



HAL
open science

Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation

Rafael Encinas de Muñagorri, Carlos Miguel Herrera, Olivier Leclerc

► To cite this version:

Rafael Encinas de Muñagorri, Carlos Miguel Herrera, Olivier Leclerc. Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation. *Droit et Société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2019, 103, pp.609-628. 10.3917/drs1.103.0609 . halshs-02408887

HAL Id: halshs-02408887

<https://shs.hal.science/halshs-02408887v1>

Submitted on 31 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x)? Pour une explicitation

Rafael Encinas de Muñagorri, professeur à l'université de Nantes, Droit et changement social (DCS, UMR 6297)

Carlos Miguel Herrera, professeur à l'université de Cergy-Pontoise, Centre de philosophie juridique et politique

Olivier Leclerc, directeur de recherche au CNRS, Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID, UMR 5137)

**Article paru dans Droit & Société,
n° 103, 2019, pp. 609-628**

Le défi d'une « analyse juridique de (x) » renferme une proposition théorique et méthodologique qu'il convient d'explicitier. Cette formule exprime l'idée que l'analyse juridique peut porter sur un quelconque élément, dénommé x. Les objets susceptibles d'être saisis par l'analyse juridique ne sont donc pas cantonnés aux règles de droit et à leur mise en œuvre par les tribunaux. Comme les autres sciences sociales, les sciences juridiques peuvent porter leurs analyses sur les objets les plus divers, à partir des conceptualisations qui leur sont propres. L'analyse juridique contribue ainsi à fournir sa part d'intelligibilité à des objets qu'elle a en partage avec les autres sciences sociales.

Le souhait d'éclaircir sa propre position épistémologique, théorique et politique recèle un caractère présomptueux qu'il nous faut assumer avec les risques qui en découlent. D'abord, ce *nous* renvoie aux présents signataires de l'article, ceux ayant conçu en 2011, avec Stéphanie Hennette-Vauchez, un séminaire intitulé l'analyse juridique de (x), puis un livre du même nom composé d'une introduction commune – que certains ont lu non sans raison comme une sorte de manifeste – et de quatre chapitres rédigés séparément correspondant à des illustrations/déclinaisons du programme de recherche envisagé¹. Ensuite, conscients de la confidentialité auquel l'ouvrage était destiné, nous sommes redevables à nos collègues et amis de lui avoir prêté attention, que soit sous forme de compte rendus², de mentions ou de citations³, en particulier en adressant des observations critiques sur certains points. Enfin, la teneur – inédite ? – du propos contenu dans l'ouvrage nous incite à expliciter nos positions. C'est que, dans son intention de présenter une approche nouvelle dans un format bref, l'ouvrage proposé ne procédait

1 Rafael Encinas de Muñagorri, Stéphanie Hennette-Vauchez, Carlos Miguel Herrera, Olivier Leclerc, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Kimé, 2016.

2 Jacques Commaille, *Droit et Société*, Lu pour vous, 28 mars 2017 ; Lauréline Fontaine, *Blog Le droit de la Fontaine*, Juin-octobre 2017.

3 Roger Cotterrell, *Sociological jurisprudence : juristic thought and social inquiry*, Routledge, 2017 ; Mauricio García Villegas, *The Powers of Law : A Comparative Analysis of Sociopolitical Legal Studies*, Cambridge University Press, 2018 ; Louise Lalonde, « Les juristes et les autres disciplines : l'effet miroir », *TrajEthos*, 6(1) , 2017, p. 80 ; Stéphanie Lacour, « Le droit est mort. Vive les normes », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, éditorial, 2017 ; Lionel Zévounou, « Sociologie pragmatique et théorie du droit : pour un programme de recherche commun », *Droit et société*, 99, 2018, note 14 ; Horatia Mui Watt, « Droit et critique sociale : de l'interdisciplinarité chez les juristes », in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, Paris, LGDJ, 2019, p. 353.

pas à des articulations explicites avec les recherches existantes dans le domaine des sciences juridiques, des sciences sociales et des théories critiques. En cela, il a pu donner lieu à quelques méprises et incompréhensions, tant il est vrai que les préjugés, au sens noble (gadamérien) des conditions de la compréhension, appréhendent l'inconnu à partir du déjà connu. Relevons donc le défi d'une explicitation dans le cadre de la présente revue⁴.

Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Rien de mystérieux. Le sens de la formule est le suivant : tout x, connu ou inconnu, peut donner lieu à une analyse juridique. Autrement dit, l'analyse juridique peut *a priori* porter sur un quelconque élément, dénommé x. Notre postulat de départ est donc qu'il n'existe pas d'objet naturel à l'analyse juridique. La proposition rejoint le constat – contesté dans ses extrêmes mais devenu banal dans sa généralité – de la construction de l'objet par la science. A l'instar de l'analyse historique qui ne se réduit pas à l'étude de faits considérés comme « historiques » en eux-mêmes mais peut porter sur des objets divers (histoire des pratiques alimentaires ou sexuelles, histoire du mètre étalon, histoire de la pensée d'un auteur, histoire de l'histoire, etc.), l'analyse juridique n'a pas à se cantonner à des objets qui seraient considérés comme « juridiques » pour relever du domaine du droit ou de la justice⁵. Le geste épistémologique ainsi esquissé conduit pour la connaissance juridique à étendre son champ d'analyse, à explorer de nouveaux domaines en partage avec d'autres disciplines.

Mais si l'étude du droit ou de la justice sont des objets parmi d'autres en quoi l'analyse proposée est-elle *juridique* ? La proposition est de partir de l'outillage conceptuel des juristes, de leurs savoirs, pour appréhender des opérations intellectuelles (dénomination, qualification, mise en catégories, interprétation, raisonnements à partir de cas concrets, déduction de principes généraux, etc.). Sans doute ces opérations sont utilisées aussi par d'autres traditions philologiques et philosophiques (par exemple, l'herméneutique pour l'interprétation en théologie ou dans les théories de la littérature), mais les juristes utilisent cet appareillage dans un contexte particulier, qui est souvent celui des mises en ordre de la société, du pouvoir, des rapports de force. Leur grille d'intelligibilité des phénomènes sociaux/du monde est distincte et constitue un apport singulier.

La proposition d'une analyse *juridique* s'appliquant à des objets relevant de réalités les plus diverses heurte une vision commune de la science du droit d'une part, et certaines représentations des rapports entre droit et sciences sociales, d'autre part. Il faut expliquer pourquoi. Autrement dit, situer l'analyse proposée au sein des sciences juridiques (1), montrer

4 Les auteurs remercient Ismahène Chamkhi et Barbara Bauduin pour leur lecture attentive et pour leurs commentaires sur une version préliminaire de ce texte.

5 Nous tenons à remercier les intervenants du séminaire d'avoir joué le jeu de sonder l'économie, l'histoire, le libéralisme, la confiance, la littérature, le fait religieux, le fait psychique, le droit global, au prisme de l'analyse juridique.

qu'elle se place parmi les sciences sociales (2) et souligner son apport aux théories critiques (3).

1. L'analyse de (x) au sein des sciences juridiques

Distinguer la connaissance de son objet

Situer l'analyse de (x) au sein des sciences juridiques suppose de clarifier notre position à l'égard du positivisme, conception qui a placé l'épistémologie au centre de la pensée juridique au cours du XIXe siècle. Le terrain est encombré, recouvert de couches intellectuelles multiples. Depuis son émergence dans l'école saint-simonienne jusqu'aux développements les plus récents, le positivisme reste lié à la prétention de faire science, y compris donc dans la connaissance des phénomènes sociaux et juridiques.

C'est que le substrat minimum du positivisme juridique repose sur la distinction d'une science de son objet. Autrement dit, il affirme la possibilité d'un discours descriptif sur le droit distinct du discours prescriptif, juridique lui-même. D'où l'insistance sans cesse répétée sur la distinction entre la science du droit et le droit. Que penser de l'activité dite doctrinale ou dogmatique consistant pour les juristes dans la mise en ordre des règles, dans la recherche des solutions les meilleures ? Malgré l'importance que peut présenter cette activité sur le plan pratique et politique, le point de vue positiviste s'en méfie en tant que pseudo-science, les juristes arguant souvent d'une autorité objective pour chercher à infléchir le cours du droit et des solutions jurisprudentielles dans le sens qui leur paraît le plus opportun. La dénonciation par les positivistes du caractère idéologique d'une telle posture n'est plus à faire⁶. Elle reste d'actualité lorsque, sous couvert d'un ordre naturel, de valeurs fondamentales ou de déterminants anthropologiques du droit, les juristes prétendent dire, sur des bases objectives, ce que le droit doit être ou devenir.

L'analyse juridique de (x) rejoint la démarche positiviste sur la nécessité de distinguer une étude de son objet. A ce titre, elle entend s'inscrire dans une démarche scientifique. Toutefois, de l'eau a coulé sous les ponts depuis la fin du XIXe siècle repliant le modèle de scientificité sur l'exactitude physico-mathématique⁷. Non seulement les sciences ont pu consolider des épistémologies propres à leurs domaines, mais ce que l'on a pu penser, encore dans une partie du XXe siècle, être le modèle d'airain des sciences dures a été éprouvé par des remises en cause aussi bien internes qu'externes, comme en témoignent divers travaux d'histoire des sciences. A tel point que, dans le contexte scientifique d'aujourd'hui, il paraît présomptueux d'affirmer qu'il existe un modèle scientifique valable pour tous. A tel point aussi, par un renversement de perspective, qu'un courant du post-positivisme a pu avancer l'idée que le droit et l'épistémologie

⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, préface de 1934, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. ix.

⁷ Pour un repérage de l'influence des modèles mathématiques et physiques sur les sciences juridiques : Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 47 et s.

juridique pourrait bien servir de modèle de rationalité pour les autres sciences⁸.

Par-delà ces jeux de miroir, nous refusons, en tout cas, un discours épistémologique visant à constituer un objet à la manière de Kelsen et des épistémologies prescriptivistes. De même, nous refusons, contre les tenants d'une science juridique au singulier la thèse d'un principe unique d'explication des phénomènes, sociaux ou autres, qui se réduirait à une forme simple de causalité fondée sur l'idée de vérité-correspondance. S'il importe à l'analyse juridique de (x), comme à d'autres sciences juridiques, de ne pas se confondre avec son objet - comme le signale le (x) - elle entend surtout éviter ce qui nous paraît être une autre confusion.

Caractériser la connaissance par la méthode et non par l'objet

Le principal reproche que nous adressons à certaines épistémologies juridiques, telles qu'elles ont pu se développer jusqu'à présent, est de s'être restreintes dans une direction : établir une science spécifique à l'objet droit par la *séparation*, l'*écart*, avec les autres formes de connaissance du social et du politique. Prendre pour objet d'étude les normes, les institutions ou encore les faits juridiques, est certes bien compréhensible. On ne reviendra pas sur les différentes tentatives pour ériger la science du droit en une discipline à part entière, quitte à la cantonner, comme le fit Kelsen, à l'étude des seules normes juridiques valides. Ce normativisme, à juste titre critiqué comme réducteur, a été concurrencé par d'autres courants du positivisme visant à élargir l'étude du droit à d'autres phénomènes juridiques pour les appréhender scientifiquement comme des faits, comme a pu le faire Alf Ross en son temps, ou visant à éloigner le concept de validité de toute métaphysique, comme a pu le faire H. L. A. Hart. Sans nous engager dans un recensement de l'histoire des épistémologies juridiques, le constat est simple : l'ensemble des courants qui prétendent incarner, avec plus ou moins d'intransigeance, « la science du droit » demeure marqué par la détermination *a priori* d'un objet « droit ».

Quant aux approches dites pluralistes du droit, ou du pluralisme juridique⁹, elles sont moins sectaires et s'aventurent plus volontiers « aux confins du droit », à distance des règles étatiques, pour aborder des phénomènes culturels et sociaux sous l'angle juridique (mœurs, pratiques administratives, pratiques professionnelles, relations familiales, etc.). Le déplacement proposé tient alors à un élargissement des objets traditionnels de la science juridique et, sous son versant sociologique ou anthropologique, à la sollicitation de méthodes plus diversifiées empruntées

8 Vittorio Villa, *La science du droit*, LGDJ, 1990, spéc. Chapitre V. Le droit peut-il être un modèle pour les sciences naturelles ? ; cf. aussi, Rafael Encinas de Munagorri et Olivier Leclerc, « Pour un programme fort d'épistémologie de la connaissance dans la théorie juridique », in *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 51, 2009, p. 222. Et de manière plus générale, sous la forme d'un tournant épistémologique, Boaventura de Sousa Santos, *Vers un Nouveau Sens Commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 39, 2004, not. pp. 42 et s.

9 Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », *Canadian Journal of Law and Society*, 6(2), 2011, p. 257.

à d'autres sciences sociales (étude empirique, enquête ethnographique, observation participante, etc.). Ce double déplacement, du côté des objets et des méthodes, est de notre point de vue un enrichissement. Il contribue à renouveler la représentation classique des sources du droit en cherchant à en identifier d'autres formes et modes de production. Il est aussi porteur de réflexions sur la pluralité des ordres juridiques. Cela dit, les théories du pluralisme restent élaborées en contrepoint d'une représentation moniste du droit, comme s'il s'agissait de compléter, complexifier, contester il est vrai parfois aussi, une conception traditionnelle du droit centrée sur l'État.

Comme mentionné en introduction de notre propos, le point de départ de l'analyse juridique de (x) est autre. Le renouvellement proposé porte moins sur les méthodes que sur les objets. Aussi, l'analyse sera dite « juridique » pour avoir recours aux concepts, constructions et modes de raisonnement utilisés par les juristes dans leurs opérations intellectuelles. Autrement dit, ce que nous considérons comme « juridique » dans notre analyse est l'usage de catégories ou de concepts juridiques pour analyser des portions du monde social. Toutefois, cet appareillage, cette grille de lecture, ce cadre d'analyse, n'est pas seulement dirigé vers les objets traditionnellement considérés comme « juridiques » ou « ayant des points de contact avec le droit », mais vers des objets les plus divers.

Ce point mérite insistance car certains de nos premiers lecteurs semblent penser que par une prétendue « analyse juridique » nous proposerions en vérité une analyse historique (ou théorique ou sociologique ou politique) sur des objets juridiques. En un mot, nous voudrions enrichir notre analyse du droit par des méthodes ou des cadres d'analyse « empruntés » aux sciences sociales. Il y a ici double méprise, en un sens typique des juristes, sur deux choses que nous entendons précisément distinguer : le droit, ses objets traditionnels ou plus largement le monde juridique d'une part, la connaissance issue de l'analyse juridique de (x) d'autre part. Or, cette dernière entend apporter des éclairages sur une portion du monde social (en lien ou non avec le monde juridique, peu importe), mais toujours selon nous « juridiquement », c'est-à-dire à partir des catégories et concepts juridiques. En définitive, la question de fond, théorique, qui nous anime est la suivante : comment le juridique intervient-il dans la construction du monde social ? La proposition de l'analyse juridique de (x) vise à découpler droit et périmètre de l'analyse juridique. Ce faisant, nous essayons d'échapper à l'aporie consistant à postuler une homologie entre le droit (quelle que soit la conception que l'on retienne de la normativité juridique) et l'analyse juridique. Nul besoin de dire que « cela est du droit » pour pouvoir mener l'analyse juridique d'un objet.

Il existe plusieurs avantages méthodologiques à cette position, y compris comme nous le verrons en ce qui concerne les pratiques de l'interdisciplinarité. Au regard des sciences juridiques, cette position permet surtout de ne pas ériger le critère de « juridicité » ou même de « normativité » des objets étudiés comme frontière de la connaissance

juridique¹⁰. Et partant d'éviter un double écueil, soit que l'on cherche à étendre excessivement le domaine du droit, soit que l'on se cantonne à le considérer comme par trop restreint. Le premier travers est d'ailleurs contemporain des rivalités entre droit et sciences sociales. Afin d'étendre leur emprise et de résister aux sciences sociales nouvelles, les juristes ont prétendu se saisir des phénomènes sociaux en les qualifiant de « juridiques ». Ainsi, par exemple, pour certains juristes du début du XXe siècle, la prise en compte de la nature sociologique du droit passe-t-elle par une théorie des sources du droit renouvelée, capable d'intégrer dans l'analyse d'abord la jurisprudence, les usages, en cherchant à éviter toute radicalisation sociologique¹¹. Les discussions contemporaines sur la *soft law* illustrent également la tentation de devoir rattacher ces phénomènes normatifs au droit pour que les juristes puissent valablement y consacrer leur analyse, quitte à recourir à des catégories aussi fuyantes que l'infra-droit, le presque-droit, etc. Fuite en avant que l'hypothèse de l'analyse juridique de (x) évite puisqu'elle fait l'économie d'un critère de « juridicité » dont le contenu des objets étudiés serait chargé. Le deuxième écueil – inverse en un sens – consiste à s'interdire d'étudier des objets au motif qu'ils ne seraient pas « juridiques ». Pourquoi inciter les juristes à une sorte d'autocensure en considérant que les seuls objets d'études légitimes sont ceux qui seraient juridiquement formalisés, pour se présenter comme du « droit », ou même du quasi-droit ou du para-droit ? Pourquoi ne pas se donner les moyens de penser des évolutions majeures (contraintes technologiques, *nudge*, désobéissance civile, etc.) relevant de phénomènes de régulation ou de contestation sociale ? L'incitation à porter son intérêt sur des « objets juridiques non identifiés » a certes déjà été faite¹². Mais qualifier ces objets non identifiés de « juridiques » est ici une ruse de la méthode destinée à attirer l'attention des juristes. Le dépassement proposé invite à aller plus loin, à susciter l'imagination pour se saisir de nouveaux (x).

Justifier l'extension des sciences juridiques

D'ordre épistémologique, il convient de revenir à la formule AJ(x) : analyse juridique de (x). En quoi est-elle distincte d'une formule du type « analyse scientifique de (x) » ou encore « étude scientifique de (x) » ou « recherche scientifique sur (x) » ? La proposition est qu'il n'y a pas de différence à faire. Le terme « juridique » doit ici être compris comme un type de connaissance, une « science », au singulier selon le langage convenu. C'est pourquoi il s'énonce et doit être lu de la même manière que des formulations du type « analyse historique de (x) », « analyse

10 De manière significative, la détermination de ce qui est du droit est érigé en « question préalable et commune » à toutes les contributions réunies dans le dossier que la revue *Droit & Société* consacre au « regard des juristes » sur les rapports entre droit et sciences sociales : P. Brunet et M. Van de Kerchove, « Présentation », *Droit & Société*, n° 75, 2010, p. 267. Cette question est loin d'avoir la même centralité dans le dossier publié en miroir sur les méthodes de la sociologie du droit et de la justice (*Droit & Société*, n° 69/70, 2008, p. 323).

11 C. M. Herrera, « La radicalisation sociologique de la pensée juridique : Lévy, Lambert, Gurvitch », *Droits*, n° 62, 2005, spéc. p. 199 et s.

12 Pour reprendre l'expression utilisée, à propos des indicateurs, par Benoit Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Académie Royale de Belgique, 2014, p. 47.

économique de (x) », « analyse sociologique de (x) », « analyse anthropologique de (x) ». Ces formulations semblent intelligibles et admises dans les autres sciences sociales sans pour autant déterminer un objet particulier, pourquoi par une sorte de parallélisme épistémologique, ne le seraient-elles pas dans les sciences juridiques ?

Il existe certes des objets qui peuvent paraître privilégiés pour certaines disciplines scientifiques. Mais cela n'a rien d'évident, et cela peut évoluer au cours du temps comme le montre en histoire le passage d'une conception centrée sur les événements institutionnels majeurs à celle portant sur la longue durée et les conditions sociales (école des Annales) ; ou encore pour prendre un autre exemple, les distinctions entre une histoire (interne) des sciences portant son attention sur l'évolution des idées et des découvertes scientifiques et une histoire (sociale) des sciences mettant en relief les conditions de production des connaissances. Les disciplines scientifiques procèdent par concentration et par extension. Ainsi, la discipline économique a étendu son attention à des objets ne concernant pas les échanges marchands pour venir porter ses grilles d'analyse sur des objets a priori plus éloignés (économie de l'innovation, économie des institutions, économie des conventions, analyse économique du droit, économie des rapports amoureux, etc.). En somme, une discipline scientifique ne se caractérise pas nécessairement par son objet. Il n'existe d'ailleurs pas « d'objet naturel » pour l'histoire, la sociologie ou l'anthropologie. Cela n'enlève rien à l'apport du regard historique, sociologique ou anthropologique à une question. Notre proposition est qu'il n'existe pas non plus « d'objet naturel » pour le droit, ou plus exactement l'analyse juridique, prise comme discipline savante. L'analyse juridique a certes un objet privilégié (le droit et la justice), qui doit beaucoup à la constitution historique des disciplines, mais ceci n'est pas une limite intrinsèque à son domaine d'analyse et à son pouvoir explicatif. Autrement dit, notre proposition vise à déployer l'analyse juridique (en un niveau spécifique de connaissance), le cas échéant hors de ses territoires habituels relatifs au droit et à la justice.

La proposition de l'analyse juridique de (x) invite à un renouvellement de la « science juridique ». Elle offre une version distincte (non centrée sur l'objet mais sur les méthodes) mais qui reste compatible avec les apports précédents puisqu'il s'agit d'un élargissement, d'un dépassement pourrait-on dire, illustré avant tout par l'émergence de nouveaux objets d'étude. Aussi, il serait possible d'envisager une classification des analyses juridiques en trois cercles concentriques.

Un premier cercle regroupe les analyses du droit et des institutions juridiques. Celles-ci peuvent être de type doctrinal ou théorique. Ces analyses supposent de se doter d'une conception préalable de la juridicité qui permette de déterminer ce qui relève du droit et ce qui y est extérieur. Cette conception est rarement explicitée et il n'existe pas d'unité sur ce point parmi les juristes, même s'il existe des objets classiques, comme la loi et la jurisprudence, et des controverses qui ne le sont pas moins sur les frontières du droit, le droit injuste, le droit illégal, le droit mou, etc. Sans

surprise, la conception de la juridicité qui permet de délimiter l'objet étudié reste implicite lorsque l'analyse porte sur la loi et la jurisprudence, autant d'objets que la culture épistémique¹³, diffusée parmi les juristes universitaires tient pour juridiques sans contestation possible. Elle devient en revanche centrale lorsqu'il s'agit de considérer des normes dont la juridicité n'est pas couramment admise. Que les critères de juridicité qui permettent de délimiter l'objet d'étude soient ou non explicités, il reste que les analyses juridiques se donnent ici le domaine du droit pour objet.

Un deuxième cercle comporte les analyses juridiques des réalités sociales. C'est à ce niveau que se rattache la proposition d'une analyse juridique de (x) : l'entrée se fait par les concepts juridiques – et en cela elle est bien spécifiquement juridique – mais elle porte sur tout type d'objets, sans qu'il soit utile ou pertinent de s'interroger sur leur juridicité ou de postuler leur appartenance à un phénomène social normatif¹⁴. Ce deuxième cercle inclut le premier mais le dépasse par sa dimension exploratoire (plus que conquérante). L'hypothèse de l'analyse juridique de (x) est qu'elle est susceptible de fournir un apport pour elle-même, et par son articulation avec d'autres analyses.

Enfin, un troisième cercle désigne les analyses pluridisciplinaires de (x), où les objets sont construits par l'analyse juridique et d'autres sciences sociales. Le mode de construction est en soi complexe, car il emprunte aux différents domaines du savoir, s'hybridant et s'enrichissant mutuellement, mais ce n'est pas la place ici pour avancer ses modalités. Ces objets peuvent être divers, en incluant d'ailleurs le droit, mais l'analyse qui en est faite n'est pas spécifiquement juridique. Comme l'analyse *juridique*, l'analyse *pluridisciplinaire* a un apport propre, singulier. Distinguer l'analyse juridique de (x) des analyses pluridisciplinaires de (x) exige d'explicitier la place de la première parmi les sciences sociales.

2. L'analyse de (x) parmi les sciences sociales

Querelles disciplinaires, rivalités institutionnelles, clivages politiques, le terrain est encombré de gravas. Même réduite à l'Hexagone, notre ambition ne vise pas, dans une perspective érudite ou archéologique d'histoire des idées, à exhumer les couches de sédimentation des rapports entre savoirs juridiques et sciences sociales. Mais nous avons hérité de ce paysage, il faut bien s'y situer. Chercher de l'air aussi. Le positionnement proposé entend s'émanciper d'un certain enfermement à partir de deux positions qui nous semblent réductrices : utiliser les sciences sociales au service du droit, étudier le droit à partir des seules sciences sociales. L'émancipation proposée consiste à situer l'analyse juridique parmi les sciences sociales pour mieux étudier des objets en partage.

13 On pourrait voir là une culture épistémique commune : K. Knorr-Cetina, *Epistemic Cultures. How the Sciences Make Knowledge*, Harvard University Press, 1999.

14 La représentation en trois cercles concentriques ici envisagée diffère donc de celle proposée par H. Dumond et A. Bailleux, qui reste centrée sur le droit et les analyses (doctrinales, interdisciplinaires, critiques) dont il fait l'objet : H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit & Société*, 75/2010, p. 275.

Utiliser les sciences sociales au service du droit : le syndrome Carbonnier

L'intérêt des juristes pour les sciences sociales n'est pas nouveau. Alors que les limites du commentaire exégétique de la codification napoléonienne apparaissent à beaucoup d'auteurs à la fin du XIXe siècle, la sociologie naissante s'impose chez certains juristes comme une ressource pour enrichir et compléter les savoirs juridiques. Ainsi, Demogue plaide pour « un droit plus près des réalités pratiques, empruntant plus aux données de l'économie politique, voisinant plus avec la jurisprudence »¹⁵. De même, Saleilles estime que les juristes ne saisiront les réalités de leur temps que s'ils adjoignent à l'analyse des normes juridiques « l'objectivité résultant des réalités économiques et sociales » - autrement dit, « il faut que [le jurisconsulte] soit un économiste et un sociologue »¹⁶. Duguit à Bordeaux comme Hauriou à Toulouse enseignent la sociologie sous forme de cours libre. Toutefois, cette prise d'appui sur les sciences sociales novatrices n'apaise pas les controverses entre juristes de sensibilités politiques distinctes. La confrontation est rude entre juristes réformateurs accusés de sociologiser le droit par la gauche et juristes soucieux d'utiliser les savoirs sociologiques, mais aussi historiques et philosophiques pour figer des vérités prétendument immuables. C'est que l'intérêt des juristes pour les sciences sociales est aussi de fournir des points d'appui à des argumentations visant à stabiliser ou à transformer le droit.

Cela ne veut pas dire que l'intérêt des juristes ait été utilitariste ou distant, comme le montre dans le contexte français leur implication dans les cercles durkheimiens jusqu'au milieu des années 1950. Toutefois, cette place s'est amenuisée à mesure que prospérait l'idée selon laquelle la sociologie « juridique » a pour principal vertu de soutenir l'expertise d'auteurs engagés dans des réformes législatives. Et l'énergie d'un Georges Gurvitch pour nouer un dialogue entre droit et sociologie de s'épuiser peu à peu au profit d'un rapport ancillaire, la sociologie étant pensée comme une science « auxiliaire » au droit¹⁷. Par son parcours, le juriste Jean Carbonnier constitue ici une figure emblématique de l'ouverture à la sociologie. Nombreux ont été les travaux à en faire l'éloge, y compris sous l'angle d'une interrogation critique de ses engagements en faveur de la sociologie juridique et du droit¹⁸.

Sans nier ses nombreux apports, nous souhaiterions mettre en relief ce qui paraît être un *syndrome*, au sens d'un ensemble d'éléments caractérisant sinon une affection, du moins une limitation. Essayons

15 R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, 1911, p. VIII.

16 R. Saleilles, « Méthode historique et codification », in *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche*, Rome, Tip. della R. Accademia dei Lincei, 1904, p. 19.

17 Pour un récit bien connu des lecteurs de *Droit & Société*, F. Soubiran-Paillet, « Juristes et sociologues français d'après-guerre : une rencontre sans lendemain », *Genèses*, n° 41, 2000, pp. 125-142.

18 André-Jean Arnaud, « Variations herméneutiques », in *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline*, Entretiens et commentaires de S. Andrini et A.-J. Arnaud, LGDJ, coll. « Droit & société », t. 12, 1995, p. 95 ci-après *Jean Carbonnier...*

d'ausculter. Le premier constat est certes d'abord celui d'une force, d'une ouverture d'esprit, et d'une curiosité insatiable pour les connaissances diverses, anthropologie, histoire, religion, sociologie. Elle s'exprime notamment dans son fameux *Traité de droit civil* où le droit français était présenté en grands caractères tandis que les petits caractères constituaient des développements sur des controverses jurisprudentielles, des notions théoriques plus approfondies, mais aussi des analyses donnant une large place aux sciences sociales. Certains y ont vu une contradiction. Carbonnier le confirme à sa façon : « Mais bien sûr ! Ce n'est pas la même chose. J'ai cette dualité en moi »¹⁹. Et de donner le mode d'emploi pour faire « le départ entre ce que disent les grands caractères ([...] c'est le droit, ce n'est pas moi, c'est le droit français), et les petits caractères, où je parle plus personnellement »²⁰. La dualité que revendique le doyen Carbonnier, en particulier à l'égard de la sociologie, relève – et c'est le deuxième élément – d'une différence de « point de vue, d'angle de vision...Le même objet que le droit dogmatique analyse du dedans, la sociologie du droit l'observe du dehors »²¹. Cette différence ne se résume pas à la dualité d'un regard interne ou externe, elle est aussi de positionnement et d'action. Analyser du dedans, c'est pour le juriste agir à l'intérieur du système, faire autorité dans le jeu de droit. Les analyses du sociologue du système juridique n'ont pas la même portée : « l'observation qu'il en fait ne saurait le moins du monde en influencer le fonctionnement »²². Pour Jean Carbonnier, point de maladie bipolaire : la dualité de regard n'emporte pas dualité de posture. L'éventuel conflit entre deux positions inconciliables est résolu – et c'est le troisième élément du syndrome décrit – par une sorte de hiérarchie fonctionnelle. Dans son cas, comme sans doute pour de nombreux juristes, le primat est donné au droit : « il va de soi qu'en utilité sociale le droit dogmatique l'emporte sur la sociologie du droit »²³. Cette dernière n'en est pas moins utile. Au point même que Carbonnier estime qu'elle fournit l'une des quatre sciences que doit réunir « le véritable juriste »²⁴. Arrimer la sociologie juridique ou plus largement les sciences sociales à la science du droit est une tendance compréhensible.

Elle n'est pas pour autant la nôtre. L'hypothèse de l'analyse juridique de (x) ne comporte pas d'idée de primauté du droit, ou plus largement des sciences juridiques sur d'autres sciences sociales qui seraient considérées comme « auxiliaires », pour ne pas dire secondaires. Elle n'emporte pas, non plus, d'adhésion à l'idée d'une coexistence, chez une même personne, d'un regard externe et d'un regard interne, ce qui nous a toujours paru – si l'on ose dire – un peu « louche ». Sur ces deux points essentiels, notre position voisine avec d'autres auteurs ayant contesté l'assignation des

19 « Entretien avec Jean Carbonnier », in *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit*, op. cit., p. 32.

20 *Ibid.*, p. 32.

21 Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1978, Puf, coll. « Quadrige », 1994, p. 17.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, p. 16. et plus loin : « Pour être accueillie dans l'univers juridique, la sociologie doit justifier de son utilité », p. 227.

24 Science des systématisations, science de l'interprétation, science de la législation et science sociologique, telles sont les quatre sciences que devrait réunir le juriste.

sciences sociales à un rôle second se limitant à « aider » le droit²⁵, et ayant entrepris la critique de la dichotomie entre un point de vue interne (juridique) et externe (sociologique), qui ne fait qu'accroître « le fossé entre les sciences humaines et sociales, d'une part, et ce qu'on désigne sous l'expression des sciences juridiques, d'autre part »²⁶ Cette critique ne s'adresse d'ailleurs pas seulement aux juristes, mais à une certaine appréhension du droit dans le champ des sciences sociales.

Appréhender le droit dans le champ des sciences sociales : l'injonction bourdieusienne

Selon les époques, les contextes culturels et les paradigmes dominants, il existe plusieurs manières d'aborder le droit au sein des sciences sociales. Le prisme des rapports de domination en est un. En France, les analyses de Pierre Bourdieu ont marqué les esprits. Son texte sur « la force du droit », fort opportunément réédité, est considéré comme un « classique » par les sociologues du droit²⁷ alors qu'il aurait suscité peu d'intérêt auprès des juristes français, précisément pour mettre en relief les rapports de domination dont le droit et les juristes seraient porteurs/vecteurs. A vrai dire, tous les sociologues du droit ne semblent pas aussi unanimes pour louer les mérites du *paradigme de la domination* pour comprendre les mutations du droit et de la société²⁸. Sans nier l'intérêt en son temps des approches de Pierre Bourdieu sur le droit, nous souhaiterions mettre en relief, ce qui nous paraît être une tentation bourdieusienne appauvrissante. Encore faut-il expliquer, en trois points, ce qui la caractérise.

D'abord, il s'agit d'une conception du droit centrée sur l'État. Les plus attentifs observateurs ont pu le relever²⁹, et le grand sociologue abonde ici de formules catégoriques : « le droit consacre l'ordre établi en consacrant une vision de cet ordre qui est une vision d'État, garantie par l'État »³⁰. Point d'espace pour le droit au dehors. Le rôle des juristes en découle : ils ont pour mission de façonner et de perpétuer, par leur autorité, le monopole de la violence symbolique légitime³¹, ignorant par exemple les différentes modes de production d'un discours, y compris dans la tradition franco-française à laquelle il reste attaché (doctrine, théorie, etc.). Cette conception du droit, dite statocentrique, correspond certes, au regard d'autres cultures juridiques, à l'importance donnée à l'État dans la

25 André-Jean Arnaud in *Jean Carbonnier...*, *op. cit.*, p. 95.

26 *Ibid.*, p. 113.

27 Liora Israël, « À qui de droit », 2017, p. 10 introduisant la reproduction du texte de Pierre Bourdieu paru en 1986 sous la forme d'un article du même titre dans les Actes de la Recherche en sciences sociales, in *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, Editions de la Sorbonne, coll. « Tirés à part », 2017, p. 56. Voir aussi, P. Bourdieu, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 95.

28 Jacques Commaille, *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, coll. « Essais », 2015, pp. 30-34. Un des enjeux de l'ouvrage étant précisément de prendre ses distances à l'égard du paradigme de la domination, p. 33.

29 Pierre Guibentif, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, LGDJ, coll « Droit & société », t. 53, 2010, p. 295. Sur Bourdieu, cf. pp. 247 et s.

30 Pierre Bourdieu, *op. cit.*, 2017, p. 56.

31 *Ibid.*, p. 22.

structuration de la société française. Mais n'est-elle pas excessive, datée et emprunte d'un certain statisme, surtout à l'heure de la recomposition des pouvoirs publics et privés au sein de la mondialisation ? Et pourquoi privilégier une conception moniste et étatique du droit au détriment d'une vision pluraliste plus ouverte et en phase avec la diversité des mouvements sociaux ?

Une partie de la réponse – et c'est un deuxième point – tient au projet d'établir une sociologie du champ juridique, ce qui suppose, au sens intellectuel et spatial, de réaffirmer et d'établir des clôtures, plutôt de fil de fer barbelé comme on va voir. Constituer le champ, c'est mettre l'accent sur l'idéologie d'indépendance du droit et des juristes. Indépendance des élites du droit, indépendance d'un univers social, indépendance à l'égard des relations de pouvoir : le droit est conçu pour apparaître « à ceux qui l'imposent et même, dans une plus ou moins grande mesure, à ceux qui le subissent, comme *totalelement indépendant* des rapports de force qu'il sanctionne et consacre »³². Et de caractériser l'effet de neutralisation et d'universalisation produit par le langage et l'esprit juridiques. Si la science des juristes appréhende le droit comme un système clos et autonome, n'est-ce pas aussi le projet bourdieusien d'y contribuer à sa manière, pour mieux en dénoncer les ressorts ? Projet d'autant plus séduisant qu'il redouble les liens d'homologie entre le champ d'observation et le champ observé, Bourdieu n'étant pas dupe des similitudes entre la démarche juridique et celle de la sociologie³³.

Troisième point, il est dénié aux juristes de pouvoir exprimer un point de vue critique utile aux dominés³⁴. Il en résulte une partition tranchée entre les méchants (juristes) et les bons (sociologues). Gardiens de l'ordre établi, de l'hypocrisie collective et officielle, promoteur de « l'illusion juriste », les juristes sont indéfectiblement liés aux positions dominantes, à la « main droite de l'Etat », tandis que la « main gauche » aurait plus de probabilités de trouver soutien du côté des sciences sociales³⁵. « Dans ces circonstances, plutôt que de valoriser les affinités entre juristes et chercheurs en sciences sociales, plutôt que de rechercher éventuellement des formes d'alliances entre ces deux univers, Bourdieu parierait sur l'affrontement entre les deux sur la question des rapports entre théorie et pratique »³⁶. Pratiques sociales des dominés contre théorie juridique des dominants, l'opposition nous paraît simpliste et assez stérile à qui veut penser l'organisation de la contestation sociale³⁷. L'analyse juridique de (x) que nous proposons ne vise pas à cultiver de tels clivages.

Analyses juridiques et sciences sociales : des objets en partage

32 *Ibid.*, pp.23-24.

33 Sur ce point, voir les fines observations de Liora Israël, *op. cit.*, p. 12.

34 Pierre Bourdieu, *op. cit.*, note 40 ou encore p. 76.

35 Pierre Guibentif, *op. cit.*, p. 295.

36 *Ibid.*, p. 295.

37 Voir Liora Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences po, 2009, qui commence par une critique de la position de Bourdieu et en particulier son incapacité à penser l'action avec le droit comme instrument d'émancipation

Quels partages ? Quels objets ? Telles sont les deux questions principales qui nous permettront d'expliciter notre point de vue. À une époque aujourd'hui révolue, l'intérêt manifesté par des juristes pour les sciences sociales visait moins à élargir la connaissance des phénomènes sociaux qu'à renforcer la prééminence du point de vue juridique. Il a été ainsi affirmé que le droit constitue précisément la science sociale « par excellence », selon la formule de Louis Josserand³⁸, ou encore la « science sociale d'aboutissement », selon le mot de Georges Scelle³⁹. Le temps où le droit pouvait s'imaginer comme une discipline qui incarnerait et engloberait toutes les sciences sociales, ou réduisant, dans le meilleur des cas, les sciences sociales à des disciplines auxiliaires pour le droit n'est plus le nôtre.

L'hypothèse de l'analyse juridique de (x), bien entendu, ne vise ni à ériger le droit en une discipline qui incarnerait et engloberait les sciences sociales, ni à réduire les sciences sociales à des disciplines auxiliaires pour le droit. Loin de chercher à rapatrier les sciences sociales au sein des sciences juridiques, notre démarche procède du mouvement inverse. Elle n'est en rien totalisante : le point de vue juridique ne permet pas de tout dire sur un objet donné, y compris le droit. Cependant, nous pensons que l'analyse juridique comporte un apport propre, singulier, que ne proposent pas les autres sciences sociales, rendant intelligibles des objets sociaux. En cela, sur de nombreux sujets, la contribution des sciences sociales à l'intelligence du monde social ne serait que partielle si elle était privée de sa part d'intelligibilité juridique.

Cette vision peut provoquer quelques malentendus. Le débat entre Michel Troper et François Furet a pu en fournir jadis une illustration, mais a aussi permis de faire ressortir qu'une reconstruction historique de la Révolution française serait moins exhaustive sans une compréhension juridique du droit de veto, puisque cette particularité est l'une de cause du blocage du système imaginé par la Constitution de 1791⁴⁰. Mais si cette compréhension de la part qui revient au droit dans la crise de la monarchie est singulière – dans la mesure où elle est liée au caractère contraignant des normes juridiques et de ses exigences formelles –, elle ne résume pas à elle seule l'entièreté du conflit entre le Roi et l'assemblée. L'analyse juridique se présente dans une logique de multiplicité d'éclairages, dont la portée n'est pas donnée *a priori*. L'analyse juridique n'apporte qu'une contribution – singulière – sur le social et se trouve donc faire partie

38 « la science sociale par excellence, et la première de toutes, par son urgence, par son pouvoir de contrainte et par sa vertu d'organisation » : Louis Josserand, « Relativité et abus des droits », in *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Paris, 1936, p. 71-72. Cf. D. Deroussin, « L. Josserand : le droit comme science sociale ? », in D. Deroussin (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République. La Faculté de droit de Lyon*, Paris, Ed. La Mémoire du Droit, 2007, p. 63 et s.

39 Georges Scelle, « Empirisme, science et technique juridiques », in *Mélanges d'économie politique et sociale offerts à Edgard Milhaud*, Paris, PUF, 1934, p. 300. Sur cet auteur, voir également Carlos Miguel Herrera, « Un juriste aux prises du social. Sur le projet de Georges Scelle », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 21, 2005, p. 113-137.

40 Michel Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n° 6, 1992, pp. 1171-1183 et François Furet, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », dans le même volume, pp. 1185-1194.

intégrante des sciences sociales : de plain-pied, mais sans exclusive. Ainsi, l'analyse juridique n'exclut pas, loin s'en faut, d'autres points de vue sur des objets, y compris lorsque ces objets sont couramment considérés comme juridiques. Contrairement à Kelsen qui voyait dans la perspective juridique la seule à même de penser le concept d'État, nous estimons que l'analyse juridique n'apporte qu'une vue partielle, mais nécessaire, à la compréhension du monde social, tout en cherchant à éclairer la spécificité du mécanisme juridique dans le monde social⁴¹.

Cette orientation marque une volonté de construire un type de questionnement, qui ne se renferme pas sur lui-même, mais laisse ouverte la possibilité - et même la nécessité - d'alimenter la compréhension d'objets de recherche mis en commun. Que les sciences sociales puissent nourrir l'analyse juridique - et réciproquement, l'analyse juridique enrichir la compréhension du social - nous semble relever de l'évidence. Et cela sans ignorer que ces relations de proximité se déploient dans un contexte disciplinaire qui est fait aussi de rapports de pouvoirs, de concurrence, etc.

A proprement parler, l'apport de l'analyse juridique de (x) ne s'inscrit pas en soi dans une matrice « interdisciplinaire » : l'analyse fournie est « juridique », sans prétendre exclure d'autres apports. Cela dit, si l'analyse se revendique bien « juridique », elle n'entend pas rester exclusivement enfermée dans l'étude du droit, ce qui précisément étend ses potentialités d'échanges et de mise en partage d'objets, confortant ainsi son aptitude à prendre place dans des recherches, pour le coup, interdisciplinaires.

L'analyse juridique de (x) peut séduire par son ouverture, mais son approche des objets est-elle faisable ? C'est tout le défi, l'hypothèse de l'analyse juridique de (x) pourrait-on dire. Au risque de nous répéter, notre position est que l'analyse juridique ne mérite pas d'être cantonnée à des objets d'étude spécifiques : elle doit pouvoir porter sur les objets les plus variés, qu'ils soient ou non usuellement considérés comme « juridiques ». Au demeurant, quand bien même elle se limiterait à l'étude de la loi et de la jurisprudence, l'analyse juridique du droit n'a pas d'exclusive ; elle n'apporte qu'un regard parmi d'autres sur le droit. D'autres disciplines (histoire, science politique, sociologie, économie, philosophie, etc.) ont donc également vocation à analyser la part juridique du social. Cette part ne dépend pas du fait que l'opération soit réalisée par des juristes ou non. Cela dit, l'analyse juridique du droit n'est qu'une parcelle, au reste assez restreinte, du périmètre sur lequel peut porter l'analyse juridique. La loi et la jurisprudence ne sont ni le monopole de l'analyse juridique, ni son horizon. Elle peut porter sur des objets sociaux, et donc suivant en cela Durkheim, normatifs, ou encore des systèmes de pensée, des représentations abstraites, la liste reste ouverte à qui a l'audace d'entreprendre les voies de l'analyse juridique de (x) ! Ce qui est en jeu n'est pas exclusivement de décrire le droit mais de faire connaître la part de conceptualité juridique dans le monde social. Assurément, sur certains objets, l'hypothèse de l'analyse juridique ne conduira pas à des apports concluants. Mais pour

41 Pour nos essais respectifs sur la preuve, l'État social, le handicap, le genre, cf. *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016.

d'autres, ces apports peuvent être capitaux, l'analyse juridique assumant son appartenance aux théories critiques.

3. L'analyse de (x) comme apport aux théories critiques

En raison de sa double stratégie assumée, tournée aussi bien vers le droit que vers les sciences sociales –, l'analyse juridique de (x) délivre des messages distincts selon les interlocuteurs. Aux spécialistes de sciences sociales, il s'agit de montrer que la pensée juridique, en revendiquant une conceptualité propre, peut conduire à questionner le pouvoir, en révélant la spécificité juridique des mécanismes de domination dans les relations sociales, raciales, genrées, etc. Aux juristes, il s'agit de rappeler que l'analyse juridique de (x) peut fournir un examen « scientifique » du droit tout en refusant la « naturalisation » (au sens où l'on parle de « nature juridique »⁴²) des choix politiques qu'elle emporte, que ceux-ci soient explicites ou implicites.

Toute proposition épistémologique vient prendre place dans une trame de débats et dans une histoire qui l'ont précédée et qui éclairent ses visées. La pensée juridique, pas moins que la nature, a horreur du vide... L'analyse juridique de (x), par ses ambitions en tant qu'entreprise théorique, se place dans une tradition, celle des théories critiques du droit, au sens propre du terme. La théorie critique du droit est un projet traversé d'évolutions, et même de contradictions⁴³. En ce sens, et contrairement à ce qui a pu être soutenu autrefois par certains de ses adeptes, la critique juridique est un pluralisme, qu'il sera bien difficile de réduire aujourd'hui à un projet totalisant du type matérialisme historique. Du moins, c'est dans cet état d'esprit que nous prenons notre place à la table de cette famille.

Par sa propre position dans le champ juridique du XX^e siècle où elle est née, la théorie critique du droit assume la crise comme forme positive de la pensée, ou du moins comme un défi. En ce sens l'analyse juridique de (x) se place après la crise des approches critiques des années 1970-1980, telle qu'elle est décrite par l'un des représentants des *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy, au début des années 1990, en cherchant à assumer positivement ses aboutissants, une bonne décennie plus tard⁴⁴.

En effet, il résulta de cette « crise », fortement liée à celle que la gauche vécut dans les années 1980-1990, une mise en cause de plusieurs certitudes sur lesquelles ces projets s'étaient basés dans les décennies

42 Les objets n'ont pas de nature juridique indépendamment des discours qui les constituent. Ainsi, ce qui rend juridique un objet (entendu comme objet de la connaissance mais aussi comme objet de régulation) est le type de discours que l'on porte sur lui. Une conduite peut être dite juridique parce que le législateur s'en saisit, une question devient juridique parce que l'analyse juridique produit une connaissance spécifique sur elle. Dire qu'un objet devient juridique ne signifie pas qu'il devient du droit, moins encore du droit valide au sein d'un ordre juridique donné. C'est pourquoi l'analyse juridique de (x) est distincte d'un panjurisme, moqué par Carbonnier, qui verrait du droit partout dans la société. Le pouvoir de nommer des juristes n'est pas tout.

43 C. M. Herrera, « Ce que 'critique' veut dire (en théorie du droit). Beaucoup moins qu'un manifeste, pas vraiment une cartographie », *Jurisprudence. Revue critique*, n° 7, 2016, p. 75-87.

44 D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, 1997, p. 8-10.

1960-1970, et peut-être encore plus fortement l'émergence d'un ensemble de questions épistémologiques et politiques nouvelles qui étaient restées « invisibles » pour des conceptions qui donnaient au marxisme une place structurante dans la théorie critique, à des degrés variables selon les traditions. La question coloniale, le problème du genre, l'épreuve raciale n'avaient pas encore alimenté une démarche critique en droit ; ils sont depuis apparus comme des défis nouveaux pour une théorie critique⁴⁵.

Notre réflexion se place donc à ce moment précis, où la crise de la théorie critique du droit ouvre de nouveaux débats et renouvelle en profondeur le projet lui-même. Nous sommes sans doute traversés plus fortement par certaines de ces questions que par d'autres, mais au stade actuel de l'analyse juridique de (x), il convient de privilégier une position d'ouverture visant à multiplier les sources de cette critique. Ces interrogations pourraient se ramener à une question fondamentale qui surplombe notre démarche : *comment faire de la théorie critique du droit aujourd'hui ?*

Question qui porte, bien entendu, comme tant d'autres aspects explorés dans cet article, des conditionnements nationaux... Nous ne cherchons pas à échapper à la perspective située de notre travail : nous sommes des juristes français, ayant reçu une formation juridique française plus ou moins exclusive et travaillant dans des institutions d'enseignement et de recherche françaises. Certaines de nos questions n'échappent pas à ce type de gravitation, pas plus qu'à notre positionnement social (un emploi stable et plus ou moins bien payé, qui nous donne une certaine reconnaissance), raciaux (blancs, d'origine chrétienne) et de genre (un cercle majoritairement masculin). Les porter publiquement est déjà laisser ouverte une première porte à la critique de notre démarche. Mais nous n'entendons pas réduire notre ambition à l'Hexagone.

Si nous voulons spécifier davantage la première question énoncée plus haut, elle pourrait être retraduite de la manière suivante : *comment l'analyse juridique de (x) entend-elle faire de la théorie critique du droit ?*

Première rupture, même si elle demeure relative : nous cherchons d'emblée à échapper à des analyses externes au droit. En poursuivant une voie déjà présente dans les théories critiques des années 1970 – notamment lors des polémiques des *Critical Legal Studies* avec le mouvement *Law and Society* ou dans la dernière phase du mouvement français « Critique du droit » –, nous insistons sur la portée des concepts juridiques pour ce travail critique, y compris sur le plan politique, pour lequel elle présente une spécificité indéniable. Autrement dit, le travail de la critique peut se faire avec et par des concepts juridiques, en ce qu'ils ont de théorique, ces derniers n'étant disqualifiés par aucune infirmité politique ou scientifique intrinsèque.

45 Stéphanie Hennette Vauchez, Marc Pichard, Diane Roman (dir.), *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Paris, Dalloz, 2016 ; Hourya Bentouhami, Mathias Möschel (dir.), *Critical Race Theory*, Paris, Dalloz, 2017.

Mais justement : les concepts juridiques en tant que mode de rationalisation de l'expérience juridique ne sont-ils pas porteurs d'une vision occidentale du droit ? Il importe ici de souligner que la signification des concepts est d'emblée placée dans une perspective diachronique, qui les éloigne de l'idée, si juridique, de définition. Autrement dit, cela suppose d'intégrer, dans ces composés de significations que sont les concepts, des expériences non-européennes. Certainement, dans cet espace transnational de débats dans lequel nous place cette nouvelle mondialisation, la domination du Nord ne disparaît pas pour autant, loin s'en faut. Il nous suffit de penser à la prégnance globale de concepts juridiques comme « constitution », « Etat de droit » ou encore « propriété privée ». Mais justement, à l'intérieur d'une formulation qui a été frappée du signe de l'expérience occidentale, d'autres significations, d'autres historicités viennent les mettre en abîme, rendant ces concepts juridiques bien plus complexes. Ce processus a pu être illustré, par exemple, en mettant en avant le concept de « populisme constitutionnel »⁴⁶.

Cette inscription historique devrait nous éviter de tomber dans les pièges que tend toute rationalité occidentale ou encore patriarcale des concepts. Aussi bien pour ce qui est des sujets, y compris dans l'idée de droits de l'homme, que des temporalités, en évitant toute téléologie qui placera comme supérieure une seule forme juridique longtemps liée au développement de l'Etat-nation.

Mais nous entendons bien jouer ici le concept contre la définition, d'obédience positiviste. Autrement dit, une manière de faire de la théorie du droit qui n'érige pas l'axiomatique en principe, mais cherche le moyen de rendre compte de l'historicité qui parcourt le social, donc le droit. Il s'agit de montrer d'abord que la pluralité de significations révélée par cette analyse diachronique des concepts déclenche aussi une lutte pour les significations, dont tout arrêt – par le juge, le législateur, les autorités largement entendues – est toujours contingent, partiel. Plus encore, cette dépolitisation engendre des nouvelles formes de politicalité que l'analyse juridique peut expliciter. Car les concepts expriment aussi les opérations intellectuelles des juristes, immergés qu'ils sont dans une variété de considérations qui sont loin d'être neutres... Dans ce combat, qui est avant tout perçu comme interne au droit, se joue l'un des aspects politiques de l'analyse juridique de (x).

S'agissant d'une théorie critique, le politique ne se sépare pas de l'épistémologique : le défi de ce projet – sa spécificité – consiste à essayer de penser à la fois l'objet et sa transformation... La perspective conceptuelle que retient l'analyse juridique de (x) vise aussi à entraver toute tentation de bâtir un système fermé, auto-producteur, à l'image de la vocation prescriptive qu'a adopté l'épistémologie juridique du XIX^e et XX^e siècles dans un contexte de naissance et d'affirmation des savoirs. Si la forme « science du droit », dans laquelle les théories critiques se sont également

46 C. M. Herrera, « Constitutionalisme social et populisme constitutionnel », in C. M. Herrera (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 83-114.

moulées, est sans doute débitrice d'une rationalité occidentale, le questionnement postcolonial nous interdit de la postuler comme horizon indépassable. Il faut donc que l'analyse juridique de (x), dans sa propre réflexivité, puisse laisser ouvertes les voies de sa propre mise en question.

En particulier les théories critiques « eurocentristes » ont été mises en cause récemment au nom des épistémologies du Sud, conçues comme expressions d'un nouveau savoir postcolonial. Boaventura de Sousa Santos, pour ne citer que l'un des auteurs qui ont pris le risque de donner à ces expériences une forme positive, a souligné ce qu'il appelle la perte des termes critiques « substantivés » (du type socialisme ou lutte de classes), en soulignant le caractère contre-hégémonique que prennent alors les adjectifs sur le langage conventionnel (par exemple, en parlant de démocratie *participative* ou encore *radicale*), pouvant renverser au passage la signification des noms⁴⁷. Mais en même temps, cette théorie critique adjectivante resterait renfermée dans un horizon bien marqué d'indicibilité, dans la mesure où les substantifs déterminent également les termes du débat. Le sociologue portugais appelait alors à garder une distance avec la tradition eurocentrée, pour pouvoir capter la puissance émancipatrice décoloniale de certains concepts et expériences venant du Sud, et notamment du droit de l'Amérique latine. Une épistémologie du Sud exprime cette demande de nouveaux processus de production de connaissance, ainsi qu'un nouveau type de relation entre divers modes de connaissances, qui ne sont pas seulement scientifiques.

En raison de son ouverture sur ce qui est « droit », à ce qui lui est hétérogène selon les critères dominants, l'analyse juridique de (x) devrait pouvoir se garder des risques de sous-théorisation des pratiques juridiques innovantes, surtout quand elles comportent une logique d'émancipation, un reproche parfois adressé aux conceptions issues du Nord. Ici, l'importance de contester un monopole de l'étude du droit, que nous avons explicité plus haut, opère dans d'autres directions. Car si le droit est un objet en partage, il ne l'est pas seulement entre les sciences juridiques et les sciences sociales, la proposition déjoue un privilège épistémique à ce qui n'est que le produit d'une histoire.

En même temps, toute théorie critique, et partant l'analyse juridique de (x), vise toujours à désarmer les ambitions totalisantes. Autrement dit, la volonté de se réarmer épistémologiquement ne doit pas conduire à l'érection d'un nouveau système, une autre totalité en somme, fondée, par exemple, sur les expériences cognitives du Sud⁴⁸. Aussi, le combat pour la reconnaissance et contre la logique de l'inexistence des expériences juridiques extra-européennes, que nous accueillons pleinement comme étant « du droit », ne doit pas conduire à une reconstruction positive,

47 Boaventura de Sousa Santos (ed.), *Another Knowledge Is Possible: Beyond Northern Epistemologies*, Verso, 2008 ; « Epistémologies du Sud », *Etudes rurales*, n° 187, 2011, p. 21-50. Voir également : Dipesh Chakrabarty, « Postcoloniality and the Artifice of History: Who Speaks for "Indian" Pasts? », *Representations*, n° 37, 1992, p. 1-26 ; Rajeev Bhargava, « Pour en finir avec l'injustice épistémique du colonialisme », *Socio*, n° 1, 2013, p. 41-75.

48 La question se pose sans doute autrement dans les luttes des femmes, mais ce n'est pas le lieu pour le traiter.

d'essence affirmative donc, même s'il se fait sur d'autres bases. La négativité, en tant que dimension centrale de la théorie critique, doit être toujours préservée.

Bien entendu, cela n'implique pas de stériliser la potentialité politique de ces projets du Sud ou portés par d'autres sujets (raciaux, genrés...) au nom d'une critique de la critique par trop abstraite, qui pourrait se renverser à nouveau comme la marque d'une domination impériale, patriarcale, coloniale. Au contraire, ces récits (décolonisateur, racial, féministe, *queer*) même reconstruits sous une forme positive, peuvent toujours produire des effets critiques importants, de par leur position toujours dominée dans la structure sociale.

Mais cela nous conduit à l'autre grand questionnement qu'une inscription dans la théorie critique peut faire naître : quel sens cela a-t-il de vouloir rester dans le champ juridique ? On sait que dans les années 1970 une bonne partie des juristes publicistes appartenant au mouvement français « Critique du droit » ont préféré migrer vers la science politique, qui apparaissait à l'époque comme plus porteuse d'ouverture, tout en offrant des possibilités de carrière après l'émergence d'un concours et d'une section propre au sein du Conseil national des universités. Après tout, si ce qui nous intéresse est de savoir ce que les concepts juridiques font au social, pourquoi prendre le bord juridique et ne pas se placer directement sur ce terrain ? Le risque, nous l'avons déjà soulevé, serait de perdre ce qu'il y a de spécifiquement juridique dans le social. Le problème de l'analyse juridique de (x) est celui de la connaissance à la fois *du droit* et *par les concepts juridiques*.

Du moment où l'analyse juridique de (x) contextualise et situe historiquement et théoriquement le droit (la règle juridique, le concept juridique), elle en fournit aussi une cartographie politique. En cela, elle rend le droit intelligible (et dès lors disponible) aux acteurs sociaux, qu'il s'agisse de le mobiliser ou de s'y opposer. Cet aspect agissant de la critique (plus critique du droit que théorie critique) peut-il ouvrir à d'autres perspectives ?

En tout cas, il faut que la démarche déconstructive qui caractérise les théories critiques reste toujours active, à tous les niveaux de l'analyse juridique de (x), et surtout interne, car elle ne veut pas déboucher sur la construction d'une méthodologie qui serait clôturée – encore moins fonder une « école ». Déconstruction du discours des juristes au premier chef, mais aussi des discours extra-juridiques qui oblitèrent la place du droit dans l'explication du monde social, tel qu'il se présente à nous au moins depuis le XVI^e siècle. Et déconstruction à son tour de l'analyse juridique de (x), au nom des perspectives postcoloniales ou *queer*... L'hypothèse de l'analyse juridique de (x) est aussi vectrice d'un processus critique et réflexif.

Aussi, la conclusion de la présente explicitation de l'analyse juridique de (x) est un acte d'ouverture. Il est possible d'en récapituler les principales propositions aux fins de faciliter une nouvelle discussion.

La démarche que nous proposons s'inscrit au sein des sciences juridiques et de la richesse de ses modes de conceptualisation ; elle se caractérise par son aptitude à analyser tout objet en lui apportant un éclairage juridique, sans se restreindre à des phénomènes associés à l'étude du droit, de ses institutions ou de la justice ; elle ne se limite donc pas à une analyse des règles de droit et de la jurisprudence. Elle a l'ambition de participer à la construction de ses objets, comme d'autres sciences, en affirmant sa singularité.

L'analyse juridique que nous proposons entend apporter une contribution à l'étude d'objets en partage avec d'autres domaines de la connaissance, en particulier les autres sciences sociales ; elle prétend ainsi s'émanciper de deux visions réductrices, l'une cherchant à utiliser les sciences sociales au service du droit, l'autre à appréhender le droit comme un univers clos au service du pouvoir, et par là même incapable d'élaborer un point de vue critique utile aux dominés.

L'analyse juridique que nous proposons offre un point d'appui à des remises en cause théoriques, épistémologiques et politiques ; elle entend constituer un apport critique à même, tout à la fois ou alternativement, d'apporter un éclairage conceptuel renouvelé sur certains objets et de participer activement à des combats sociaux en tant que juriste.