

191986

Proposition concernant la création à l'Ecole  
des Hautes Etudes en Sciences Sociales  
d'un Centre de Recherche sur le droit et la  
Justice.

En même temps que le droit fait l'objet d'un considérable regain d'intérêt, il est l'objet d'appréciations contradictoires. Il avait été longtemps vilipendé comme mystification, manière de faire accepter par les dominés, leur domination ; le voilà réinstitué grand protecteur des libertés : il faudrait jouer le droit contre l'Etat. D'un autre côté, après qu'on ait longtemps confondu gouvernement démocratique et gouvernement par le droit et la loi, voilà que monte le thème de la déréglementation : le droit devrait rester contenu dans des limites rigoureuses ; il faudrait cesser d'en faire l'objet privilégié des pratiques gouvernementales.

Pour s'y retrouver, il est nécessaire de disposer d'un instrument de connaissance qui permette une appréciation de la conjoncture et des tâches qu'elle impose et résiste aux effets de balancier des modes et des idéologies.

La dogmatique juridique, telle qu'elle s'élabore et s'enseigne dans les facultés de droit, ne peut fournir cet instrument. Occupée à systématiser une production normative proliférante, n'embrassant que le temps extrêmement court de l'actualité juridique, privée du recul nécessaire, la doctrine est pratique juridique nécessaire ; elle ne peut constituer cette instance réflexive que la conjoncture appelle.

On a pu penser que la sociologie du droit, qui s'attache à restituer la production normative dans le mouvement social, constituerait l'instrument critique recherché. Malheureusement son point de vue est trop souvent réducteur : on ne devrait jamais accorder crédit à la manière dont le droit se décrit lui-même. Un tel parti-pris d'extériorité interdit à la sociologie du droit de saisir le jeu des rationalités juridiques.

Il convient donc d'élaborer une méthode d'analyse qui problématiser le droit dans ses conditions de possibilité (comment, dans une conjoncture comme la nôtre, un droit est-il possible ? Qu'est-ce qui donne la qualité de droit à la production normative ?) et du point de vue de sa politique (qu'est-ce que cela veut dire, du point de vue du droit, que les pratiques juridiques évoluent dans tel ou tel sens ? Le droit peut-il être pensé seulement comme instrument d'une politique ?).

L'élaboration de cette méthode d'analyse est indispensable si l'on veut pouvoir répondre de manière satisfaisante aux aspirations confuses que nos sociétés formulent à l'égard du droit. Elle ne peut être le fait des seuls juristes. Il s'agit en effet de réfléchir les pratiques positives du droit à partir de l'expérience juridique collective dans sa double dimension historique et contemporaine. Elle suppose donc une compétence interdisciplinaire.

C'est pourquoi nous proposons la création d'un centre de recherche sur le droit et la justice dans le lieu qui a vocation à accueillir le travail que nous proposons : l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales.

## I - PROBLEMATIQUE

Le principe général qui présiderait aux recherches consisterait à saisir le droit comme pratique, à privilégier donc la description des pratiques juridiques, l'étude de leurs formations, de leurs transformations et des difficultés qu'elles rencontrent. Le travail de recherche devrait s'attacher à identifier les problèmes que posent ces pratiques afin d'élaborer un mode d'évaluation de leur dérive qui permette de réfléchir les conditions de leur politique.

J. Thomas  
pratique: utilisation  
et fabrication  
des dogmes.

Partir des pratiques juridiques présente plusieurs avantages :

- cela permet d'abord à la recherche de ne se lier à aucune définition du droit prédonnée, de s'affranchir de toute position théorique ou dogmatique. Sont des pratiques juridiques, celles que l'ordre juridique étudié désigne comme telles.

- cela garantit d'autre part le caractère scientifique de la démarche : elle ne se reconnaît pas d'autre point de départ qu'une connaissance rigoureuse des pratiques positives du droit. Partir des pratiques juridiques permet de rompre avec ce style de réflexion sur le droit qui confond la connaissance du droit avec le commentaire des idées ou des opinions que sociologues ou philosophes ont pu émettre sur le droit. La démarche envisagée ne néglige pas ces travaux, mais elle les considère au même titre que la doctrine comme des pratiques ou des éléments de la pratique juridique.

Se donner comme objet l'étude des pratiques permet aussi d'éviter le syncrétisme et les confusions induites par la tradition académique. Toute pratique normative, toute résolution de conflits n'est pas juridique.

Fameux problème du critère de juridicité qui est au centre de la recherche que nous proposons.

C'est une des caractéristiques de l'expérience juridique contemporaine que la limite du droit et du non-droit soit devenue incertaine, brouillée, équivoque. La définition du critère de juridicité varie selon les époques. Elle n'a pas de sens a priori, elle n'est pas sans enjeu ni sans effet ; elle fait l'objet de luttes incessantes. Elle se modifie avec la manière dont l'ordre juridique se donne sa propre définition. Précisément, comme cela s'opère-t-il ?

.../...

L'hypothèse serait que l'on peut avoir l'intelligence de ce phénomène décisif en étudiant de façon toujours circonscrite et localisée, la manière concrète dont s'articulent les pratiques juridiques et les pratiques sociales qui leur sont associées. Comment cette articulation s'est-elle historiquement formée ? Quels effets sont-elles susceptibles d'avoir les unes sur les autres ? Avec quelles conséquences ?

Ce type de réflexion a l'avantage de concilier les deux points de vue interne et externe dans l'étude du phénomène juridique : jamais on ne cherche à imposer à l'ordre juridique une définition extérieure. Mais on adopte aussi sur les pratiques juridiques le point de vue des pratiques sociales qui leur sont associées et on observe comment l'ordre juridique y réagit. Ainsi dispose-t-on d'une démarche à la fois positive et critique, celle de ce positivisme critique nécessaire pour se repérer dans la conjoncture juridique contemporaine.

Etudier, par exemple, les droits de l'homme comme pratique, consisterait dans un premier temps au moins, à faire abstraction des fondements théoriques que les philosophes du XVIIIème siècle leur ont donné, pour étudier à quelles pratiques juridiques effectives correspond l'expression aujourd'hui (dans les conventions internationales, dans les pratiques liées à la Convention européenne des droits de l'Homme, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat, dans les politiques législatives), à quelles exigences elle confronte le politique, ceci afin de déterminer quel type de problème l'expression "Droits de l'Homme" pose aujourd'hui aux pratiques gouvernementales.

.../...

II. PROGRAMME

Ayant ainsi comme objectif général l'identification de la conjoncture juridique contemporaine et la manière dont s'y définit le critère de juridicité, le Centre accueillerait une série de recherches parmi lesquelles on peut donner à titre indicatif :

- l'étude des techniques du jugement normatif

Les pratiques du jugement juridique obéissent de plus en plus généralement à un type de juridiction irréductible au modèle/civiliste classique : transformation dans la définition des sources du droit dont le succès de la catégorie de principe général du droit est exemplaire, modification dans la hiérarchie des sources, institutions de nouveaux organes normatifs (commissions en tous genres, Hautes Autorités...), recours généralisé à l'expertise. Le propos serait d'examiner si tous ces phénomènes ne relèvent pas d'un même glissement dans la rationalité du jugement juridique qu'on pourrait qualifier de naissance du jugement normatif.

- la saisie juridique de l'entreprise

L'entreprise est au coeur des débats sur les modes de régulation. Mais au fond que sait-on de ses régularités, des formalisations sociales qui y apparaissent, des relations que celle-ci entretiennent avec la juridicité ?

Une série de recherches porterait sur l'entreprise comme objet et lieu de régulation. Elles permettraient de montrer comment le droit s'inscrit dans les relations qui se nouent autour de la production et de la répartition des ressources, comment se constituent les catégories à travers lesquelles ces relations sont pensées, comment, sous quelles influences et avec quels effets les représentations de l'entreprise évoluent.

- culture juridique et pratique du pouvoir

Le rapport au Droit, à sa connaissance et à son usage n'est pas un, mais socialement et psychologiquement diversifié. Il n'est pas le même pour le travailleur immigré et pour l'employé de bureau, pour le haut fonctionnaire et pour le paysan normand. Or, en tant qu'élément plus ou moins conscient de la culture, il imprègne les comportements sociaux soit par des phénomènes d'acculturation juridique (ex. de l'immigré), soit par le poids de traditions juridiques (ex. la tradition romaniste dans certains pays de l'Est).

Il serait donc intéressant de comprendre comment se forment ces cultures juridiques, quels sont leurs contenus et leurs effets, notamment lorsqu'elles interfèrent les unes avec les autres.

Plus précisément, il faudrait étudier les rapports entretenus entre cette culture, dont on se trouve inégalement et diversement doté, et l'exercice des relations de pouvoir. Selon les formes qu'elle emprunte la culture juridique peut être aussi bien culture de l'obéissance aux règles édictées par le pouvoir, que culture de la limitation du pouvoir par les règles. Une typologie des cultures juridiques dominantes devrait pouvoir être forgée à partir de cette ambivalence.

- production et rationalité des catégories pénales. Les processus d'incrimination.

L'incrimination peut être définie comme la création d'une peine rétribuant un comportement et prononcée par un juge. Elle opère un changement de qualification sociale d'un comportement en vue de la faire entrer dans le sphère du droit pénal. La "criminalité réprimée est donc avant tout un construit social.

D'autre part, l'incrimination est une catégorie opératoire qui ne s'applique pas selon un automatisme. Bien au contraire l'application de telle ou telle qualification est un enjeu social. L'incrimination statique (organisée par un texte) s'opérationnalise concrètement dans la dynamique des qualifications. Les acteurs sociaux (parties en conflit, agents du contrôle administratif, politiciers, magistrats) régulent les conflits qui les opposent entre eux par la mise en oeuvre de ces catégories pénales. On saisit là un lieu d'interaction juridique où s'opèrent des reconstructions parfois décisives.

Quelle catégorie pénale sera finalement utilisée, par qui, pour qualifier les comportements de qui et avec quelle légitimité et pour produire quels effets ? Tel serait l'objet d'une recherche qui devrait comprendre une dimension historique concernant des grandes transformations qu'ont subies depuis deux siècles les processus d'incrimination.

- transformations des catégories de la filiation et droit du vivant

Comment se produit historiquement l'objectivation du sujet juridique comme vivant puis comme donnant la vie ? Telle pourrait être la question qui servirait d'horizon à un ensemble de recherches transdisciplinaires.

Les développements des nouvelles techniques de procréation artificielle posent de façon exemplaire et cruciale le problème du rapport entre les catégories juridiques définissant la filiation et les pratiques sociales induites par ses développements en tant qu'elles se réfèrent au droit.

D'une part il s'agirait de mettre à l'étude les conditions dans lesquelles la référence à la "vérité biologique" s'est introduite depuis le 19<sup>e</sup> siècle dans les catégories juridiques elles mêmes et comment elle s'est articulée à une définition antérieure dominée par la légitimité, à travers une critique des fonctions juridiques et la promotion de la catégorie d'"intérêt de l'enfant".

Dégager et analyser pour elles mêmes les stratégies subjectives qui s'expriment dans les démarches individuelles et sociales utilisant les catégories juridiques positives en matière d'établissement de la filiation est une tâche d'autant plus nécessaire que s'affirme à travers les pratiques de la procréation artificielle la revendication de droits qui se définissent directement comme l'émanation de ces stratégies. Quelles transformations des rapports entre homme et femme se négocient par l'intermédiaire des techniques de procréation artificielle et tendent à s'inscrire dans le droit ? Quelles en sont les relations avec l'extension du modèle marchand au domaine de la procréation à travers le complexe médico-biologique ? A quelles formes juridiques font elles appel ? Quels rapports à la juridicité entretiennent les réglementations éthico-institutionnelles mises en place ? Dans cette perspective, le développement de la bio-éthique serait examinée comme la matérialisation sociale d'une politique du droit, d'un changement tendanciel dans l'organisation des sources du droit.

#### - les limites de la juridicité

Une autre série de recherches s'interrogerait, d'un point de vue historique et anthropologique, sur la problématique de la naissance ou de l'émergence du droit. Peut-on reconnaître, se demandait Louis Gernet, un état où les relations que nous nommons juridiques, seraient

conçues suivant un autre mode de pensée que dans le droit proprement dit, et dans quel rapport cet état nous apparaît-il avec l'état juridique lui-même, là où nous en constatons la succession ? Le problème est au coeur de l'anthropologie du droit. Si l'on accepte, comme le suggérait Emile Benveniste, l'hypothèse historique du passage d'une représentation globale de l'ordre à un concept spécifiquement juridique, comment se fait-il que l'on ait eu besoin, pour définir le domaine juridique de recourir, à l'invitation de l'école du droit historique suivie par l'anthropologie, à un nouveau concept global : la coutume, oblitérant de ce fait la relation que Louis Gernet préconisait d'explorer ?

Les recherches devraient se poursuivre sur un double terrain. D'abord celui d'une anthropologie des pratiques du droit et du pré-droit, telles qu'on peut les observer par exemple à travers l'étude des mouvements de recueil et de codification des "usages locaux" (19-20<sup>e</sup> siècles) qui ont provoqués le projet de rédaction d'un Code de droit rural. Mais aussi sur celui de la formation des catégories utilisées pour penser scientifiquement le droit essentiellement héritées de l'école allemande du droit historique.

Deux types d'études dont l'imbrication doit permettre de comprendre comment ce peut être dans le même geste qu'un droit apparaît et que se constitue une science du droit.

### III. METHODE

Les travaux du Centre s'organiseraient de la façon suivante.

Une semaine réunirait les membres du Centre. Il aurait une dimension plus proprement philosophique. Les pratiques juridiques y seraient étudiées à partir des catégories à travers lesquelles elles se nomment ;

ces catégories (droits de l'Homme, égalité, intérêt...) sont en effet à l'articulation du droit positif et de l'expérience politique et juridique. Ce premier type de travail comprendrait nécessairement une dimension historique concernant la formation des catégories ; il devrait permettre de dégager les formes de rationalité qu'elles mettent en oeuvre et d'étudier les rapports qu'elles entretiennent avec la rationalité politique qui caractérise le gouvernement de la société à un moment donné. Ce serait un séminaire d'ascèse.

Les différentes recherches du Centre donneraient lieu à d'autres séminaires. Ils comprendraient à la fois juristes et non juristes (philosophes, historiens, politologues, sociologues, mais aussi praticiens) selon une composition qui devrait correspondre au problème traité. On y étudierait la manière dont le droit saisit et problématise une activité ou une question sociale. Les différents modes de saisie juridique ainsi dégagés devraient être confrontés.

Membres du Centre

---

Louis ASSIER-ANDRIEU, Docteur d'Etat en droit, docteur en anthropologie  
Chargé de recherches CNRS (section anthropologie)

Yves DUROUX, Agrégé de philosophie, Directeur de laboratoire CNRS

François EWALD, Agrégé de philosophie, Chargé de recherches CNRS  
(section droit), U.A. n° 702

Pierre LASCOUMES, Docteur d'Etat en droit, Chargé de recherches CNRS  
(section sociologie) CESDIP

Antoine LYON-CAEN, Agrégé de droit, Professeur à l'Université de PARIS )  
NANTERRE, U.A. CNRS n° 702

Pierette PONCELAT, Docteur d'Etat en droit, Ingénieur de recherches,  
Université de PARIS II

Alain SUPIOT, Agrégé de droit, Professeur à l'Université de NANTES,  
U.A. CNRS 0411-54

Yann THOMAS, Agrégé d'histoire du droit, Professeur à l'Université de  
ROUEN

Michèl TORT, Agrégé de philosophie, Assistant à l'Université de PARIS VI