'agit de privilégier une approche déductive des faits sociaux, qui prend appui sur une analyse conceptuelle pour en appliquer les enseignements à des situations empiriques. Je prendrai quelques exemples qui m'ont fait toucher du doigt ces problèmes de qualification : pour mener l'analyse des activités juridiques des familles issues de l'immigration, la réflexion a été portée longuement sur la

définition de concepts comme ceux de migration, d'étranger, d'exil... Il va de soi que ces concepts n'ont pas été appréhendés dans une conception dogmatique, mais ont été interrogés par rapport à différents champs disciplinaires (le droit, la sociologie, l'anthropologie). Il a pu être ainsi posé l'hypothèse, suivant laquelle les univers de sens dans lesquels se déploient des activités pratiques des sujets sociaux s'appuient sur des structures logiquo-sémantiques déterminées et déterminables qui sont la condition à la fois du sens pratique appréhendé par les agents et de son analyse par un observateur extérieur.

Je rejoins d'ailleurs ici la position de Pierre Lascoumes et d'Evelyne Serverin, pour qui « la force d'une règle juridique, d'une loi résulte moins dans leur caractère impératif que dans la création d'identité d'action, la distribution des pouvoirs d'action et l'organisation des voies de règlement qu'il effectue » (Lascoumes & Serverin, *op. cit.* : 181 et s.). Selon ces auteurs, le chercheur « doit détenir une triple maîtrise : celle des ressources juridiques existantes, celle des formes et des jeux interactifs, celle des possibilités et des limites des recours » (*Ibid.*).

CONCLUSION

Pour terminer cette réflexion, je voudrais souligner que cet appel à la sociologie du droit de Max Weber ne s'est pas fait sans moments d'interrogations et sans résistance. Mes lectures, sur son œuvre, sont restées le plus souvent sélectives, guidées par mes champs thématiques et mes intérêts théoriques. Cette réception de la théorie wébérienne, dans le cadre de recherches, m'a toutefois permis de mieux mesurer d'une part les tensions qui structurent la sociologie du droit en France et d'autre part, la nécessité d'adapter les théories au contexte actuel.

Il reste, sans aucun doute, en vue d'une meilleure utilisation dans les recherches empiriques beaucoup de chemin encore à parcourir pour mieux comprendre toutes les dimensions et ce legs en sociologie du droit laissé par Max Weber.

BIBLIOGRAPHIE

Arnaud, A.-J. (1981) *Critique de la raison juridique. Où va la Sociologie du droit ?* Paris : LGDJ.

Arnaud, A.-J. & Fariñas Dulce, M.-J. (1998) *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles : Bruylant.

Béchillon, D. de (1994) Une réflexion critique sur le concept de transdisciplinarité, *Revue du groupe de réflexions transdisciplinaires Trans-Disciplines* 9 : 2-3.

Carbonnier, J. (1^e éd. 1978, 2^e éd. 2004) *Sociologie juridique*, Paris : Presses Universitaires de France.

Carbonnier, J. (4^e éd. 1979, 10^e éd. 2001) *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : LGDJ.

Cardozo, B. (1921, 1947) *The nature of Judicial Process*, New Haven : Yale University Press.

Cardozo, B. (1928) *The paradoxes of Legal Science*, Westport : Greenwood Press.

Commaille, J. (1982) *Famille sans justice ? Le droit face aux transformations de la famille*, Paris : Le Centurion.

Davis, F.-J. (1961) *Society and the Law. New Meanings for an Old Profession*, New York : The Free Press of Glencoe.

Duguit, L. (1927) *Traité de droit constitutionnel*, Paris : Sirey.

Fairchild, H. (1959) *Dictionary of Sociology and Related Sciences*, Littlefield : Adams.

Foucault, M. (1966) *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris : Gallimard.

Friedman, L.-M. (1986) La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? *Droit et société* 2 : 91 et s.

Gény, F. (1924) *Science et technique en droit privé positif*, Paris.

Gurvitch, G. (1931) *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale du XVII^e jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris : Sirey.

Gurvitch, G. (1938) Essai d'une classification pluraliste des formes de sociabilité, *L'Année sociologique* 14.

Gurvitch, G. (1960) Problèmes de la Sociologie du Droit, in *Traité de Sociologie*, II, Paris : Presses Universitaires de France.

Hauriou, M. (1929) *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd.

Hauriou, M. (1986) *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen : Centre de philosophie politique : 128 (1926, 1^{ère} éd.).

Kelsen, K. (1953) *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris : Dalloz, 2^e éd.

Lascoumes P. & Serverin, E. (1988) Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques, *Droit et Société* 9 : 169.

Lévy Bruhl, H. (1955) *Aspects sociologiques du droit*, Paris.

Lévy-Bruhl, H. (1958) La méthode sociologique dans les études d'Histoire du droit, in *Méthode sociologique et droit*, Colloque Strasbourg, 1956, Vol. V des *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg*, Paris : Dalloz.

Ost, F. & Van de Kerchove, M. (1987) Comment concevoir aujourd'hui la science du droit, *Déviance et Société*, vol. II, 2 : 183 sq.

Ost, F. & Van de Kerchove, M. (1991) De la scène au balcon. D'où vient la science du Droit ? in F. Chazel & J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris : LGDJ.

Perrin, J.-F. (1982) Quelles « vérités » pour une théorie de la pratique judiciaire ? *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 2 : 56.

Poulantzas, N. (1965) *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris : LGDJ.

Pound, R. (1911) The Scope and Purpose of Sociological jurisprudence, *Havard Law Review*, Cambridge/Mass, 25 : 591 sq.

Pound, R. (1921) *A Theory of social interets*.

Pound, R. (2002) *The Ideal Element in Law*, Indianapolis : Liberty Fund, 2002 (1^{ère} éd. 1958).

Rouland, N. (1988) *Anthropologie juridique*, Paris : Presses Universitaires de France.

Rude-Antoine, E. (1989) *La formation du mariage des Maghrébins en France. Etude de sociologie juridique et de conflits de lois*, Thèse d'État, Paris, 1989.

Rude-Antoine, E. (1990) *Le mariage maghrébin en France*, Paris : Karthala.

Rude-Antoine, E. (1992) *L'immigration face aux lois de la République*, Paris : Karthala.

Salleilles, R. (1910) *De la personnalité juridique*, Paris : LGDJ.

Salleilles, R. (1911) Droit civil et Droit comparé, *Revue Internationale de l'enseignement* T. LXI : 20.

Terré, F. & Sayag, A. (1975) *L'année sociologique* : 467.

Valeur, R. (1928) *L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale* (Préface par Ed. Lambert), Lyon.

Van Houtte, J. (1986) La sociologie du droit ou les limites d'une science, *Droit et société* 3 : 177.

Waelhens, A. de (1958) *Existence et Signification*, Louvain, Paris.