



Livre

1981

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Sociologie du droit privé en trois questions

Perrin, Jean-François

How to cite

PERRIN, Jean-François. Sociologie du droit privé en trois questions. Genève : CETEL, 1981. (Travaux CETEL)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4971>

Travaux CETEL, no 17

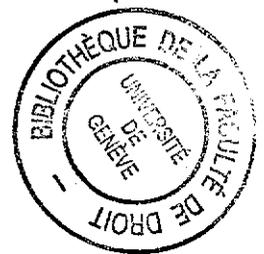
SOCIOLOGIE DU DROIT PRIVE
EN TROIS QUESTIONS

A
18.26
PERR
1981

BFDB 4754

Jean-François PERRIN

Eté 1981



CETEL
p.a. Faculté de droit
Université de Genève
5, rue Saint-Ours
CH 1211 GENEVE 4

UNI-GE



1070834421

2359 92260

Question no 1

Qu'est-ce que la sociologie du droit ?
(Objet de la sociologie juridique)

A./ Un regard "sociologique"... ?

a) Qui a "inventé" la sociologie ?

Qu'est-ce qu'un regard "sociologique" ? Il faudrait pouvoir définir la sociologie pour répondre convenablement. Or, la tentative nous épuiserait tant il est vrai que, comme l'écrit Raymond ARON, cette discipline "... paraît être caractérisée par une perpétuelle recherche d'elle-même." (Raymond ARON, 1962, p. 13). Les choses sont compliquées car si Auguste COMTE inventa le terme et si il n'est plus question de contester sérieusement que la sociologie existe en tant que discipline distincte, il n'est pas moins vrai que l'on qualifie maintenant de "sociologique" un type de regard sur les phénomènes sociaux qui était jeté bien avant que la sociologie ne soit enseignée en tant que telle dans nos universités. Emile DURKHEIM exprime dans les termes suivants la question de la parenté entre les fondateurs et les précurseurs : "Et pourtant ce n'est pas seulement le français Auguste COMTE qui a été le premier à lui donner son fondement propre, à en distinguer les parties essentielles et à lui donner un nom particulier, à vrai dire un peu barbare : le nom de "sociologie"; mais tout cet élan qui nous porte aujourd'hui vers les problèmes sociaux, est venu de nos philosophes du XVIIIe siècle. Dans cette brillante cohorte d'écrivains, MONTESQUIEU se détache parmi tous les autres : c'est lui, en effet, qui, dans son livre "De l'Esprit des Lois", a établi les principes de la science nouvelle." (DURKHEIM, 1966, p. 26).

Il émerge de cette genèse un corpus de concepts, une démarche, un abord de problématique que l'on peut décrire. Paul LAZARSFELD exprime l'idée dans les termes suivants : "Il existe désormais un mode de pensée sociologique, une façon de poser les problèmes et d'expliquer les faits, qui s'est fondue en une discipline caractérisée par des techniques de recherche nouvelles et par la quête prometteuse d'une certaine cohérence intellectuelle." (LAZARSFELD, 1971, p. 10). Nous tenterons d'identifier ce mode de pensée, - non pas en l'exposant pour lui-même, - mais en montrant comment il se met en oeuvre pour expliquer un phénomène social déterminé : le phénomène juridique. L'exemple n'est d'ailleurs pas trop mal choisi... Les précurseurs ne pouvaient pas l'avoir oublié dans leurs développements généraux car ils étaient le plus souvent par leur formation juristes ou, à tout le moins très "imprégnés" de droit. Cette discipline n'est-elle pas la plus

vénéralable (par l'âge en tous cas) des tentatives de transcription ou de traduction des rapports sociaux, ... , donc la plus ancienne des sociologies ?

b) Quelles sont les particularités fondamentales de la "démarche sociologique" ?

L'abord du problème des fondements d'une discipline fait sans exception l'objet d'un discours philosophique. Celui-ci fixe un point de départ (ou un point d'ancrage), soit une première option à partir de laquelle le processus de pensée peut et doit se déployer.

b.a) Au départ du processus cognitif; une négation ?

La démarche sociologique se définit d'abord négativement. Elle se veut anti-métaphysique, anti-dogmatique, anti-aprioriste, anti-idéaliste. On dira dans cette perspective que la métaphysique est le monde des spéculations gratuites et de la construction arbitraire des objets. Il ne faut pas créer les principes qui sont à la base de notre entendement ou postuler leur existence sans démonstration. L'attitude métaphysique est présentée comme une démarche anté-scientifique dont les spéculations ne livrent pas un accès sûr à la vérité. Le début du processus cognitif ne doit pas être un acte de foi; il doit lui-même faire l'objet d'un questionnement plus intense que tous ceux qui lui seront subséquents. Le refus de l'a priori et du dogme est un point capital; c'est lui qui constitue le signe distinctif décisif et caractéristique de la démarche. On associe souvent, non sans raison, regard sociologique et regard sceptique sur les "choses" sociales. Ce trait explique certains réflexes anti-sociologiques (avoués ou, le plus souvent larvés) que l'on rencontre fréquemment chez les penseurs dogmatiques. De nombreux esprits seraient séduits par la méthode sociologique mais ils reculent car ils craignent que les conséquences de cet "agnosticisme" ne les mènent là où ils ne veulent pas aller ! Jean CARBONNIER exprime bien l'idée dans les termes suivants : "La philosophie du droit reste attentive aux activités de la sociologie juridique. D'une attention parfois inquiète : l'agnosticisme - pourtant purement méthodologique - que la sociologie professe à l'égard de tout système de valeur ne risque-t-il pas d'ébranler le nécessaire crédit des règles de droit auprès de leurs sujets ?" (Jean CARBONNIER, 1978, p. 26).

b.b) Ensuite ?... une description fidèle, c'est-à-dire "scientifique" du phénomène.

La récusation de l'a priori étant érigée en dogme - si l'on peut se permettre cette méchante boutade - que faut-il mettre à la place ? Une théorie de la connaissance qui ne crée pas son point de départ mais qui le "décrit" en "interprétant" le réel. DURKHEIM exprime la démarche dans les termes suivants qui sont un modèle du genre : "La description n'est cependant que le degré le plus bas de la science : celle-ci ne s'achève que par l'interprétation des choses... Interpréter les choses, ce n'est rien d'autre que disposer les idées que nous en avons, selon un ordre déterminé qui doit être le même que celui des choses. Ce qui suppose que, dans les choses

elles-mêmes. cet ordre existe,..." (DURKHEIM, 1966, p. 37).

On sait que certaines formules apparaissent maintenant naïves et désuètes à cause de l'éternel retour de certaines questions fondamentales. Nous tentons surtout de rendre compte d'un certain discours; en l'occurrence du discours "scientifique" sur un "objet" social. La sociologie a (à tout le moins avait) la prétention de procéder à une investigation "scientifique" de la société. La sociologie du droit est une investigation qui se dit "scientifique" sur le droit; somme toute, une prétention (nouvelle) au monopole de la vérité sur l'objet "droit". Plus concrètement, ce "scientisme" se traduit par une attitude de confiance en la réalité phénoménale de ce qui est livré par la seule expérience ou par l'observation fidèle au phénomène.

B./ ... Sur le "phénomène juridique" ?

a) Qu'est-ce qu'un fait social ?

Regarder les faits sociaux comme des "choses", telle est la proposition qui est faite par DURKHEIM. Mais encore : quels faits appelle-t-on "sociaux" ? L'éminent auteur a produit une définition qui est souvent contestée, peut-être précisément parce qu'elle flaire bon "le juridisme"... raison pour laquelle elle nous convient provisoirement et pour les besoins d'une sociologie particulière. DURKHEIM introduit le concept dans les termes suivants : "Chaque individu boit, dort, mange, raisonne et la société a tout intérêt à ce que ces fonctions s'exercent régulièrement. Si donc ces faits étaient sociaux, la sociologie n'aurait pas d'objet qui lui fût propre, et son domaine se confondrait avec celui de la biologie et de la psychologie.

Mais, en réalité, il y a dans toute société un groupe déterminé de phénomènes qui se distinguent par des caractères tranchés de ceux qu'étudient les autres sciences de la nature.

Quand je m'acquitte de ma tâche de frère, d'époux ou de citoyen, quand j'exécute les engagements que j'ai contractés, je remplis des devoirs qui sont définis, en dehors de moi et de mes actes, dans le droit et dans les mœurs. Alors même qu'ils sont d'accord avec mes sentiments propres et que j'en sens intérieurement la réalité, celle-ci ne laisse pas d'être objective; car ce n'est pas moi qui les ai faits, mais je les ai reçus par l'éducation. Que de fois, d'ailleurs, il arrive que nous ignorons le détail des obligations qui nous incombent et que, pour les connaître, il nous faut consulter le Code et ses interprètes autorisés ! De même, les croyances et les pratiques de sa vie religieuse, le fidèle les a trouvées toutes faites en naissant; si elles existaient avant lui, c'est qu'elles existent en dehors de lui. Le système de signes dont je me sers pour exprimer ma pensée, le système de monnaies que j'emploie pour payer mes dettes, les instruments de crédit que j'utilise dans mes relations commerciales, les pratiques suivies dans ma profession, etc., etc., fonctionnent indépendamment des usages que j'en fais. Qu'on prenne les uns après les autres tous les membres dont est composée la société, ce qui précède pourra être répété à propos de chacun d'eux. Voilà donc des manières d'agir, de penser et de sentir qui présentent cette remarquable propriété qu'elles existent en dehors des consciences individuelles.

Non seulement ces types de conduite ou de pensée sont extérieurs à l'individu, mais ils sont doués d'une puissance impérative et coercitive en vertu de laquelle ils s'imposent à lui, qu'il le veuille ou non... Voilà donc un ordre de faits qui présentent des caractères très spéciaux : ils consistent en des manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui." (DURKHEIM, Les règles de la méthode sociologique, 1973, p. 4 et 5). Dès lors "est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure." (DURKHEIM, 1973, p. 14).

b) N'existe-t-il pas plusieurs types de faits sociaux ?

L'auteur le dit lui-même, sa définition couvre nombre de faits sociaux qui sont définis "dans le droit et dans les mœurs". Notre objet n'est donc pas défini. Nous avons défini le genre mais pas l'espèce. Il existe divers types de faits sociaux et nous nous intéressons surtout à l'un d'eux, dont les traits spécifiques ne figurent pas dans la définition toute générale qui est proposée. Il s'agit maintenant d'identifier ces particularités, démarche qui fait la différence entre la quête de l'objet en sociologie générale et en sociologie juridique.

c) Circonscrire le "phénomène juridique"... Est-ce nécessaire ?

La démarche scientifique implique l'observation. Il faut isoler, délimiter, donc définir le phénomène qui fait l'objet de l'étude. Cette délimitation fut voulue en matière sociale par DURKHEIM lui-même. Il s'exprimait en les termes suivants dans l'introduction du Suicide : "... le savant ne peut prendre pour objets de ses recherches les groupes de faits tout constitués auxquels correspondent les mots de la langue courante... il est obligé de constituer lui-même les groupes qu'il veut étudier, afin de leur donner l'homogénéité et la spécificité qui leur sont nécessaires pour pouvoir être traités scientifiquement. C'est ainsi que le botaniste, quand il parle des fleurs ou des fruits, le zoologiste, quand il parle de poissons ou d'insectes, prennent ces différents termes dans le sens qu'ils ont dû préalablement fixer." (DURKHEIM, Le suicide, 1976, p. 2). Cette option méthodologique peut conduire à l'erreur lorsque l'objet possède, outre des particularités spécifiques, les particularités d'un phénomène plus général qui englobe le phénomène spécifique. La norme juridique pourrait bien être indéfinissable en soi. Insérée dans un tout structurel plus vaste, son identité pourrait par contre apparaître clairement. Voici dès lors que par fidélité aux prémisses indiquées, les sociologues du droit vont se lancer dans une recherche dont le point de départ est ce que nous pourrions appeler le syncretisme normatif : l'étude de l'ensemble complexe que constitue le contrôle social au sens large. Ils vont étudier les phénomènes d'inter-normativité avec l'objectif d'identifier mieux ainsi l'"instance juridique". Les sociologues du droit se fondant tant sur la diachronie de leur propre société que sur des analyses transculturelles, constatent les incessants échanges qui se produisent entre le social non-juridique et le social juridique. Ils observent que tel contenu normatif était véhiculé en la forme d'un précepte religieux ou moral puis, qu'à la suite d'un événement historique clairement identifiable, le même contenu devient "juridique". Le processus est inverse parfois (déjuridicisation). Les sociologues du droit

admettent que le droit peut "coiffer" n'importe quelle règle sociale indépendamment de son contenu. Le juridique est donc une sous-catégorie du social : une règle sociale avec un trait spécifique. Encore faut-il définir cette spécificité et c'est ici que les difficultés resurgissent. La frontière entre le juridique et le social est fluctuante... Qu'est-ce qui fluctue ? Certains auteurs comparent la réflexion sur cette question à la quête du Saint Graal (CARBONNIER, 1979, p. 252). On ne peut se satisfaire de ce refus. D'autres auteurs, partant notamment d'un point de vue marxiste, tournent en dérision les impasses de ces réflexions (MIAILLE, 1976, p. 95 ss.). A notre avis, on ne peut et on ne doit pas échapper à la nécessité de définir l'objet dont on veut faire la sociologie et le fait de situer le phénomène au sein de sa catégorie englobante ou le fait de parler d'"instance juridique" ne peut en aucune manière dispenser de dire ce que l'on appelle juridique d'une manière précise. Il faut absolument sortir de la contradiction suivante :

- Il est évident que, sociologiquement, les contours du phénomène juridique sont imprécis. La frontière entre le social et le juridique est, sur la base des données d'observation, manifestement floue et insaisissable.

- Il faudrait savoir de quoi l'on parle lorsque l'on utilise le mot "juridique". On ne peut pas à la fois s'intéresser à un phénomène et dire que sa définition constitue une pure chimère. Ce refus est d'autant plus inacceptable qu'une définition de ce qu'il faut observer est, comme nous le montrerons plus bas par l'exemple, une véritable nécessité méthodologique : une sociologie qui se dit "juridique" ne s'intéresse pas à tout le champ social mais à une portion de celui-ci. A quelle portion ? Quels sont les critères qui déterminent ce que l'on inclut et, corollairement, ce que l'on exclut du champ d'investigation ?

Jean CARBONNIER distingue le droit "dogmatique" (... tel qu'il est traditionnellement enseigné dans les facultés de droit, pratiqué dans les tribunaux... cf. Sociologie juridique, 1978, p. 21) de la sociologie juridique, - non par l'objet (unique dans les deux cas) - mais par "l'angle de vision", le "point de vue" de l'observateur. Ainsi écrit-il : "Le même objet que le droit dogmatique analyse du dedans, la sociologie du droit l'observe du dehors" (Sociologie juridique, 1978, p. 22). C'est pour l'auteur, ce regard de l'extérieur, qui fournit la définition de la sociologie juridique; quant à l'objet, il n'est pas affecté par ce regard. Juristes et sociologues regardent la même chose : le droit. (Pour une critique de cette définition de la sociologie du droit, cf. Etat des questions, in Jean CARBONNIER, Sociologie du droit, 1978, p. 23).

Mais qu'est-ce que "le droit"; est-ce une évidence; une donnée immédiate de la conscience; une "réalité" qui, à l'instar de celles qui appartiennent au domaine des choses physiques, s'impose à nos sens ? L'option fondée sur la différence de point de vue ne dit rien à ce sujet.

d) Qu'est-ce que le droit ? Le point de vue interne.

A cette question l'on peut répondre par une définition dite "interne" : le droit produit lui-même les critères de validité des règles qui le constituent. Nous avons essayé de donner une allure générale (et quelque peu "supra-historique") à cette tentative : "toute norme sera qualifiée de juridique lorsqu'elle sera produite en conformité de la théorie des sources du droit en vigueur." (cf. J.-F. PERRIN, Pour une théorie de la connaissance

juridique, 1979, p. 89-90). Jean CARBONNIER donne à la même idée une expression plus sociologique en affirmant qu'il est possible de tenir "pour empiriquement acquis que telles normes sont juridiques et telles autres ne le sont pas" (J. CARBONNIER, Essai sur les lois, p. 252).

Le sociologue du droit peut-il se satisfaire de cette définition interne ? Ne s'intéresse-t-il qu'à ce qui est étiqueté "droit" par les juristes dogmaticiens ? - Ceux-ci décident, à partir du 1er janvier 1976 que le port de la ceinture de sécurité est obligatoire en Suisse, - l'objet appartient à la sociologie du droit. Quelques mois plus tard, le Tribunal fédéral infirme la validité de l'ordonnance du Conseil fédéral (ATF 103 (1977) IV, p. 192). L'objet cesse-t-il d'être intéressant pour le sociologue du droit ? Quelques années après, le parlement, puis le peuple, statuent sur la question. L'objet a-t-il réssuscité ? Le divorce n'existe pas selon la loi civile espagnole actuellement en vigueur; il existe par contre en Suisse. Ce sujet n'est-il intéressant que du point de vue de la sociologie du droit en Suisse ? Le droit suisse ne demande pas aux futurs époux pour quels motifs ils manifestent l'intention d'avoir recours à l'institution matrimoniale. Une recherche de sociologie juridique doit-elle s'interdire d'investiguer cette question qui serait sans pertinence pour elle ?

Derrière tous ces exemples se profile "l'hypothèse du non-droit", notion décrite dans les termes suivants par J. CARBONNIER : "Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent" (Flexible droit, 1979, p. 20). Il s'agit d'une expression volontairement paradoxale des problèmes d'inter-normativité : on observe les divers types de régulation sociale et l'on étudie les parentés, les relations de collaboration ou de conflit qui se nouent entre les divers ordres normatifs et plus particulièrement, entre ceux qui se disent "non-juridiques" et ceux qui se présentent sous le couvert du droit. Ce "non-droit", à l'évidence, est un objet essentiel de la sociologie juridique; preuve en est l'importance qui lui est concédée par les travaux des sociologues du droit... C'est alors que l'on ne comprend plus ! Comment détermine-t-on ce qu'est le "non-droit" ? On dit que c'est ce qui pourrait devenir du droit, mais quel est le critère de ce qui peut devenir du droit, par opposition à ce qui ne le peut pas ? Le "non-droit" est-il tout le social non-juridique ? Où est dès lors la différence entre la sociologie générale et la sociologie juridique ?

e) Qu'est-ce que le droit ? Le point de vue externe

Il faut donc répondre autrement. L'idée est alors venue de rechercher une définition qui n'emprunte pas sa validité au droit dogmatique mais qui est spécifique à la démarche sociologique. Elle est dite externe. On veut indiquer par là que cette définition prend appui sur des traits communs, des "apparences", des formes que possèdent tous les systèmes juridiques, indépendamment de ce que ceux-ci^{ci} disent d'eux-mêmes. On a souvent proposé comme élément externe, "signant" le juridique, le critère de la "contrainte sociale organisée" ou l'une de ses variantes (par exemple : la justiciabilité) (cf. sur cette question J. CARBONNIER, La sociologie juridique en quête de ses frontières, p. 17). L'une des tentatives les mieux élaborées de construction d'une définition spécifique émane de l'auteur belge HAESAERT, très intéressé par la perspective sociologique (HAESAERT, 1948).

Rendons compte de cette intéressante construction : Que peut-on lire en contrebas de la préoccupation qui cherche à dissocier le droit de la morale ? L'idée est fort simple : il existe un clivage entre ce qui est perçu comme socialement obligatoire et ce qui est perçu comme juste. Un soldat sait qu'il doit saluer selon certaines formes un supérieur, même s'il méprise celui-ci et même encore s'il récuse complètement au niveau de son éthique la "supériorité" de la fonction exercée par l'officier. Les syndicalistes espagnols avaient un discours concernant la "légalité" des mesures franquistes limitant le droit de grève. Le Coran distingue entre les préceptes dont il faut rendre compte à Dieu seul ^{et ceux} dont on est comptable devant la communauté humaine. Il existe donc une catégorie mentale de l'inconditionnellement obligatoire. Le plus souvent, il n'y a pas de hiatus entre ce qui est ainsi perçu comme devant être socialement et ce qui est perçu comme devant être au regard de l'éthique de l'agent. Le hiatus peut cependant exister et il signe la spécificité possible du plan juridique. L'inconditionnellement obligatoire existe en tant que catégorie mentale indépendante du perçu comme juste. La "totalité" sociale se compose de ce qui :

- est perçu comme inconditionnellement obligatoire (droit) et de ce qui
- est perçu comme juste (morale).

Mais la définition n'est pas encore complète car, pour l'instant, nous donnons raison au pirate qui, interpellé par Alexandre, répondit que la taille de leur flotte respective constituait entre eux deux la seule différence (cf. Lucien FRANCOIS, ¹⁹⁷⁸ p. 162). Certains auteurs récents nient toute différence, d'un point de vue sociologique, entre les injonctions du pirate et celles d'Alexandre, entre le bandit des grands chemins et le percepteur. Il y a pourtant la nuance de la "ratification" collective (forcée ou volontaire, nous ne sombrons pas dans le "contractualisme" !) qui fait défaut dans le premier cas. Le sujet fait la différence entre un impôt et un simple racket. HASAERT a mis le doigt sur cette différence. Le juridique est non seulement la catégorie de ce qui est perçu comme socialement obligatoire mais, et c'est une deuxième condition, la catégorie de ce qui fait l'objet d'une certaine ratification collective. Le juridique serait donc le résultat d'un cumul. Il serait

- la catégorie mentale du perçu comme inconditionnellement obligatoire
- reconnu tel par la collectivité sociale.

L'auteur propose la définition suivante : "Ecartant de ces données les éléments accidentels, nous définissons le juridique comme une organisation des synergies humaines, selon une attitude mentale des parties, qui lui prêtent un caractère inconditionnellement obligatoire, confirmé par la communauté sociale intéressée." (J. HASAERT, 1948, p. 194, c'est nous qui soulignons).

Mais, objectera-t-on, cette définition est imprécise sur deux points :

1) Concernant la première condition on dira qu'il y a un "certain flou" sur l'identité du sujet qui doit ressentir le caractère inconditionnellement obligatoire. S'agit-il du destinataire ?

- Que se passe-t-il lorsqu'il est incapable de discernement, enfant en bas-âge, ignorant du droit, etc. etc. ? Il faut préciser la définition. On peut rétorquer ceci : l'antinomie entre sujet destinataire et applicateur est artificielle. AMSELEK (1964) a montré que les mêmes assertions normatives s'adressent tantôt à un destinataire dont on veut provoquer un comportement conforme et tantôt à l'homme-juge qui doit évaluer le comportement d'autrui. Lui aussi peut percevoir l'injonction normative comme incondition-

tionnellement obligatoire.

2) Quant à la condition no deux, il est vrai qu'elle est foncièrement imprécise. Elle constitue le type de concept sociologique qui n'est pas directement utilisable d'un point de vue dogmatique. Rappelons que notre plan est externe, et plus particulièrement sociologique. Si l'on veut spécifier à une unité près ce que recouvre ce concept de "reconnaissance", il faut changer de registre. Il faut se référer au "Contrat social" qui, quoi qu'on en dise, n'est pas une oeuvre sociologique, mais, bien au contraire, le type de construction dogmatique. Le suffrage universel majoritaire offre une excellente solution. Les deux plans possèdent leurs critères de vérité. Ce qui est insoutenable c'est de vouloir utiliser les critères d'un plan pour évaluer l'autre plan. On ne peut d'un point de vue dogmatique, juger de la théorie de J. HAESAERT qui est sociologique ou vouloir d'un point de vue sociologique juger de la légalité d'une ordonnance.

f) Les perspectives interne et externe sont-elles étanches ?

Ces principes étant posés, il faut aussi garder à l'esprit qu'en certaines circonstances, certaines interférences de plans doivent être prises en considération. Ainsi par exemple, la "désuétude" admise comme phénomène abrogatoire, implique la prise en considération d'une interférence du plan sociologique au plan dogmatique. De telles particularités ne diminuent en rien la nécessité d'une distinction, au niveau des principes. Il faut bien distinguer les plans, ...ne serait-ce que pour mieux mettre en évidence ensuite l'existence d'une plage. La désuétude est une telle plage.

Ce qui est donc "convenable", c'est de se demander si, sur son propre plan, la définition proposée offre une cohérence suffisante et constitue un instrument méthodologique capable de délimiter l'objet dont traite le sociologue du droit dans sa démarche. Rappelons l'exemple des ceintures de sécurité en Suisse. L'objet a-t-il cessé d'appartenir à la sociologie du droit après l'arrêt du Tribunal Fédéral (ATF 103 IV, p. 192). Il est bien clair qu'au moment où elle est entrée en vigueur, cette norme fut perçue comme inconditionnellement obligatoire, même par ceux qui la combattaient le plus ardemment. Pour des raisons dogmatiques, on lui refusa ensuite la validité "juridique".

Qu'en était-il d'un point de vue sociologique ? La presse fit état du litige et des arguments juridiques des opposants. Longtemps avant la décision du Tribunal Fédéral, les polices cantonales cessèrent de manier la sanction parce qu'elles sentaient d'une part que le processus de reconnaissance s'effritait et que d'autre part le processus d'invalidation formelle avait certaines chances d'aboutir. Nous constatons donc sur la base de cet exemple que :

- La catégorie mentale de l'inconditionnellement obligatoire existe en tant que concept psycho-sociologique indépendamment de la validité dogmatique d'une règle qui se dit juridique.
- Le concept de reconnaissance a une existence sociologique tout aussi indépendante du processus formel de ratification ou d'invalidation d'une norme qui se dit juridique.

g) Cette définition permet-elle de déterminer un champ de recherche ?

Cette définition est susceptible de "baliser" le champ du non-droit, objet très important de la recherche en sociologie juridique. Il nous paraît utile de l'adopter en principe, s'il s'agit de pratiquer la sociologie juridique empirique. Cette prise de position n'implique aucun mépris à l'égard du point de vue interne. Les catégories du droit dogmatique ne seront que mieux explicitées si elles sont étudiées, "enveloppées" dans le social et considérées, dès le départ, comme occupant le devant de la scène. Il n'y a d'ailleurs, concrètement, le plus souvent pas de contradiction entre les perspectives interne et externe !

Le droit dogmatique est un indice indispensable, au début d'une recherche, au moyen duquel on peut "repérer" l'objet; c'est-à-dire les représentations de ce qui est conçu et perçu comme obligatoire ou de ce qui est en train de le devenir. Il est prudent de partir de l'indice, dans un système de légalité, parce que la loi fait l'objet, au moment de son élaboration, d'une campagne d'imprégnation des consciences. Il y a donc de fortes chances qu'en investiguant le "légal" on investigate le socialement "perçu comme obligatoire".

Mais il ne s'agit que d'un indice et non pas d'un champ de préoccupation exclusif. Ainsi, par exemple, la sociologie juridique peut-elle légitimement s'intéresser

- au concubinage... parce que, malgré le silence de la loi civile, que les concubins le veuillent ou non, leur situation de fait est sujette à régulation, c'est-à-dire à contrainte, voire même à réglementation;
- à la garde conjointe des enfants de parents divorcés, parce qu'elle est proposée par certains groupes de pression;
- au mode de sélection des skieurs de l'équipe nationale, parce qu'il n'y a, "objectivement", aucune différence entre ce type de régulation et celles qui président à la sélection d'une candidature à un poste de magistrat ou d'enseignant.

On le voit, le critère du "perçu comme socialement obligatoire" balise un champ très vaste, vaste mais non arbitrairement fermé, tel est son avantage, par opposition à la perspective interne.

h) Droit = somme des normes juridiques ?

Les développements qui précèdent partent d'un a priori qu'il faut maintenant justifier. L'objet "droit" paraît s'identifier à l'étude des normes qui le constituent en un système et qui, de ce fait, sont dites "normes juridiques"; la norme juridique apparaît donc comme l'élément constitutif de base du droit. L'étude de l'objet "droit" s'effectue donc par l'explication du phénomène "norme juridique".

Cette réduction des dimensions du problème n'est cependant possible que si elle est accompagnée d'une série de précautions dont voici l'essentiel :

1) Il faut dire ce qu'est une norme juridique.

Elle est d'abord un "modèle de rapport social nécessaire", soit la représentation d'une relation qui doit se nouer entre sujet et sujet, entre sujet et groupe, entre groupe(s) et groupe(s). Nous nous sommes suffisamment exprimés ci-dessus en ce qui concerne la spécificité des types de norme qui nous intéressent, soit les normes dites "juridiques".

2) L'étude des normes juridiques - du point de vue de la sociologie du droit - s'entend comme la mise en évidence des interrelations qui se nouent entre l'univers des faits (réalité sociale) et l'univers des normes juridiques.

Il faut bien préciser que cette "fixation" sur la norme n'exclut en rien - bien au contraire, comme nous allons le voir - l'incorporation des "faits" dans l'objet d'étude. La norme ou modèle est une "représentation abstraite", une peinture des faits sociaux; mais ceux-ci, constitutifs de la "réalité sociale", ont une existence propre, indépendante de la norme qui tente d'en faire une reproduction (souvent fictive, et en tous cas jamais exhaustive). Il va de soi que le monde de la "réalité sociale" - à tout le moins une portion de celle-ci - appartient à l'objet de l'étude en sociologie juridique. Il est à peu près certain que les normes juridiques sont susceptibles d'appréhender n'importe quel élément de la réalité sociale, et même de l'imaginaire social (le commerce avec le diable a fait l'objet de normes juridiques). Ne faut-il pas dire dès lors que la sociologie juridique s'intéresse principalement à la réalité sociale et accessoirement à la liaison entre cette réalité et le monde des normes juridiques ? C'est une question de champ spécifique et de délimitation de compétence (arbitraire, au fond) entre les sociologies générale et juridique. Le champ "réservé" de la sociologie juridique serait celui, non pas de toute la réalité sociale, mais de la portion de celle-ci dont l'étude est pertinente du point de vue du découpage ou du balisage effectué par les normes juridiques (par celles qui sont "positives" autant que par celles qui pourraient l'être).

En résumé, nous pouvons dire que nous ne nous intéressons :

pas à toute la réalité sociale mais à la portion (a priori illimitée) de celle-ci qui est ou serait susceptible d'être appréhendée par la norme juridique.

i) Peut-on - pour l'analyse - décomposer la totalité systémique "faits-droit" en divers sous-ensembles ?

La sociologie du droit conçoit le droit comme un ensemble d'idées normatives en interrelations systémiques avec une réalité sociale dans laquelle ces idées "baignent"... mais encore, ne peut-on pas être plus précis en ce qui concerne la nature de la relation et l'existence d'éventuels "courants" qui président aux échanges "faits ↔ droit" ?

Les observateurs de cette "totalité" acceptent de plus en plus fréquemment l'idée qu'il est utile d'envisager deux directions générales, deux lignes de forces.

Compte tenu de diverses précautions, il est possible de décomposer la totalité "faits-droit", objet de l'étude en sociologie juridique, en deux sous-ensembles et d'étudier séparément :

- 1) la genèse des normes juridiques : on cherche à mettre en évidence quels sont les faits sociaux qui rendent compte de la construction des normes juridiques;
- 2) la mise en oeuvre des normes juridiques : on cherche à mettre en évidence quels sont les faits sociaux qui se situent en contrebas des normes juridiques; ceux sur lesquels les normes juridiques agissent, pourraient agir ou devraient agir et n'agissent pas.

Il faut bien voir que ce découpage s'impose pour des raisons méthodologiques mais pourrait induire une représentation fallacieuse de l'objet : pourquoi modifie-t-on des lois sinon parce que l'application du droit ancien entraîne des difficultés. L'étude de l'application des lois en vigueur est par conséquent un réservoir important de données pour la compréhension des processus de réforme législative, donc de production du droit nouveau. Il faut conserver à l'esprit, en toute circonstance, le caractère provisoire du découpage proposé et l'existence d'une totalité systémique liant les problèmes de la construction et de l'application (ou inapplication) des règles juridiques.

B I B L I O G R A P H I E

- AMSELEK Paul : Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris, LGDJ, 1964.
- ARON Raymond : Dix-huit leçons sur la société industrielle, Paris, Gallimard, 1962.
- CARBONNIER Jean : "La sociologie juridique en quête de ses frontières", in Sociologia del Diritto, Milan, A. Giuffrè Editore, 1974 I, p. 17.
- CARBONNIER Jean : Sociologie juridique, Paris, PUF, 1978.
- CARBONNIER Jean : Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, imprimé à Evreux (Eure-France), 1979.
- CARBONNIER Jean : Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur, 4ème édition, Paris, LGDJ, 1979.
- DURKHEIM Emile : Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie, Paris, Librairie Marcel Rivière & Cie, 1966.
- DURKHEIM Emile : Les règles de la méthode sociologique, Paris, PUF, 1973.
- DURKHEIM Emile : Le suicide, Paris, PUF, dépôt légal 1930, nouvelle éd. 1976.

FRANCOIS Lucien : Le problème de la définition du droit, Introduction à un cours d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contemporaine, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1978.

HAESAERT J. : Théorie générale du droit, Bruxelles, Bruylant, 1948.

LAZARFELD Paul : Qu'est-ce que la sociologie ?, Paris, Gallimard, 1971.

MIAILLE Michel : Une introduction critique au droit, Paris, Maspero, 1976.

PERRIN Jean-François : Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève, Droz, 1979.

* * * * *

Question no 2

Comment procède-t-on en sociologie du droit ?
(Méthodes de la sociologie juridique)

A./ Quelle hypothèse générale pour orienter la démarche de recherche ?

a) A quoi sert le droit ?

Celui ou ceux qui font le droit poursuivent un but et conçoivent la règle comme un instrument. Max WEBER exprime dans les termes suivants l'importance fondamentale de la distinction entre la "fin" et les "moyens" : "Toute analyse réflexive (denkende Besinnung) concernant les éléments ultimes de l'activité humaine raisonnable est tout d'abord liée aux catégories de la "fin" et des "moyens". Nous désirons quelque chose "in concreto" soit en vertu de sa "valeur propre" soit comme moyen au service de ce que nous voulons en dernier ressort. Ce qui est avant tout accessible immédiatement à l'examen scientifique, c'est la question de la conformité (Geeignetheit) des moyens quand le but est donné. Puisque nous sommes en mesure d'établir de façon valable (chaque fois dans les limites de notre savoir) quels sont les moyens propres ou non à conduire au but que nous nous représentons, nous pouvons aussi par cette voie peser les chances que nous avons d'atteindre en général un but déterminé à la faveur des moyens déterminés qui sont à notre disposition." (Max WEBER, Essais sur la théorie de la science, p. 123). Ces considérations appliquées au droit nous livrent à la fois :

- une théorie des rapports entre le droit et la réalité sociale et, en fonction de cette explicitation,
- une hypothèse générale qui nous indique la marche à suivre concrète, en d'autres termes une méthode.

Le droit est construit par les auteurs normatifs qui sont à la poursuite "d'objectifs" déterminés ou déterminables. L'identification de ces buts n'est pas toujours facile. Elle est peut-être impossible pour certaines coutumes. Ainsi, certains anthropologues ou sociologues ont nié que tout usage ait nécessairement une fonction, un but social. Mais ces considérations ne sont pas transposables ici, (cf. BOUDON, Les méthodes, p. 113) car la décision législative est délibérée. Elle n'est pas le produit diffus du corps social. La législation est une entreprise finalisée et dès lors son activité tend vers un but. C'est une autre chose de savoir si celui-ci est ou peut être atteint !

Peut-on préciser ce qu'est ce "but" dans notre domaine ? L'auteur de la norme juridique souhaite souvent infléchir un "fait de comportement". (Nous verrons qu'il ne s'agit pas du seul impact concevable). Il utilise pour tenter d'y parvenir le "moyen" technique que constitue la

norme juridique. Si l'on admet ce schéma :

- la norme juridique peut être conçue comme un moyen d'infléchir la réalité sociale (nous verrons qu'il peut aussi s'agir de la qualifier ou de la corriger) en fonction d'un objectif politique donné.

Il convient dès lors, d'une manière tout à fait générale, d'évaluer (éventuellement de manière prospective) le "succès" de l'opération.

b) Quelles démarches de recherche peut-on envisager, à partir de cette hypothèse générale ?

On peut dire que la politique est le moment de l'articulation des fins en fonction des systèmes de valeurs, alors que le droit est le moment de la mise en oeuvre et appartient à la catégorie des moyens. Nous souhaitons cependant examiner une question supplémentaire. Il faut tenir compte du moment spécifique que constitue l'évaluation, articulation entre la fin et les moyens. Nous retenons donc :

- I - la question des fins
- II - la question des moyens
- III - la question de l'adéquation des moyens aux fins.

Il faut reprendre ces trois problèmes pour les expliciter.

B. / Pourquoi et comment la sociologie juridique s'intéresse-t-elle aux fins du droit ?

Il y a donc tout d'abord la question des fins : le moment spécifiquement politique au cours duquel le "devoir être" des rapports sociaux fait, indépendamment du possible au niveau de l'exécution, l'objet d'une représentation et d'une définition. On dit, par exemple, l'idée de la rémunération égale pour un travail égal sans discrimination de sexe. On dit que l'eau des lacs devrait être propre. On dit que l'homme et la femme devraient s'épanouir dans le mariage au sein d'une relation paritaire et ne pas être subordonnés l'un à l'autre.

Que peut la démarche sociologique à ce niveau ? Il convient de préciser d'emblée et avec force que la sociologie juridique ne peut pas "établir" les fins en question (sous-question a)). Celles-ci sont un "donné" pour le sociologue du droit, même si, comme nous le verrons, cette discipline peut contribuer à préciser ce "donné" (sous-question b)).

a) Qui "décide" la fin ?

La science ne peut pas légitimer une décision car le processus de légitimation appartient, de par sa logique, au monde du devoir être et non au monde de l'être. La science suggère probablement de meilleurs choix. En aucune manière elle ne fait le choix car elle ne peut se substituer au décideur. Certes il y a de bonnes et de mauvaises décisions, mais il n'y a pas de décisions qui ne sont pas décidées. L'idée d'une science de la décision sans décideur, ou avec un décideur obéissant à un déterminisme extérieur le transformant en distributeur automatique de solutions,

est non seulement impraticable mais logiquement absurde. Les normes de la société humaine se définissent par référence à cette petite zone d'autonomie du décideur. Remplacez-la par la science et il n'y a plus de science de l'homme. C'est probablement Max WEBER qui a émis les considérations les plus lucides et les mises en garde les plus nettes contre les tentations prométhéennes d'une détermination scientifique des fins politiques. L'exposé qu'il donne, à la fois de l'utilité et des limites du regard sociologique sur le fait politique, est un modèle du genre. WEBER s'exprime dans les termes suivants : "Aider l'individu à prendre conscience de ces étalons ultimes qui se manifestent dans le jugement de valeur concret, voilà finalement la dernière chose que la critique peut accomplir sans s'égarer dans la sphère des spéculations. Quant à savoir si le sujet doit accepter ces étalons ultimes, cela est son affaire propre, c'est une question qui est du ressort de son vouloir et de sa conscience, non de celui du savoir empirique." (WEBER, 1965, p. 126). WEBER développe, pour préciser sa pensée par l'exemple, certains domaines dans lesquels les fins des politiques sont unanimement reconnues ou tenues pour évidentes. Nous pourrions, pour notre époque contemporaine, choisir par exemple la protection de l'eau. Même s'il existe de grosses divergences quant aux moyens à utiliser, il semble bien que, dans des domaines de ce genre, il n'y ait pas de grosses divergences en ce qui concerne la définition des fins. WEBER s'exprime dans les termes suivants : "Même si dans ces cas nous voulions prendre l'apparence de l'évidence pour la vérité - ce que la science ne saurait jamais faire impunément - et si nous voulions tenir les conflits qui surgissent au moment de toute tentative d'exécution pratique pour de pures questions techniques d'opportunité - ce qui constituerait souvent une erreur -, il ne peut nous échapper que cette apparence d'évidence des étalons axiologiques régulateurs s'évanouit sitôt que nous passons des problèmes concrets... à ceux de la politique sociale et économique." (WEBER, 1965, p. 128-129).

b) Que peut la sociologie juridique concernant la question des fins ?

Cette épineuse question étant (provisoirement, cf. infra, question no 3) écartée, nous devons préciser ce que peut la sociologie juridique à ce niveau et, en conséquence, quelles démarches de recherche elle met en oeuvre.

L'identification des "fins" du droit est une question essentielle qui, contrairement aux apparences, n'est pas un "donné" immédiatement disponible. Il faut souvent déployer un effort considérable pour "décrypter" le droit, et mettre nettement et incontestablement en lumière les "idées" au service desquelles il agit.

Les textes légaux, voire même les exposés des motifs sont souvent silencieux ou lacunaires au sujet du but, soit qu'il se concevait comme une évidence, soit qu'il était politiquement prudent de ne pas être trop explicite à ce sujet. Il arrive même que des lois soient adoptées à la même heure, dans le "brouhaha" général, par des majorités composites et hétéroclites. Les objectifs de certains votants peuvent ne pas recouvrir ceux que poursuivent d'autres membres de la majorité acceptante. Enfin, l'idée même que le droit se justifie en tant que "moyen" peut être contestée par certaines théories du droit qui n'acceptent pas l'idée du

caractère "ancillaire" (par rapport aux valeurs) de la règle de droit. Ainsi, le jusnaturalisme avait tout lieu d'éviter trop de précisions en ce qui concerne l'identification des fins... leurs coexistences contradictoires dans le temps et l'espace pouvant faire naître des doutes quant à la validité de l'explication générale (par exemple PORTALIS se contente-t-il de "bénir la nature" qui a mis dans notre coeur tout ce qu'il faut pour que "tant qu'un premier mariage subsiste, il n'est pas permis d'en contracter un second" cf. PORTALIS, Discours préliminaire, p. 275). De même, le juspositivisme a évacué "l'ordre de fin" du champ du droit. Le juriste qui s'occuperait de ce à quoi sert ce qu'il fait sortirait de son champ disciplinaire ! Ne nous étonnons pas dès lors que la pensée juridique classique répugne à trop de considération pour ce qui concerne la question des fins.

Prenant le contre-pied, la sociologie juridique cherche avant tout à "reconstruire" la logique des fins législatives, clé de la compréhension des "causes" du droit. (Sur toutes ces questions qui ont trait à la difficulté d'identifier le but, cf. CROZIER, 1977, p. 265 ss. L'auteur nomme "rationalité a priori", ce que nous nommons ici objectif ou but).

Comment faut-il procéder ? C'est ici qu'il faut se méfier des évidences. La notion d'objectif n'est pas simple. Il y a évidemment les objectifs avoués expressément, c'est-à-dire ceux qui font, en termes généraux, l'objet d'un discours explicite dans le texte de la loi, plus fréquemment dans les travaux préparatoires. Ainsi par exemple le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de révision du droit de la famille contient-il un discours particulièrement clair sur le nouveau droit comme instrument au service d'un nouveau modèle de famille à structure paritaire. Mais souvent les textes ou les messages ne contiennent pas de discours aussi explicites. Pourquoi a-t-on modifié le droit du divorce en France ou en Allemagne, dans un sens qui a été dit être celui de la "libéralisation" ? On découvre, dans les travaux préparatoires, un discours ambigu sur la nécessité "d'adapter le droit aux moeurs" (est-ce un objectif de politique législative ?... Pourquoi ne le tient-on pas en matière de lutte contre la consommation des stupéfiants ou la répression de l'ivresse au volant ?). On le voit, la recherche débouchera parfois sur des objectifs flous, contradictoires, voire même sur le silence. Il y a donc, formellement au moins, deux types d'objectif, ceux qui sont l'objet d'un discours et ceux qui appartiennent à la catégorie du "non-dit". On peut tout étudier "sociologiquement", même les silences !... qui sont parfois plus "éloquents" que certains discours. Il ne faut d'ailleurs pas peindre le diable sur la muraille et laisser entendre qu'il y aurait nécessairement soit de "bons décideurs" qui annoncent clairement leurs objectifs, soit les auteurs de noirs desseins qui dissimulent leurs vrais motifs. Il faut se rappeler que les décideurs législatifs sont souvent des corps collectifs aux structures extrêmement complexes et contradictoires qui n'ont pas nécessairement "une" volonté indivisible. Leur visée doit souvent être "reconstruite" par le chercheur en fonction des indices de sens qu'il possède. Max WEBER exprime dans les termes suivants l'idée de l'utilité d'une réflexion sociologique consacrée à l'identification des fins poursuivies par le décideur (législatif notamment) : "Nous pouvons encore lui apporter autre chose pour sa décision : la connaissance de l'importance de ce qu'il veut. Nous pouvons lui apprendre quels sont l'enchaînement et la portée des fins qu'il

se propose d'atteindre et entre lesquelles il choisit, en commençant par lui indiquer et par développer de façon logiquement correcte quelles sont les "idées" qui sont ou peuvent être à la base de son but concret. Car il va de soi qu'une des tâches les plus essentielles de toute science de la vie culturelle humaine est d'ouvrir la compréhension intellectuelle aux "idées" pour lesquelles les hommes ont lutté et continuent de lutter soit en réalité soit en apparence. Cela ne dépasse pas les limites d'une science qui aspire à un "ordre raisonné de la réalité empirique"... (WEBER, 1965, p. 125).

Il faudrait pouvoir entrer dans le détail des diverses approches méthodologiques utilisables pour l'identification de ces "objectifs législatifs". La production du droit moderne s'accompagne souvent (mais pas toujours, nous l'avons vu) d'un discours sur les fins, de sorte qu'il faudra au moins utiliser la technique de la recherche juridique classique pour l'identification du but. Que faire lorsqu'un tel discours n'est pas disponible ou est ambigu ? Il faudra utiliser une méthode appropriée à ce type de recherche qui porte sur un phénomène dit "unique" (c'est à dire non nécessairement répété). On peut suggérer soit la méthode webérienne dite des "homologies de structure" (cf. BOUDON, 1980, p. 99), soit l'analyse fonctionnelle, bien appropriée à cet objet (cf. BOUDON, 1980, p. 106).

Il faut noter enfin qu'un problème méthodologique assez particulier se pose pour ce qui concerne l'investigation scientifique des fins en sociologie pré-législative. Dans ce cas, comme WEBER le constate : "...il arrive fréquemment qu'il ne soit pas possible d'éclairer de façon nette et compréhensible la partie des motifs du législateur et les idéaux de l'auteur critiqué autrement qu'en confrontant les étalons de valeurs qui leur servent de fondement avec d'autres étalons et, bien entendu, de préférence avec les siens propres. Toute appréciation sensée d'un vouloir étranger ne se laisse critiquer qu'à partir d'une "conception du monde" personnelle et toute polémique contre un idéal différent du sien ne peut se faire qu'au nom d'un idéal personnel. Si donc, dans le cas particulier, on s'efforce non seulement de définir et d'analyser scientifiquement l'axiome de valeur ultime qui fonde un vouloir pratique, mais encore de mettre en évidence ce rapport avec d'autres axiomes de valeur, alors une critique "positive" par confrontation d'ensemble de ses rapports avec d'autres axiomes devient inéluctable." (WEBER, 1965, p. 133-134).

C./ Comment la sociologie juridique s'intéresse-t-elle aux "moyens" que sont les règles de droit ?

Nous avons retenu que la norme juridique est un "moyen" au service d'une fin. Comment l'instrument fonctionne-t-il ? Si l'on comprend ce que représente nécessairement une norme juridique on anticipe déjà la réflexion concernant sa nature d'instrument.

a) Qu'est-ce que sont censées "faire" les normes juridiques ?

On peut, d'une manière très générale constater que la norme juridi-

que est toujours et par définition une assertion grammaticale qui "modélise" un rapport social, c'est-à-dire une "représentation" de ce qui pourrait ou pourra survenir "en fait", c'est-à-dire en réalité. Elle est donc modèle de ce que doivent être les rapports sociaux. Il ne s'agit pas, contrairement à ce que l'on croit souvent, d'une simple mise en forme ou rédaction de dogmes politiques. Ainsi, par exemple, la fin peut-elle être la diminution des conséquences dommageables dues aux accidents de la route, et le moyen l'obligation de porter la ceinture de sécurité dans les véhicules automobiles. Il faut souligner qu'avec l'apparition de la norme juridique, une formalisation intervient, prenant le plus souvent l'aspect d'un texte en forme de disposition légale ou réglementaire. Nous entrons donc nécessairement dans le domaine de l'écrit et non plus seulement du pensé. Il y a "matérialisation" par création d'un "texte". Il faut mettre le doigt sur ce caractère "tangible" d'une différence entre la question des fins et celle des moyens.

Par nature la norme juridique est donc la "peinture" d'un rapport social (un modèle). Il ne s'agit cependant pas d'une "nature morte". Elle n'a pas pour vocation de reproduire ou de quantifier ce qui "est" socialement, contrairement aux normes dites "modales" que l'on découvre par l'étude quantitative en démographie ou en économétrie par exemple. Le modèle est "voué à l'action", c'est-à-dire créé dans l'espoir, souvent détrompé d'ailleurs, de provoquer une "conformisation" dans l'ordre des faits.

Nous verrons plus bas qu'en réalité la norme juridique possède, en vertu de facteurs qui sont analysables, une capacité relative mais réelle, de modifier la réalité sociale. Elle peut, dans une certaine mesure, du moins ce n'est a priori pas exclu, provoquer un effet social (c'est-à-dire une altération de la réalité sociale). Elle est donc susceptible d'être un instrument dans la main de celui qui veut provoquer le changement et - c'est ce que nous allons montrer - la direction et la dimension de cet impact sont mesurables parfois.

b) Comment peut-on évaluer le fonctionnement de l'instrument "norme juridique" ?

La norme juridique "dit" ce que doivent être les faits sociaux : regardons ce qui correspond dans le domaine de la réalité. Il s'agit de mesurer l'effectivité et corrélativement l'ineffectivité des règles de droit, c'est-à-dire d'évaluer scientifiquement la fréquence des situations qui correspondent ou ne correspondent pas au modèle posé par la norme juridique. Comme le souligne le Doyen CARBONNIER : "L'effectivité, prise en elle-même, n'a pas d'histoire. C'est l'ineffectivité qui est sociologiquement la plus intéressante. Mais on raisonne comme si elle n'était jamais que l'absence totale d'effectivité, ce qui supposerait que l'effectivité, de son côté, est toujours parfaite, alors qu'il y a, en réalité, toute une série d'états intermédiaires. Si l'ineffectivité totale est le schéma théorique d'où il convient de partir, l'ineffectivité partielle est bien plus pratique : tantôt statistiquement, tantôt individuellement partielle." (CARBONNIER, Année sociologique, 1958, p. 3).

Cet intérêt pour l'étude et/ou la mesure de l'ineffectivité a été poussé si loin que l'on en est venu, notamment en sociologie du droit pénal, à faire de l'étude de la déviance un champ privilégié de recherche en sociologie du droit. L'étude de l'ineffectivité recouvre dans une large mesure l'étude quantitative des phénomènes de déviance (cf. à ce sujet J. CARBONNIER, 1980). Pour opérer la transposition il faut simplement se rappeler que la plupart des règles de droit (il y a des exceptions) prévoient, soit explicitement soit implicitement :

- 1) une injonction (positive ou négative) concernant un comportement;
- 2) l'administration d'une sanction en cas de comportement contraire à ce qui est prescrit.

Les études d'ineffectivité peuvent se faire aux deux niveaux :

- soit ad.1) l'on étudiera la fréquence des comportements contraires à ce qui est prescrit et c'est l'étude de la déviance à proprement parler;
- soit ad.2) l'on étudiera la réaction sociale à la déviance, c'est-à-dire l'effectivité du mécanisme sanctionnateur.

Cette focalisation sur les phénomènes de déviance (dont la sociologie pénale est responsable) ne doit pas nous faire oublier que les comportements "d'observance" sont en tous points aussi intéressants que les comportements de déviance, tant il est vrai que le législateur incite aussi souvent à faire qu'à ne pas faire. Cet intérêt presque "exclusif" des chercheurs pour la déviance s'explique aussi, dans une certaine mesure, par la propension à confondre le juridique avec ce qui est "sanctionné", c'est-à-dire ordonné ou prescrit sous menace d'une peine. Or, l'injonction d'administrer une peine pour sanctionner une conduite n'est qu'un type de norme parmi d'autres. Les normes effectives ne sont pas seulement celles qui exposent concrètement un contrevenant à une peine. L'ordre juridique statue autre chose que des sanctions. Par exemple lorsque la loi dit que "le mari est le chef de l'union conjugale", il est possible d'évaluer la réalité qui existe en regard de cette norme d'une manière qui est indépendante de la mesure de l'administration d'une éventuelle sanction.

Une autre confusion fondamentale est à éviter qui est celle de l'imputation implicite (et souvent trompeuse) d'une causalité NECESSAIRE entre la règle et le comportement observé. Ne seraient "effectives", selon cette vision (fallacieuse) des choses, que les normes qui "provoquent effectivement" un certain comportement ou le préviennent. Or le droit - c'est un fait d'observation sociologique - n'intervient en général que pour une modeste part dans l'ensemble des motivations qui expliquent un acte ou une omission. Il faut éviter de confondre ce segment avec la totalité, ceci d'autant plus qu'une exploration scientifique de la "part du droit" dans l'explication de l'action ou de l'omission passe nécessairement par l'étude corrélatrice des autres facteurs, sociaux et psychosociaux qui contribuent à la décision du destinataire de la règle (sur cette question de la collaboration ou de la rivalité des divers ordres normatifs, cf. J. CARBONNIER, Essais sur les lois, p. 264 ss). Nous sommes donc confrontés à deux questions différentes au sujet desquelles il faut éviter la confusion :

(infra c)) - La mesure de la correspondance entre le modèle normatif et la réalité; nous appellerons "assise sociologique" cette correspondance.

(infra d.)) - La mesure de la part du droit dans la détermination de l'action ou de l'omission du sujet. Nous appellerons "impact" de la règle sur les comportement cet effet.

L'évaluation d'assise ou d'impact pose des problèmes méthodologiques distincts :

c) Qu'est-ce que l'assise sociologique des normes juridiques ?

Nous entendons par "assise sociologique" le support que possède dans une société de référence le modèle dessiné par le législateur. Il s'agit de la prise en considération cumulative des modèles d'aspirations et de comportements, dans le domaine circonscrit par la norme juridique en vigueur (ou par le substitut que l'on envisage de mettre à sa place ^{lors d'une} réforme législative). On parlera d'une bonne assise sociologique lorsque le modèle juridique se rapproche beaucoup des aspirations et des pratiques combinées, au contraire, d'une mauvaise assise, lorsque cette réalité sociale ne se laisse pas réduire selon le dessin législatif.

Il s'agira donc d'identifier et de quantifier les faits d'aspirations et de comportements qui existent, dans une population donnée, dans le domaine des rapports sociaux visés par le dessin législatif. Le problème est relativement simple puisque l'on ne recherche aucune causalité mais seulement des correspondances. On observe, par exemple, comment se répartissent les tâches ou l'autorité au sein de la famille en mesurant, sur cette question, tant les aspirations que les comportements des personnes concernées. Les méthodes quantitatives (notamment les sondages) sont ici des instruments bientôt classiques de la recherche en sociologie juridique (cf. des exemples qui seront décrits ultérieurement).

d) Qu'est-ce que l'impact d'une norme juridique ?

Quelle est la part du droit dans l'action ? Cette question est de loin la plus intéressante mais aussi la plus difficile. C'est à son sujet que la demande d'éclaircissement adressée à la sociologie juridique est à la fois la plus pressée et la plus anxieuse... Par malheur pour cette discipline (par bonheur pour les citoyens !) les réponses apportées sont pleines d'incertitude. L'instrument "norme juridique" est, dans la main du pouvoir normatif, plein d'aléas. Il n'est en tout cas pas facile d'orienter les conduites et la sociologie du droit produit à ce sujet nettement plus de doutes que de certitudes; ce qui, évidemment, ne profite pas à son image de marque. La recherche n'a pas encore livré de résultats bien solides et l'on ne sait même pas s'il existe sur cette question des paramètres valables d'une discipline juridique à l'autre, d'un temps et d'un lieu à l'autre. Les hypothèses les plus souvent testées sont celles qui consistent à admettre que l'acquisition des consensus concernant le but et le moyen, de même que l'administration zélée de la sanction sont les deux facteurs clés dont dispose le pouvoir pour infléchir les taux d'effectivité ou d'ineffectivité. La sociologie du droit se fait une mission essentielle "d'habiller scientifiquement", mais surtout de mesurer ce qui s'appelle depuis tout temps "la politique de la carotte et du bâton". La sagesse populaire dit que la peur du gendarme est le début de la sagesse. Le drame est que ces adages de sociologie juridique sauvage ne sont pas

encore systématiquement démontrés par la recherche empirique ! (cf. sur cette question notre étude sur le port obligatoire de la ceinture de sécurité, Travaux CETEL, no 1).

- Des méthodes sophistiquées sont cependant à disposition des chercheurs et il n'est pas exclu que la multiplication de recherches sectorielles de même que les progrès généraux de la psychologie sociale expérimentale conduisent à la construction d'hypothèses générales de plus en plus solides (cf. par exemple les expériences de DOISE, DESCHAMP et MUGNY qui tentent d'identifier et de mesurer les divers paramètres qui déterminent le comportement social du sujet).

- Les études de KOL (Knowledge - Opinion - (about) Law) sont d'un certain secours... car il est en tout cas certain que si les personnes concernées par la réglementation ignorent tout à son sujet elles seront peu enclines à obéir à la loi ! (par exemple : VERSELE, 1972 et PERRIN, 1974).

- Les études dites "Interrupted Time Series" (l'étude CETEL sur le port obligatoire de la ceinture de sécurité en est un exemple) peuvent, dans des cas simples, fournir des résultats probants (cf. Mc DOWALL, 1980).

- L'analyse des relations entre variables et tout particulièrement "l'analyse multivariée" est l'instrument le plus sophistiqué mais aussi le plus probant (cf. à ce sujet BOUDON, Méthodes, p. 63).

- Des méthodes autres que quantitatives pourraient aussi être utilisées (par exemple l'observation participante).

- La sociologie des organisations, qui met particulièrement l'accent sur les interférences et sur l'importance de "l'environnement" structurel de la décision, contient d'utiles notations tendant à faire ~~correspondre~~^{comprendre} l'impossibilité totale de tout quantifier et de composer mathématiquement tous les paramètres dont dépend l'effectivité des normes juridiques (cf. CROZIER, L'acteur et le système).

B I B L I O G R A P H I E

- BOUDON Raymond : Effets pervers et ordre social, Paris, PUF, 1977.
- BOUDON Raymond : Les méthodes en sociologie, Paris, PUF, Coll. Que sais-je no 1334, 3ème trimestre 1980.
- CARBONNIER Jean : "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit", in L'année sociologique, Paris, PUF, 1958, p. 3 ss.
- CARBONNIER Jean : Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, imprimé à Evreux (Eure-France), 1979.
- CARBONNIER Jean : "La nature des règles définissant les cas de déviance ou de délinquance et la signification de leur application", in Actes du 18ème Congrès français de Criminologie, 18-20 oct. 1979, Aix-en-Provence, in Travaux et Mémoires de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- CROZIER Michel et FRIEDBERY Erhard : L'acteur et le système, les contraintes de l'action collective, Paris, Seuil, 1977.
- DOISE Willem, DESCHAMPS Jean-Claude, MUGNY Gabriel : Psychologie sociale expérimentale, Paris, Armand Colin, Coll. U, 1978.
- Mc DOWALL David, Mc CLEARY Richard, MEDINGER Errol E., HAY Richard A. Jr. : Interrupted Time Series Analysis, Beverley Hill, Sage Publications, 1980.
- MORAND Charles-Albert, PERRIN Jean-François, ROBERT Christian-Nils, ROTH Robert : Le port obligatoire de la ceinture de sécurité, Genève, Travaux CETEL, no 1, 1977.
- PERRIN Jean-François : Opinion publique et droit du mariage, Genève, Georg, 1974.
- PORTALIS : "Discours préliminaire du projet de Code civil de la Commission", in Le Baron LOCRE, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. 1, Paris, Treuttel et Würtz, 1827.
- VERSELE S.C. et al. : Justice pénale et opinion publique, ce que l'on pense de la loi et des juges, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1972.
- WEBER Max : Essais sur la théorie de la science, traduit de l'allemand et introduit par J. Freund, Paris, Plon, 1968.

* * * *

Pourquoi dès lors s'efforcer de mesurer l'effectivité des normes juridiques si, comme on vient de le voir, il n'est pas possible de considérer qu'une évaluation de l'effectivité résolve la question de l'efficacité ? Il y a, à cette question, plusieurs réponses possibles :

- Il y a un intérêt à étudier "en soi" les problèmes d'effectivité; la sociologie juridique est une discipline de "service". Pour les raisons dogmatiques mentionnées plus haut, le contrôle de l'application des lois se justifie pour lui-même.

- Souvenons nous que nous nous intéressons à l'évaluation de l'efficacité du programme normatif. Si la mise en oeuvre du programme n'est pas une condition qui puisse être présumée suffisante, à tout le moins est-elle logiquement nécessaire. Avant d'évaluer les conséquences d'un programme normatif, il faut savoir si et dans quelle mesure il a été mis en oeuvre. Si la preuve est apportée que les règles juridiques qui composent le programme normatif ont été systématiquement inappliquées, on dispose d'une information qui n'est pas sans intérêt (elle n'est pas décisive non plus) du point de vue de l'évaluation de l'(in)efficacité de ce qui a été entrepris.

Ainsi par exemple, une étude de l'efficacité du programme législatif suisse de lutte contre la pollution des eaux nous montrerait que :

- Certaines dispositions légales ont été systématiquement inappliquées (ex.: en 1888 déjà, une loi fédérale interdisait "de verser ou de faire couler, dans des eaux poissonneuses, des résidus de fabrique ou d'autres matières d'une nature et en quantités telles qu'il en résulte un dommage pour les poissons et écrevisses." (art. 21 de la LF sur la pêche, du 21 décembre 1888, ancien RS. 9 p. 555 ss.). Pauvres écrevisses ! La loi ne leur fut pas d'un grand secours !).

- Certaines dispositions ont été systématiquement appliquées (ex. art. 19 LF sur la protection des eaux contre la pollution du 8 octobre 1971 (nouveau RS. 814.20) qui subordonne la délivrance d'un permis de construire à la possibilité d'un déversement des eaux usées conforme au plan directeur des égouts.

Une évaluation scientifique de l'efficacité de cette législation passe nécessairement par une mise en évidence préalable de l'effectivité de certaines dispositions, ne serait-ce que pour savoir ce qu'il est possible de leur imputer et ce qui est dû à d'autres facteurs.

b) Comment s'évalue l'efficacité d'une loi ?
(théorie des effets de la loi)

Pour évaluer l'efficacité d'un programme normatif, il faut mettre en évidence tous les effets sociaux qui sont dûs à la loi c'est-à-dire ceux qui se sont produits, et qui "s'expliquent" par la loi. Il faut donc faire une théorie complète des effets de la loi pour identifier l'efficacité de celle-ci.

Est-il possible de construire une telle théorie des effets de la lé-

gislation, c'est-à-dire un modèle général des conséquences sociales qu'il est possible d'attendre de l'adoption et de la mise en oeuvre d'une législation ? Un tel arsenal, s'il était réalisable et bien fait, serait d'une extrême utilité pratique. Il constituerait une grille d'analyse généralement utilisable quelle que soit la recherche d'efficacité législative. Compte tenu de l'existence d'un tel modèle, la méthode serait dès lors simple :

- Les "attentes" du législateur s'exprimeraient sous une forme qui se retrouverait dans la grille sous la rubrique des effets "souhaités".
- Le chercheur constaterait après l'application du programme normatif, au moyen de la même grille, les effets "réalisés" (en rien, en partie, en tout...).
- La comparaison livrerait une évaluation de l'efficacité du programme normatif, c'est-à-dire une évaluation (prospective s'il s'agit d'un projet) de l'adéquation entre moyens (juridiques) et fins (politiques).

Malheureusement pour la sociologie juridique, une telle grille, admise et éprouvée par la communauté des chercheurs, n'a pas encore vraiment vu le jour. La cause en est probablement que les types d'effets recherchés sont très différents d'un domaine juridique à l'autre. On demande beaucoup à la loi et on lui demande des "choses" très différentes d'un domaine, d'un espace et d'un temps à l'autre.

La "bonstruction" de telles grilles, éventuellement sectorielles seulement, est aujourd'hui une tâche essentielle de la sociologie juridique empirique. L'instrument est méthodologiquement indispensable; à défaut, il n'est pas possible d'investiguer l'objet que nous avons défini.

c) Peut-on, au moins au moyen d'un exemple, expliciter la notion d'effets de la loi ?

Prenons l'exemple suivant : nous nous intéressons à l'évaluation des diverses réformes du droit du divorce qui sont intervenues récemment en Europe occidentale. L'analyse transculturelle d'une telle question est du plus grand intérêt scientifique et pratique : les mêmes causes ont-elles, ici et là les mêmes effets ? Des modifications législatives qui interviennent dans un laps de temps relativement rapproché, dans un bassin socio-culturel qui comporte de larges zones de parenté, entraîneront-elles des conséquences comparables, ici et là ? Certes, les réformes ne sont pas toutes semblables;

c'est précisément leurs différences qui pourraient être utilisées pour interpréter la nature de leurs effets respectifs, dans la perspective de la construction d'une théorie des effets de ce type de législation.

Reprenons notre schéma type :

↙	fins (ca)
→	<u>moyens (cb)</u>
↘	<u>adéquation des moyens aux fins (cc)</u>

c.a) Quelles sont les fins politiques poursuivies dans ce domaine ?

Elles nous paraissent pratiquement toujours appartenir à l'une des trois catégories suivantes :

Objectif I "Incitation".

On cherche à obtenir un effet, portant sur les comportements d'éventuels candidats au divorce, qui sont "incités" à ne pas rompre leur relation conjugale.

Objectif II "Enregistrement" de la pratique de la rupture.

L'ordre social veut repérer les ruptures, "dire" la modification du rapport matrimonial car cette reconnaissance formelle est un préalable nécessaire à d'innombrables opérations de contrôle et d'ajustage postérieures (filiation, remariage, sécurité sociale etc.).

Objectif III "Redistribution" d'intérêts et de rôles.

L'ordre social souhaite collaborer au réajustement qui s'impose dans la perspective de la réparation des préjudices éventuels, de la répartition des acquis et de l'attribution des rôles et responsabilités pour l'éducation des enfants.

Remarque no 1

Les objectifs sont parfois "dits" dans les travaux préparatoires. Ils sont souvent "non-dits" et susceptibles de découverte par l'analyse (cf. nos développements plus haut).

Remarque no 2

Les trois objectifs ne sont pas toujours tous poursuivis dans tous les ordres sociaux. Ainsi, il est possible d'admettre que certains pays ont renoncé à prévenir la divorcialité par la loi civile.

Remarque no 3

Ces objectifs peuvent être parfois contradictoires. Nous savons, d'ailleurs, que nos législations "de compromis" cultivent souvent les contradictions.

c.b) Quels moyens sont mis en oeuvre pour parvenir à ces fins ?

ad. Objectif I (Incitation)

- Le maniement de la notion de faute était traditionnellement conçu comme un moyen de prévention.
- On peut émettre l'hypothèse qu'au niveau des objectifs "non-dits" le maniement des conséquences économiques est "censé" avoir une fonction préventive importante.
- Le maniement de certains éléments conférant des pouvoirs effectifs de contrôle au juge contribue à accréditer l'idée que le divorce demeure une situation de pathologie sociale (ex.: interrogatoire des époux concernant les motifs de leur décision).
- La survivance de clauses de "dureté" (possibilité pour le juge de refuser le divorce si celui-ci entraîne des conséquences insupportables pour

l'un des conjoints) est probablement conçue aussi comme un moyen symbolique de lutte contre la "banalisation" du divorce.

ad. Objectif II (Enregistrement)

- Le moyen juridique le plus simple est la prise en compte (de fait et de droit) du "consensus" à titre de "cause" légale.
- Le divorce après l'écoulement d'un délai permet aussi la réalisation de cet objectif.
- La simplification de la procédure, l'aide en matière d'accès à la justice et les mesures pour limiter les frais, appartiennent à cette catégorie de moyens juridiques.

ad. Objectif III (Redistribution)

L'ensemble du droit des conséquences du divorce (indemnités et pensions, mesures concernant les enfants) ainsi que le droit des régimes matrimoniaux constituent des moyens juridiques pour l'accomplissement de cet objectif.

Remarque

L'étude de la mise en oeuvre de ces moyens serait une étude d'effectivité, alors que la question suivante concerne "l'efficacité".

c.c) Quelles hypothèses peut-on formuler concernant l'adéquation de ces moyens par rapport aux fins poursuivies ?

Quels effets ces divers "moyens juridiques" ont-ils en fait sur :

- les comportements de rupture des unions et
- les comportements de recours à l'instance judiciaire pour faire "dire" le divorce (et aménager ses conséquences) ?

Après étude des documents démographiques et juridiques, il est possible de justifier l'expression de doutes quant à l'efficacité des moyens définis pour la poursuite de l'objectif I, notamment pour les motifs suivants (et pour d'autres considérations qu'il n'est pas possible de développer ici) :

L'évolution à long terme (voire à moyen terme) comme une grande partie des brusques variations de la courbe qui se présentent chronologiquement à proximité de l'édiction de lois nouvelles. Ces différents textes se veulent "incitateurs" à des titres très divers... à la longue la courbe "réprend" une allure par rapport à laquelle la révision ne "change" pas grand chose.

Il est possible dès lors de justifier l'idée que l'objectif no I n'est que peu fréquemment atteint. Par conséquent, les variations (brusques) de courbe qui se présentent à proximité des dates d'édiction de nouvelles législations rendent surtout compte d'un effet d'enregistrement. Les divorçants trouvent principalement dans la nouvelle loi un moyen de faire "dire" une rupture, consommée en dehors des effets du nouveau droit.

- Est-ce parce que les moyens des fins n'ont pas été mis en oeuvre ?
- N'est-ce pas plutôt qu'à l'instar du Petit Prince, les législateurs n'ordonnent le mouvement qu'aux planètes qui tournent déjà sans eux ? Les "mouvements sous-jacents" qui "expliquent" vraiment la divorcialité doivent

probablement fort peu de choses aux textes qui sont conçus dans le cadre de l'objectif I, ou à la procédure parlementaire et à ses échos. La part du droit dans la décision de rupture paraît de plus en plus réduite... et d'ailleurs les nouveaux législateurs (sous réserve d'une récupération "sous-cape", par le contrôle économique et administratif) ne "disent" même plus l'objectif de prévention ou le disent de moins en moins clairement. L'hypothèse du droit "reflet" est, peut-être, plus fondée dans ce domaine du droit que dans d'autres. Sous réserve d'un hypothétique effet symbolique (cf. les explications infra) du droit du divorce (non mesurable d'ailleurs), la loi ne sert ici qu'à "dire" la rupture et à aménager ses conséquences. Il nous paraît possible d'affirmer en conclusion que, durant ces vingt dernières années le droit du divorce (nous pensons principalement à l'Europe occidentale) n'a eu pour "effet" que de permettre l'enregistrement des pratiques de ruptures et d'aménager leurs conséquences.

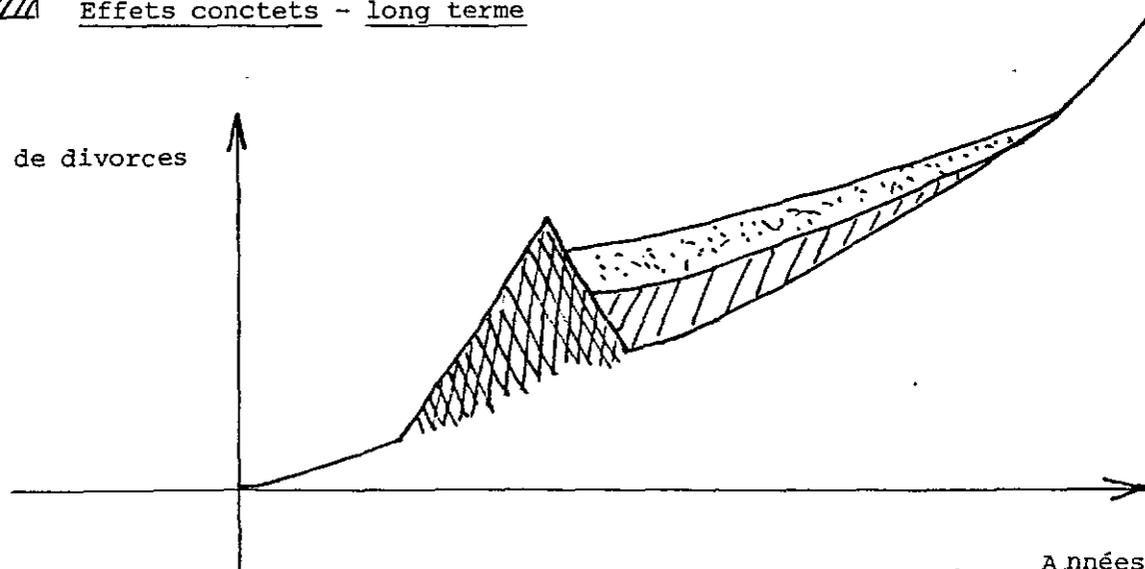
d) Partant de l'exemple, quelle typologie des "effets" de la loi peut-on proposer ?

Tentons de tirer tout ce qui peut être "généralisable" de cet exemple. Nous proposons une grille ou une typologie des effets de la loi. L'essai risque évidemment de se ressentir de la perspective "privatiste" qui a présidé au départ de la réflexion. Il vaut pourtant la peine de faire le point car c'est de la multiplication de ce type de tentative que jailliront, peut-être, quelques données utilisables généralement.

La courbe de divorcialité de pays qui ont introduit - ce qui est fréquemment le cas en Europe occidentale dans les vingt dernières années - de nouvelles "causes" de divorce ou un accès plus facile au divorce - présente l'"allure" typique suivante dont les modulations peuvent s'expliquer, compte tenu d'une typologie des effets de la loi (l'exemple britannique serait l'un des plus illustrants) :

-  Effets symboliques (non mesurables avec précision) - long terme
-  Effets concrets - court terme (déstockage)
-  Effets concrets - long terme

Nb. de divorces



Années

- Nous appelons concret, un effet de la règle qui incite le destinataire à un comportement précis, directement observable et comptabilisable. Il ne s'agit pas nécessairement d'un comportement prévu par une règle de droit déterminée mais bien plutôt d'un agissement dessiné, en dernière instance dans l'objectif. Ce sera par exemple :

- recourir à l'instance judiciaire pour faire dire le divorce et aménager ses conséquences (autre exemple : cesser de consommer de la drogue).

Grâce à cet effet, un certain nombre de personnes ayant rompu (en fait) leur union ont dorénavant la possibilité de faire reconnaître socialement leur rupture.

L'introduction de nouvelles possibilités de divorce va "déstocker" cette population, ce qui explique la brusque variation de courbe observée autour de la date de la modification législative* Mais ces nouvelles possibilités de divorce subsistent à long terme. Si la nouvelle loi n'était pas entrée en vigueur, les "bénéficiaires potentiels" de ces dispositions n'auraient pas accès au divorce. La loi déploie, par rapport à l'ancienne législation, un certain effet concret à long terme.

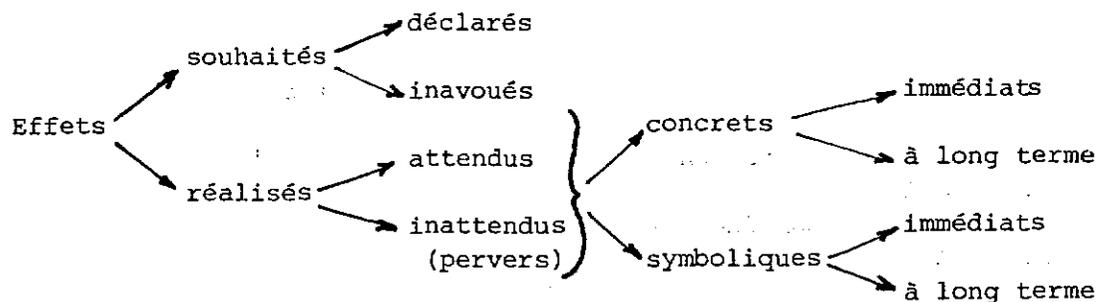
*(effet concret à court terme)

- Nous appelons effet symbolique la conséquence qu'entraîne sur les représentations sociales le "battage" qui intervient, notamment par le truchement des médias, à l'occasion de la procédure d'élaboration et d'édiction de la réglementation. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'un effet qui va se traduire directement par une modification des comportements des destinataires. La législation peut être utilisée comme véhicule idéologique pour propager dans le corps social de nouveaux modèles; elle est un instrument de promotion. Elle agit comme amplificateur au niveau des représentations avant d'agir au niveau des pratiques. Elle modifie donc l'idéologie des sujets. Ainsi par exemple, il est tout à fait probable que le débat politique concernant l'abrogation de la norme juridique faisant du mari le chef de l'union conjugale, allant de pair avec la promotion de la norme de la gestion paritaire, sera susceptible d'avoir un effet dit "symbolique" dans le corps social, c'est-à-dire sur les représentations, les aspirations et l'idéologie des sujets. Ainsi, l'ineffectivité constatée au niveau des comportements immédiats ne signifie par l'inefficacité du discours législatif. D'autres fonctions peuvent légitimer l'existence de la norme.

Les hypothèses les plus généralement admises par les auteurs de sociologie du droit sont cependant celles d'un certain scepticisme quant à l'ampleur de cet effet symbolique. On veut bien croire en un effet amplificateur mais pas en un effet créateur de nouveaux modèles.

Nous n'excluons pas que ce "battage" ait un effet immédiat (une modification rapide des représentations susceptible d'entraîner de nouveaux comportements). Il semble pourtant que par nature ce type d'effet (ex.: déstigmatisation du divorce à travers la banalisation de la procédure ... entraînant une modification des inhibitions à envisager la rupture et le divorce) se manifeste surtout en profondeur et à long terme

typologie des effets de la loi



e) Quelles méthodes d'évaluation peut-on utiliser ?

- Toutes les méthodes sociologiques évoquées sous lettre B ci-dessus sont en principe utilisables.

- Les données statistiques, macro-sociales notamment les données démographiques sont précieuses (ex.: divorce) lorsqu'elles sont relevées en fonction des clivages institutionnels (ce qui est le cas très souvent dans de larges secteurs intéressant la sociologie du droit privé (mariage, divorce, filiation, etc.)). Le recours aux statistiques fiscales serait souvent pertinent (succession, droit des régimes matrimoniaux).

- Il découle de l'exemple retenu ci-dessus que le droit comparé, qui permet une lecture "trans-culturelle" des institutions est un instrument d'analyse particulièrement précieux. Il autorise le regard critique porté sur les institutions positives. La possibilité de ce recours à une utilisation "sociologique" du droit étranger explique la vague parenté qui associe droit comparé et sociologie juridique; deux instruments d'un regard critique posé sur le droit.

* * * * *

Question no 3

A quoi sert la sociologie du droit ?
(fonction de la sociologie juridique)

A./ Quels sont les rapports entre l'investigation sociologique et la décision juridique (législative ou judiciaire) ?

a) A quoi servent les travaux des sociologues du droit ?

Pourquoi cette interrogation ? Un savoir doit-il être nécessairement interpellé sur la question de son utilité ? N'est-ce pas un travers propre aux nouvelles disciplines que cette propension à discourir comme si elles étaient en peine de persuader, concernant leur "nécessité" ou leur "utilité sociale. Les physiciens qui ont inventé la théorie de la relativité n'ont pas été embarrassés par ce besoin de légitimer leurs efforts. Ils ne se sont pas trop attardés à la mise en évidence préalable des conséquences possibles de leurs travaux... à tort peut-être ! l'exemple nous permet d'installer le doute au sujet d'une première réponse possible qui consisterait à admettre que la pure et simple "connaissance" (sans finalité) du "phénomène juridique" fournit une légitimation suffisante au travail d'investigation sociologique. Certes le sociologue du droit se fixe pour dessein de "connaître" les rapports entre droit et société mais il va de soi que cette connaissance, dans ce domaine comme dans toutes les subdivisions du savoir humain, est et/ou sera utilisée ou utilisable, par ceux qui la possèdent. La justification générale par les "bienfaits" de la connaissance n'est donc pas suffisante. Il faudrait pouvoir mettre en évidence les conséquences que peuvent avoir pour le droit et pour la société ce type de travaux : ce à quoi ils servent, ce à quoi ils pourront servir... C'est ici que nous rencontrons une difficulté particulière, qui tient à la spécificité de l'objet dont nous faisons la sociologie. Le problème des conséquences du regard scientifique sur l'objet n'est pas le même dans les diverses branches du savoir humain. Certes, et d'une manière générale, on admet aujourd'hui que le chercheur "construit" plus son objet qu'il ne le décrit. Il s'efforce toujours de réaliser une construction "fidèle" au phénomène, mais cette correspondance est plus faible s'il s'agit de l'étude des minéraux que de l'idéologie des jeunes mariés en matière de fidélité conjugale. Les faits sont certes têtus mais certains "résistent" mieux que d'autres à l'arbitraire des "constructions" du chercheur. Une théorie physique fautive risque de révéler "automatiquement" sa fausseté lors de la mise en oeuvre, même si de célèbres exceptions nous sont livrées par la théorie des sciences (... de "fausses" cosmologies permettaient aux navigateurs de l'antiquité de s'orienter correctement). En sciences sociales, s'il est vrai que le savoir est "relativement" plus "construit" qu'en sciences exactes, si la "nature des choses" est moins parlante, la "fausseté" des contradictions théoriques apparaîtra moins "d'elle-même". Une réflexion sur les conséquences et sur les fonctions de ces savoirs s'impose donc plus.

Ce n'est d'ailleurs pas par hasard que la différence entre théorie et technique est si difficile à faire en sciences sociale (ex.: la question n'a jamais été vraiment résolue correctement par le droit dogmatique). Dans ces disciplines une réflexion sur la fonction est particulièrement indissociable (nous l'avons vu) d'une réflexion sur l'objet même (nous allons le voir) sur la méthode. L'objet en sciences sociales est "vulnérable", sensible au regard, affecté par lui. Il n'est donc pas exclu que le travail d'investigation portant sur l'objet altère, modifie le droit lui-même. Le chercheur "fait" ou "défait" le droit... ce qui du point de vue de la pureté de la démarche scientifique est une pure aberration puisque la distance par rapport à l'objet est le plus fondamental des principes. Le sociologue du droit, par fidélité aux prémisses scientistes devrait s'isoler du phénomène pour l'étudier... Ses travaux (notamment du fait de leur utilité en technique législative) modifient ou contribuent à la modification du droit... Ils "atteignent" l'objet. La démarche est logiquement contradictoire ?! Il faut sortir de ce cercle vicieux.

b) Est-il possible d'investiguer scientifiquement le phénomène juridique sans le modifier ? (statut d'une science du phénomène juridique)

Regarder "scientifiquement" le droit; c'est-à-dire rendre compte d'une manière objective de sa constitution et de ses conséquences sociales; tel est le programme de la sociologie juridique. Admettons que cela soit possible, admettons encore que cela soit systématiquement pratiqué; ce qui n'est pas le cas à l'époque actuelle mais pourrait éventuellement survenir. Quelles seront (seraient) les conséquences ? Les auteurs les plus avertis qui se sont exprimés sur la question envisagent deux hypothèses qui, à première vue, mais pas à première vue seulement, sont antinomiques :

b.a) Selon les uns, la généralisation du regard scientifique sur le droit pourrait bien contribuer au dépérissement de celui-ci.

Nous avons dit vouloir aborder "scientifiquement" le "phénomène juridique". Or il n'est pas exclu - c'est une hypothèse latente que d'éminents penseurs émettent plus ou moins expressément depuis longtemps - qu'il y ait antinomie entre science et droit, que le droit ne supporte pas d'être regardé ainsi, qu'il puisse en dépérir, voire ~~en périr~~ ^{même} en "périr". Cela revient à admettre qu'il y a incompatibilité entre les nécessités du principe d'ordre et l'explicitation de sa justification, l'observation de son fonctionnement. La sociologie juridique, fidèle à ses prémisses, qui se dit regard scientifique sur le droit, contribuerait à la sape de son objet. Lucien FRANCOIS exprime très bien l'idée en se demandant : "...s'il n'y aurait pas quelque inconvénient à divulguer largement une théorie du pouvoir qui se voudrait exclusivement scientifique. Ne serait-il pas imprudent d'aider les gens à prendre conscience des moyens que le pouvoir crée, entretient et emploie souvent, parfois sans s'en rendre compte lui-même, afin que sa volonté soit faite ? Une telle connaissance n'armerait-elle pas la résistance à toute autorité même bienfaisante, n'énerverait-elle pas toute organisation même nécessaire, ne réduirait-elle pas à l'impuissance tout pouvoir, même ce minimum de pouvoir sans lequel la vie en société, déjà fragile, deviendrait impossible?... A montrer les abus peut-être inévitables d'une autorité nécessaire, ne permet-on pas aux moins dignes de discuter à tort et à travers des instructions les plus raisonnables ? S'il en était ainsi, la seule révélation des ressorts de l'autorité ne pourrait-elle constituer une bien inquiétante subversion ? Même, ne vaut-il pas

mieux laisser les notions de règle, de norme ou de commandement dans le vague, où elles conservent une valeur persuasive, plutôt que de les décomposer par l'analyse ? Et à force, en un mot, de disputer au sujet de la notion d'ordre, ne risque-t-on pas d'apprendre un peu trop à discuter les ordres ?" (Lucien FRANCOIS, Le problème de la définition du droit, p. 216).

b.b) Selon d'autres auteurs, le regard scientifique ne peut que démystifier les entreprises dogmatiques en montrant la fragilité de leur fondement et la possibilité de solutions alternatives. Ce regard ouvre la voie au changement (du droit), en bref, constitue, en tant qu'instrument critique, un facteur de "désaliénement" utile contre toutes les tyrannies installées et confortées par le droit. Cette mission est évidemment la plus valorisante pour la sociologie juridique. André-Jean ARNAUD exprime cette idée dans l'une des formules lapidaires dont il a le secret : "Pour ma part, le discours scientifique me semble être, dans une situation non révolutionnaire, un mode très approprié de développement de la théorie critique destinée à la fois à soutenir une praxis cohérente et à l'abri du spontanéisme, et à opposer aux allégations lénifiantes des tenants d'un ordre que l'on conteste, une argumentation susceptible d'amener les plus honnêtes à reconnaître le caractère erroné de ces prétentions, et rallier consciemment le point de vue critique." (ARNAUD, Procès, 1980, p. 31).

Ces deux hypothèses ne sont pas contradictoires... L'instrument est évalué sur une échelle qualitative qui fonctionne selon l'étalon que constituent les valeurs du chercheur. Ce qui est constant c'est que cette discipline est nécessairement, inéluctablement, au service d'un pouvoir ou d'un contre-pouvoir. Les perspectives retenues - qui résument les positions les plus fréquemment défendues à l'époque contemporaine - sont finalement des acceptions différentes du principe de l'impossibilité du regard neutre. Si ces auteurs ont raison, le regard sociologique ne peut pas ne pas pas affecter l'objet. La "neutralité" serait impossible; si par hasard l'activité scientifique ne débouchait pas sur une perspective de changement de l'objet, ce serait mauvais signe... signe de choix (feutré) en faveur de l'ordre établi. La sociologie juridique ne serait alors utile qu'à légitimer (a posteriori) un choix effectué sans elle. Elle donnerait aux décideurs une "couverture" scientifique, particulièrement utile à l'époque actuelle vu le prestige de la "blouse blanche". C'est ce que veut probablement dire le sociologue français BOURDIEU lorsqu'il affirme que chaque fois que l'on demande à la sociologie de servir à quelque chose, elle sert le pouvoir. De fait, la recherche-alibi se porte bien, au point qu'elle est définie et reconnue comme "risque" par le très officiel "schéma-directeur" de la recherche en sciences sociales du CNRS français (cf. Revue de droit prospectif, no V-8, p. 11 : "... recherche-alibi, c'est-à-dire la recherche commandée en vue de justifier, sous une apparence de scientificité, une décision déjà prise".).

Bref, l'hypothèse de la neutralité par rapport à l'objet est fragile. Sans dénier vraiment qu'elle soit souhaitable, les auteurs pensent qu'elle est difficilement atteignable. Le chercheur affecte donc - c'est du moins une hypothèse qui ne peut pas être écartée - l'objet de la recherche, en l'occurrence, le droit. Si tel est le cas, ne faut-il pas étudier la conséquence extrême où l'hypothèse peut nous mener : le regard scientifique ne peut pas ne pas affecter le phénomène juridique... Le scientifique ne doit-il pas dès lors "accepter" cette conséquence et étudier les

possibilités d'une détermination "scientifique" du droit ?

c) Est-il possible de déterminer "scientifiquement" ce que "doit être" le droit ?

c.a) L'histoire d'une utopie

La constante de cette problématique nous paraît être la suivante : dans un premier temps, les auteurs affirment qu'un regard scientifique sur la chose normative est concevable. Jusque là, la perspective nous paraît inattaquable... pourtant, dans un deuxième temps, ils admettent implicitement que cette meilleure information légitime en elle-même un choix plutôt qu'un autre. Ils font abstraction du caractère nécessairement arbitraire, au sens philosophique du terme, de la décision que KELSEN exprime dans les termes suivants : "S'imaginer découvrir ou reconnaître des normes dans les faits, des valeurs dans la réalité, c'est être victime d'une illusion. Car il faut alors, même de façon inconsciente, projeter dans la réalité des faits, pour pouvoir les en déduire, les normes qu'on présuppose et qui constituent des valeurs. La réalité et la valeur appartiennent à deux domaines distincts." . L'auteur répète inlassablement sa formule et la considère comme valable même si - hypothèse sociologique intéressante - il était possible d'identifier par l'observation un comportement humain normal. L'auteur s'exprime dans les termes suivants : "Mais même s'il était possible de constater une telle régularité du comportement humain, c'est-à-dire une ou des règles d'après lesquelles les hommes se comportent en fait toujours et partout (de même que des corps métalliques se dilatent toujours et partout sous l'effet de la chaleur), on ne pourrait déduire de telles règles d'être (Sein-Regel) aucune règle de devoir (Soll-Regel), aucune norme, et ce qui est "normal" au sens de l'être ne pourrait être considéré comme "normal" au sens du devoir." (H. KELSEN, Le droit naturel, p. 81. Concernant les rapports entre l'approche sociologique et la pensée de KELSEN, cf. Ch. EISENMANN, "Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen", in Méthode sociologique et droit, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg V, Paris, Dalloz, 1958, pp. 59 ss.).

C'est le problème de la nature de cette liaison entre le descriptif et le programmatif qui est le noeud principal et toute réflexion sur la fonction de la sociologie du droit (discipline descriptive) se situe nécessairement par rapport au clivage défini par KELSEN ci-dessus. Il vaut la peine de suivre l'évolution des discours, depuis le début de "l'ère sociologique".

Partant des prémisses positivistes et imbu de science une première interprétation, se réclamant de la sociologie et notamment de DURKHEIM, a pensé pouvoir non seulement expliquer le droit par le fait, mais encore, ce qui est plus important, justifier un certain droit par la simple étude des faits. Bref passer de la description à la programmation, de la constatation d'une régularité à la justification d'une régulation.

L'idée d'un "glissement" va bien vite jaillir tant est ténue la différence entre régularité et régulation. DURKHEIM lui-même franchit le rubicon très rapidement. Il veut fonder une morale sur la science !

Comment ces prémisses à l'indicatif peuvent-elles tout à coup, à la suite d'une mutation de plan épistémologique presque inconcevable, se traduire par des conclusions à l'impératif ? Suivons ce cheminement qui va nous permettre d'identifier au passage la première interprétation se disant expressément "sociologique" des postulats scientifiques. L'objet qui répond, celui qui est la donnée immédiate, c'est la réalité sociale constituée par les "faits sociaux", Qu'est-ce qu'un fait social ? Il suffit de se référer ici à la définition durkheimienne pour comprendre le glissement épistémologique qui s'est produit. Les faits sociaux sont identifiés à des "types de conduite ou de pensée... extérieurs à l'individu, mais... doués d'une puissance impérative et coercitive en vertu de laquelle ils s'imposent à lui, qu'il le veuille ou non." (DURKHEIM, Les règles de la méthode sociologique, p. 4 et 5). La mission de la science sociale est de constater scientifiquement des faits de contrainte; dès lors elle ne peut pas ne pas les "établir;" avec tout ce qu'a d'ambigu cette expression. La simple constatation conduit directement à la formulation d'un programme normatif scientifiquement établi car : "tout ce qui appartient à l'espèce est normal et tout ce qui est normal est sain... Nous sommes ainsi informés, non seulement de ce qui est souhaitable, mais aussi de ce qu'il faut fuir et des moyens par lesquels les dangers peuvent être écartés." (DURKHEIM, Montesquieu et Rousseau, p. 35).

Le rôle des structures ne va alors consister qu'à identifier et à reconnaître ces faits. La simple et seule observation permet l'identification des principes qui doivent régir le social. L'exploitation de ces idées sur le terrain spécifiquement juridique est l'oeuvre de DUGUIT, disciple de DURKHEIM. Pour DUGUIT, il n'y a pas de différence de nature entre les normes sociales et les normes juridiques. La différence qui existe entre elles est une différence de degré, d'intensité de la réaction sociale. Pour DUGUIT, cette réaction sociale peut être perçue par l'observateur à la suite d'une violation de la norme juridique. C'est ainsi que, dans cette optique, la norme est juridique, indépendamment de sa formalisation et de sa garantie par l'Etat. Le droit est objectif avant d'être positif. La norme sociale est devenue juridique avant sa constatation par l'Etat. Le fondement du juridique est d'origine sociologique. Son analyse se ramène à un simple constat d'une consubstantialité de deux phénomènes. Mettant l'accent, à juste titre sur l'interdépendance du juridique et du social, il gomme, chemin faisant, leurs spécificités respectives.

Pour cet auteur, le juridique n'est qu'une instance du social. La littérature utilise plusieurs étiquettes pour ce courant de pensée et ses diverses interprétations. Il est question de "sociologisme" ou de "solidarisme". Pour l'histoire, la critique et une réflexion fondamentale concernant ce "glissement" et sa signification, cf. André-Jean ARNAUD, Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours, Paris, PUF, 1975, pp. 154 ss; cf. aussi Lucien LEVY-BRUHL, La morale et la science des moeurs, Paris, PUF, 1953, p. 11 et 12. Cet auteur dénonce une fois de plus vigoureusement l'erreur des méta-morales traditionnelles qui veulent à la fois connaître et prescrire, confondant jugement de réalité et jugement de valeur. GURVITCH a, à son tour, montré à quel point Lucien LEVY-BRUHL lui-même, inventeur d'un "art moral rationnel" est tombé dans la trappe en question. GURVITCH résume le flot de critiques qui furent adressées à Lucien LEVY-BRUHL dans les termes suivants : "Travailler à l'amélioration d'une société sans avoir une fin paraît donc rigoureusement impossible, et cette fin ne peut être trouvée par aucune science." GURVITCH, Morale théori-

que et science des moeurs, Paris, Alcan, 1937, p. 17). Il faut dire qu'il y avait chez "l'Ancêtre", les germes intacts de cette conception. Montesquieu écrit que les lois positives "doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, ... à la religion des habitants, à leur inclination, ... à leurs moeurs, à leurs manières." (cf. Esprit des lois, livre I, chap. III, Paris, Gallimard, coll. Pléiade, 1951, p. 238). Raymond ARON montre bien cette perspective de détermination descriptiviste du contrôle social en écrivant que "L'Esprit des lois est l'ensemble des rapports de causalité rendant compte des lois-commandements," (cf. Les étapes de la pensée sociologique, Paris, Gallimard, p. 54).]

c.b) La critique du sociologisme

Avec le recul du temps, on peut bien, d'un point de vue critique, parler d'une véritable "mystique du fait" qui conduit - et c'est une nouvelle dérision - à une perspective totalemtent dogmatique qui est en rupture avec les prémisses du raisonnement. En effet, selon cette vision, la mission du législateur consiste essentiellement en la constatation du droit "objectif". Une fois de plus, on lui indique ce qu'il doit faire : constater le droit préexistant ! Ce soi-disant "réalisme" sociologique conduit donc à une impasse. Il est d'abord scientifiquement mal fondé puisqu'il est en rupture avec ses propres prémisses. Il faut insister sur l'échec du "sociologisme" parce que, assez injustement d'ailleurs, on continue à reprocher à la sociologie juridique qui est devenue beaucoup plus prudente et moins ambitieuse, l'impérialisme naïf qui avait présidé à ses premières tentatives d'explication fondamentale.

Il est peut-être vrai que des circonstances qui sont de l'ordre du fait, notamment les phénomènes de pouvoir, expliquent, ou plus exactement rendent compte du fondement juridique. Il n'est pas nécessairement vrai pour autant que par voie de conséquence le droit soit toujours, au niveau de chaque règle, l'expression formalisée d'une régularité qui s'est d'abord manifestée dans l'ordre du fait.

Il n'est pas vrai que les législateurs ne font qu'enregistrer des pratiques. Ils imaginent ce que doivent être les rapports sociaux et leur source d'inspiration est double; ils se laissent guider par l'imaginaire social, c'est-à-dire par l'idéologie législative et par ce qu'ils estiment être la normalité, c'est-à-dire les pratiques législatives. Une observation correcte du phénomène juridique révèle nécessairement le caractère mixte de son essence. Les auteurs contemporains, qui se disent inspirés par la démarche sociologique, définissent le donné expérimental qu'il faut regarder d'une manière qui est en rupture totale avec la vision sociologiste de la fin du XIXème siècle. Ils veulent dépasser maintenant la perspective de ce qui s'est révélé être un nouvel "a priori" factueliste. Ils admettent la double nature du phénomène : il faut dès lors étudier la liaison entre les éléments de "faits" (pratiques, comportements) et les "idées" (représentation des destinataires, idéologie des législateurs). Il n'y a pas de déterminisme simple Faits → Droit, mais une relation complexe. La fonction de la sociologie ne peut décidément pas être aussi simple que d'aucuns l'avaient espéré. Elle ne peut se contenter de "dire" les faits normatifs en admettant implicitement qu'ils "doivent" être ce que l'in-

vestigation sociologique découvre qu'ils sont.

Nous savons - et c'était le but de ces développements - ce que la sociologie du droit ne peut pas faire ! Il faut dès lors poursuivre la réflexion.

Nous avons vu que le regard sociologique "affecte" l'objet droit... (a)... mais ne peut le déterminer (b) ce qui sauve le caractère scientifique de l'entreprise en résuscitant la distance entre l'observateur et l'objet. La question de la fonction demeure cependant entière ! Comment peut-on affecter un objet sans le déterminer nécessairement ? La seule solution logique réside dans l'existence d'une théorie de la décision qui reconnaît (du point de vue de la théorie de la reconnaissance) et qui respecte (du point de vue de la déontologie du chercheur) la dissociation des responsabilités entre chercheur et décideur. Si investiguer contribue nécessairement à changer, peut-être est-il possible au moins de répartir les rôles et d'éviter que l'investigateur soit considéré comme un décideur potentiel et que le décideur apparaisse comme légitimé par sa science ou par celle qu'il a achetée. C'est ce que nous devons maintenant développer.



Suite de la question no 3

B./ Peut-on "investiguer" l'objet sans pour autant "décider" ?

a) Peut-on établir une typologie des rapports entre expert et décideur ?

a.a) Les trois modèles de Habermas

La vieille dichotomie entre le jugement de réalité (propre à la démarche sociologique) et le jugement de valeur (propre à la démarche de celui qui fait la décision législative ou judiciaire) pourrait donc bien, comme KELSEN le dit, être un point de départ logiquement inéluctable de la réflexion sur les fonctions de la sociologie juridique... Un point de départ seulement; on ne peut en effet en rester là contrairement à ce que nous inciterait à faire une démarche purement positiviste qui, après avoir constaté le caractère irréductible de ce clivage, conclut, sur la lancée, que les deux catégories sont nécessairement étanches l'une à l'autre, ce qui est manifestement inexact. Il convient d'éviter la confusion entre l'ordre des réalités de pure forme et celui de la causalité profonde. Il n'est pas indifférent, d'un point de vue sociologique et non plus seulement logique, de s'interroger concernant la réalité de cette autonomie du décideur dont, au plan des formes, plus personne semble-t-il ne conteste la vérité. Parce que, logiquement cette autonomie du décideur "doit être", on va supputer que celui-ci exerce effectivement son libre arbitre ou, au contraire, parce que l'on constate qu'en fait et dans la réalité concrète du pouvoir, elle est souvent limitée, on en viendra à la nier ou à la refuser en tant que catégorie logique. Nous allons tester l'importance de ces distinctions - qui constituent le coeur de notre sujet - en prenant appui sur les écrits qu'a consacrés le philosophe et sociologue allemand contemporain HABERMAS au problème du rapport entre l'expert scientifique et le décideur.

HABERMAS construit trois modèles (HABERMAS, 1973, p. 97 ss) qui servent à rendre compte des rapports qui sont censés être établis entre le "scientifique" et le "décideur". Le premier de ces modèles est dit décisionniste (l'étiquette est fort peu claire, mais peu importe puisqu'elle est une formule à succès). Il est fondé sur la distinction webérienne que nous avons exposée, entre l'acte d'information et l'acte de décision. L'expert propose, informe. Il est cependant impossible, selon ce modèle, de trouver à la décision pratique, dans une situation concrète, une légitimation suffisante grâce à la seule raison (cf. HABERMAS, 1973, p. 99). Suit un modèle dit "technocratique". L'étiquette est ici parlante. Elle inverse simplement la perspective : "le politique devient l'organe d'exécution d'une intelligentsia scientifique qui dégage en fonction des conditions concrètes les contraintes objectives émanant des ressources et des techniques disponibles ainsi que des stratégies et des programmes cybernétiques optimaux." (HABERMAS, 1973, p. 100). Enfin, l'auteur dessine un troisième modèle qu'il appelle "pragmatique" (ce qui, à nouveau, ne veut pas dire en soi grand-chose). Ici : "la stricte séparation entre les fonctions de l'expert spécialisé d'une part et celle du politique d'autre part fait place à une interrelation critique qui ne se

contente pas de retirer à l'exercice de la domination tel que le justifie l'idéologie les fondements douteux de sa légitimation mais le rend globalement accessible à une discussion menée sous l'égide de la science, y apportant des modifications substantielles." (p. 106). Une forme de communication réciproque s'instaure entre les deux instances. Il faut être prudent et ne pas faire dire à HABERMAS ce qu'une représentation schématique et nécessairement brève pourrait laisser à penser. Il ne s'agit pas, selon ce troisième modèle, de décrire simplement ou de promouvoir (nous verrons plus bas pourquoi nous sommes amenés à utiliser ces deux mots) le simple dialogue entre élites scientifiques et élites politiques. La communication s'instaure dans un climat qui est celui de la démocratie vraie : "C'est pourquoi ce dialogue que prévoit le modèle pragmatique et qui doit scientifier la pratique politique ne peut pas s'instaurer indépendamment d'un autre dialogue, présocratique, qui se trouve toujours avoir déjà été engagé; or ce dernier peut être institutionnalisé sous la forme démocratique de discussions publiques auxquelles assistent les citoyens. A la base d'une scientification de la politique, il y a la relation entre les sciences et l'opinion publique, qui en est proprement constitutive." (HABERMAS, 1973, p. 110). Comment et sur quel objet porte cette relation avec la démocratie participative ? Un processus de traduction s'instaure en direction du public. On procède ainsi à une intégration du savoir technique aux représentations que la collectivité se fait d'elle-même. En termes clairs, cela signifie que les diverses possibilités techniques, les divers moyens de poursuivre les fins ou de satisfaire les besoins, font l'objet, doivent faire l'objet, d'une intégration à la conscience collective. Cette intégration - et c'est le noeud capital - entraîne une forme de validation ou de légitimation. L'auteur utilise le terme de "ratification" ainsi : "... une articulation des besoins en proportion du savoir technique ne peut être exclusivement ratifiée que dans la conscience de ceux qui sont eux-mêmes les acteurs de la vie politique." (HABERMAS, 1973, p. 122).

Ce processus de traduction et d'intégration des normes aux consciences des sujets est présenté, non pas comme un impératif du monde des valeurs, mais comme un moyen de "scientifier" la politique; ainsi : "Le processus de scientification de la politique - c'est-à-dire, notamment, l'intégration du savoir technique au sein de la conception que la collectivité se fait d'elle-même..." (HABERMAS, 1973, p. 122). En d'autres termes, il y a une "science" pour dire comment on doit décider, dont la mise en oeuvre va "déterminer" ce que l'on "doit" décider ! (HABERMAS, 1973, p. 122). Passons à la discussion de cette théorie.

a.b) Comment cette théorie se met-elle en oeuvre ?

Le propre d'une démarche scientifique dans notre domaine est le point de départ webérien d'une mise en évidence des divers moyens susceptibles de promouvoir les diverses fins. Prenons un exemple précis pour voir cette "science" à l'oeuvre. Nous investiguons par hypothèse le problème du nom de la femme mariée. Une étude de droit comparé nous livre l'existence de plusieurs solutions possibles : la femme porte le nom de son mari, les époux portent un double nom constitué par le nom du mari et le nom de la femme; troisièmement chaque époux conserve son nom. La démarche scientifique au service du processus de la révision législative sur cette question consisterait d'abord à mettre en évidence les diverses conséquences des diverses solutions proposées. Avantages et inconvénients respectifs du point de vue des époux

et de leurs enfants, intérêt d'une solution ou de l'autre du point de vue de "l'unité" de la famille, compte tenu de ce qui se passe en cas de divorce ou de décès, notamment compte tenu pour les époux de la nécessité de poursuivre leur activité professionnelle sous une dénomination connue, compte tenu des difficultés respectives que provoque l'une ou l'autre solution pour la technique des registres de l'état civil, etc., etc. Le processus de traduction en direction de l'opinion publique devrait être mené de pair. Cela est possible et même l'enquête sociologique est un moyen de cette traduction. Ainsi avons-nous pu constater dans l'enquête genevoise (cf. Travaux CETEL, no 9) que cette opinion n'existe pas en soi mais qu'elle se "fabrique" au sens où BOURDIEU l'entend (BOURDIEU, L'opinion publique). La majorité des femmes interrogées déclarait dans un premier temps ne pas avoir été gênée par le changement de nom qui fit suite à leur mariage. Mises en face d'une explicitation des diverses solutions possibles, les mêmes personnes interrogées se déclareraient ensuite, en majorité, pour des solutions nouvelles; elles n'avaient auparavant pas réalisé la possibilité de solutions alternatives! (cf. Travaux CETEL, no 9, p. 7). C'est ainsi que s'entame le processus de validation proposé par HABERMAS. Selon l'auteur, après une grande confrontation, la "bonne" norme se trouve finalement choisie par ceux qui sont les acteurs et les destinataires de l'action politique. Le processus de validation est "objectivé" par cet appel à la conscience collective et l'aspect nécessairement "volontaire" de la décision est (en logique) respecté. De plus, on lève encore, à première vue du moins, la vieille hypothèque contractualiste. La décision n'est pas prise par un acte fictivement démocratique mais bien par la "masse" des destinataires qui "gèrent" leur destin eux-mêmes!... sans le recours aux notables, aux élites, aux assemblées, etc., etc. Ce système n'est pas seulement l'apologie de la démocratie formelle puisque le processus de validation s'effectue en réalité et dans la profondeur du social. La science webérienne de la confrontation des moyens aux fins est simplement administrée dans des conditions telles qu'une validation ou légitimation des modèles qui conviennent se fait quasi automatiquement. Et c'est probablement cette "automaticité" qui autorise HABERMAS à parler d'objectivation du processus de production des normes, donc de science.

En fait, - et c'est là l'habileté de cette construction - la décision est censée n'être prise, ni par un politique investi de cette fonction comme ce serait le cas dans un modèle décisionniste, ni par un scientifique comme ce serait le cas d'un modèle technocratique, mais bien : "par la conscience de ceux qui sont eux-mêmes les acteurs de la vie publique". (HABERMAS, p. 122). Le processus général qui conduit à l'identification du bon choix est qualifié de "scientifique". L'auteur n'a d'ailleurs pas peur de l'admettre; il parle expressément et sans fard d'une possible "scientifisation" de la politique intervenant par ce biais.

a.c) HABERMAS a-t-il décrit le moyen de "scientificiser" la production du droit ?

Que peut-on penser, d'un point de vue critique, de la tentative d'HABERMAS ? On ne peut pas ne pas être séduit par la perspective de cet auteur qui nous conduit à une solution se profilant sur un horizon qui bannit la domination et lui substitue une matérialisation de l'idée démocratique. Si le seul étalon, pour reprendre une terminologie webérienne, était les valeurs du chercheur, nous ne pourrions évidemment qu'applaudir et souscrire. Hélas, l'idéalisme et le caractère non scientifique de cette "scientifi-

sation" de la politique sautent aux yeux ! Le bât blesse sur un point précis... d'une manière qui est, à notre avis, irrémédiable d'un point de vue "scientifique". La société n'a pas le "choix" entre ces divers modèles. Elle ne peut pas opter plutôt en faveur de l'un ou de l'autre ou décider de bannir l'un ou l'autre. Ils coexistent nécessairement chacun sur des plans différents car ils constituent, chacun, une "facette" différente mais réelle (donc indestructible) de ce qu'est nécessairement une décision. Le système de la légalité est une donnée - idéologique certes - mais une donnée du système historique actuel. Ainsi le modèle "décisionniste" selon lequel l'expert propose et le politique dispose "existe" sur le plan des formes et, notamment, au niveau de la dogmatique juridique. (Selon la théorie de la séparation des pouvoirs, seul le parlement "décide"). Ce modèle donne raison à l'assertion de Jean CARBONNIER qui déclare : "...ce n'est pas la science qui pourrait donner un caractère obligatoire à des formules, c'est l'Etat seul." (CARBONNIER, Droit civil, t.I, éd. 1974, p. 38). Le modèle technocratique quant à lui "existe" probablement chez nous sur un tout autre plan; sur celui de la matérialité des rapports sociaux. C'est "en fait" très souvent et dans une large proportion les experts qui "décident". C'est du moins ce que la science politique nous laisse entendre. Mais les plans du droit et de la science politique ne se recoupent pas. Il ne faut pas comparer l'incomparable. Enfin, en troisième lieu, le modèle pragmatique est du pur domaine de la représentation idéale des rapports sociaux; au risque de paraître cyniques, nous dirions qu'il est du domaine de l'utopie pure et simple. HABERMAS n'est pas précis sur la question de savoir si son troisième modèle "décrit" une réalité ou "propose" l'organisation d'un monde futur. Il donne des exemples d'application de son modèle pragmatique qui tendraient à démontrer que le plan de la réalité sociale n'a jamais été abandonné au profit de l'utopie. Ces exemples nous paraissent cependant parfois bien mal choisis. L'auteur cite ainsi le fonctionnement de 35 "Scientific Agencies" américaines qui instaurent un "dialogue permanent entre science et politique" (cf. HABERMAS, 1974, p. 117). ... Est-ce à dire que la défoliation des forêts du Viet Nam eût été une entreprise légitime si elle avait été décidée dans le cadre du fonctionnement de l'une de ces agences ?!! Dès lors, le problème ne se pose pas, contrairement à ce qu'affirme HABERMAS, en termes de choix de l'un plutôt que de l'autre de ces trois modèles. Ils appartiennent tous trois au domaine des "choses existantes" mais sur des niveaux différents. Nous n'avons pas le pouvoir d'abolir la distinction entre la forme et le fond. Formellement le politique décide, matériellement la proposition de l'expert est souvent prépondérante. Au niveau de l'idéal on peut souhaiter le dialogue entre experts et politiques et la médiation de l'opinion publique. Ce souhait n'est pas une science. Il n'est pas écrit dans l'ordre immuable des choses. Au contraire, ce troisième modèle est celui qui de loin est le plus nébuleux et le moins précis dans ses contours. Cette "scientifisation" de la politique n'est donc qu'une idéologie parmi d'autres, "validée" par les bonnes intentions de son auteur plus que par les institutions positives d'un pays quelconque ou que par la réalité concrètement vécue dans une société historique déterminée. L'utopie n'est pas science, même s'il peut exister une science de l'utopie !

Nous voyons ainsi qu'il n'y a pas qu'une seule réponse à la question que nous posons, mais autant de réponses que de contextes d'interrogation : l'expert fait-il des lois ? Non répond le dogmaticien. Oui le science-politicien; ils ont l'un et l'autre raison sur leur plan. L'expert peut-il, en mobilisant sa science, dire ce que doivent être les lois ? Formellement non, puisque science et norme sont antinomiques. Matériellement oui, puisqu'en fait le pouvoir de suggestion de l'expert est parfois si fort qu'il a la

possibilité d'"emporter" la décision. N'y a-t-il pas, d'ailleurs, antinomie entre la "science", nécessairement faite par ceux qui "savent" et la "démocratie matérielle", faite par tous ? Ce point de vue peut être retenu sans qu'il ne soit rien retranché à l'idée de l'utilité d'une réflexion rationnelle sur l'art de légiférer d'une part, ainsi que de l'utilité d'une évaluation prospective de l'impact de modèles législatifs d'autre part. Avec HABERMAS nous souhaitons aussi la mise au point du processus de traduction de ces modèles en direction de l'opinion publique. Il y a là un champ interdisciplinaire d'un grand intérêt. Mais le résultat de ce travail "n'impose" - sous le couvert de la science - aucune décision, aucun jugement de valeur parce que - déférant à la mise en garde webérienne - nous devons admettre que par nature :

- toute "décision" juridique implique un jugement de valeur

- il y a antinomie entre jugement de valeur et démarche scientifique.

Dès lors la science, ici la sociologie du droit, ne peut qu'"informer" sur les conséquences des décisions... elle n'impose, par elle-même, aucune détermination. Ainsi, même si les diverses fins sont données, le choix entre les divers moyens implique une décision donc un jugement de valeur que la science ne peut pas "faire". Il est par contre convenable que la mise en évidence des conséquences des diverses possibilités ouvertes "suggèrent" un choix au décideur.

b) Quelles sont les conséquences de ces nécessités logiques pour ce qui concerne la définition des fonctions de la sociologie juridique ?

Le rêve d'une sociologie juridique qui produirait pour le droit un fondement incontestable (déterminé par la science) devant être définitivement écarté, comment peut-on spécifier la fonction de notre discipline ? Elle explique les décisions prises et informe sur les conséquences des jugements que l'on envisage de prendre. Elle "collabore" donc à la décision ou à la contre-décision. Il est dès lors clair que la fonction ne peut, logiquement, se définir qu'en termes de "service" à rendre au pouvoir ou aux contre-pouvoirs.

Les deux hypothèses antinomiques peuvent être formulées et il n'y a a priori pas de raison de soutenir, en l'état de nos connaissances, plutôt l'une que l'autre. L'investigation sociologique du phénomène juridique met en évidence l'efficacité relative des divers moyens que constituent les divers contenus possibles des normes juridiques. Cet effet peut être interprété de deux manières radicalement différentes. Le pouvoir peut soit apprécier ces évaluations et les utiliser pour rectifier le tir : le regard sociologique agit alors dans une perspective qui est celle de la collaboration. Au contraire, la mise en évidence du hiatus entre l'ambition et la réalisation peut être interprétée comme une mise en évidence des carences du pouvoir, de son incapacité à gouverner; le regard sociologique participe dès lors à la "contestation", s'inscrit en instrument critique et en arme au profit du ou des contre-pouvoirs. Ces deux interprétations sont l'une et l'autre soutenables quoiqu'antinomiques et cette situation explique, très probablement, la situation particulièrement ambiguë de cette discipline. Il est frappant de constater à quel point elle est tantôt mobilisée et flattée, tantôt dénoncée pour cause de subversion... mais toujours traitée avec méfiance ! Intuitivement le pouvoir sait qu'elle pourrait servir le contre-pouvoir... et vice-versa.

Il n'est pas question de trancher ici le problème de la validité respective de ces deux interprétations pour ce qui concerne une sociologie du droit déterminée oeuvrant dans un contexte politique déterminé... nous n'aurions pourtant pas de peine à montrer lesquelles s'inscrivent dans la perspective de la collaboration et lesquelles dans une perspective critique. Le schéma est d'ailleurs réducteur. Le choix n'est pas fait une fois pour toutes. La recherche d'un chemin est grandement facilitée - mais c'est un jugement de valeur de le dire - en démocratie pluraliste ou dans un système qui se dit tel et pratique la tolérance à l'égard des propositions de recherche émises par les chercheurs. On peut, dans un tel contexte historique, pratiquer la sociologie du droit en acceptant le service des décideurs multiples et alternatifs. On peut surtout - et sur ce point nous sommes en plein accord avec HABERMAS - compter sur l'effet "écouteur" de la discussion publique des divers modèles alternatifs, et espérer ainsi se mettre au service (puisque service il doit y avoir) non pas d'une opinion mais d'une pluralité de perspectives. La possibilité de tels chocs réduit nécessairement le degré d'allégeance, donc le risque, à l'égard d'un pouvoir ou d'un contre-pouvoir déterminé et défini en tant que groupe de pression ou parti, voire en tant que personnalité.

Le schéma directeur du CNRS (Revue prospective, no V-8, p. 12) tire la leçon suivante de la même analyse :

"Face à cette situation la politique du CNRS doit viser deux objectifs :

- 1) maintenir un effort important de recherche fondamentale indépendant de la commande publique : la part de financement contractuel visant des objectifs appliqués a été trop importante ces dernières années par rapport à la recherche fondamentale sur crédits CNRS;
- 2) maintenir un pluralisme (afin de neutraliser le coefficient personnel de chacune d'elles) des écoles, des approches et tendances et organiser la confrontation permanente et systématique des diverses écoles sur un même objet de recherche par la tenue de tables rondes fréquentes avec des spécialistes étrangers, par le développement de la controverse dans la presse scientifique, par l'exposition constante des résultats de la recherche dans un domaine donné aux observations et suggestions des praticiens de ce domaine".

c) Quelles pourraient être, à long terme, les conséquences pour le droit lui-même de la multiplication des travaux sociologiques investiguant les diverses manifestations du phénomène juridique ?

Nous avons admis que la sociologie juridique s'inscrit nécessairement dans une perspective de service, par rapport aux visées d'un pouvoir ou de ses contradicteurs. Il n'en est pas moins vrai pour autant que si ce type de travaux se multiplient, tant le droit que le contre-droit se trouveront élaborés dans un contexte plus critique que par le passé. Si de tels travaux, par hypothèse effectués dans de "bonnes" conditions scientifiques se multiplient le droit apparaîtra justifié, non plus "en soi", mais uniquement par référence à sa finalité et surtout, dans la mesure de son adéquation à celle-ci. Le droit se trouvera dès lors systématiquement élaboré dans un contexte moins dogmatique. Il sera affecté par le regard sociologique (nous avons développé ce point ci-dessus). Comment ? Dans quel sens ? Il y aurait là toutes sortes d'hypothèses de science juridique fiction à dessiner. HABERMAS s'y est essayé quand bien même - et cet éternel retour des choses a quelque chose de frappant - sa tentative pourrait faire l'objet, plus tôt que prévu, d'une récupération dogmatique d'un type assez classique. Si nous devons être un

peu prophète, nous dessinerions deux conséquences :

1) Il n'est pas inconcevable que le fait de mettre en évidence très régulièrement les limites auxquelles se trouve confrontée la volonté du pouvoir, finisse par entraîner des incidences sur la formation de cette volonté. Peut-être les oiseaux auxquels l'on rogne les ailes finissent-ils par voler moins haut. La recherche interdisciplinaire autour du phénomène juridique ne militerait-elle pas en faveur d'un système de contrôle social qui, à force d'être mis en face de ses limites objectives, serait plutôt enclin à "attendre", à entériner les pratiques plutôt qu'à les diriger en fonction de choix novateurs. Ce type de regard "externe" militerait en dernier ressort en faveur d'un certain libéralisme, d'un "libéralisme par pessimisme" s'entend.

2) Il n'est pas non plus interdit de penser, dans le prolongement de ces considérations, que le type de rationalité de ces sciences humaines qui regardent le droit finisse par l'envahir lui-même. Il dépérirait alors ou plus exactement se muerait progressivement en un système de contrôle social nouveau au sein duquel les normes s'imposeraient sur la base d'une légitimation qui doit plus à la causalité qu'à l'imputation, pour reprendre la terminologie kelsenienne. La démarche interdisciplinaire "pour" le droit ou "autour" du droit, ne conduit-elle pas plus ou moins inéluctablement à ce que d'aucuns appelleront la "scientification" du droit ?

On participerait donc, même à corps défendant, à un changement de légitimation du droit ! La grande question qui se pose dès lors est celle de savoir s'il est possible de pratiquer ce type de recherche sans pour autant faire acte de foi en faveur de la nouvelle base (qui serait l'idéologie "scientiste"). Il y a de toute façon, à notre point de vue, antinomie entre recherche scientifique et participation idéologique à une entreprise de légitimation. Nous voudrions que la démarche sociologique soit une méthode et non pas un choix axiologique... Si elle ne peut pas ne pas être un tel choix, nous voudrions qu'il y ait prise de conscience au sujet de ce choix, de telle sorte que les ambitions de ces recherches restent toujours limitées par une vision lucide de ce à quoi elles participent.

* * * * *

BIBLIOGRAPHIE

- ARNAUD André-Jean : Les juristes face à la société, du XIXème siècle à nos jours, Paris, PUF, 1975.
- ARNAUD André-Jean : "La transmission du savoir juridique et ses effets politiques et sociaux", in Procès, cahiers d'analyse politique et juridique, revue publiée par le centre d'épistémologie juridique et politique de l'Université de Lyon II, 1980, pp. 29 ss.
- BOURDIEU Pierre : "L'opinion publique n'existe pas", in Les temps modernes, no 318, Paris, 29ème année, janvier 1973.
- CARBONNIER Jean : Droit civil, t. I, Paris, PUF, 1974.
- CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (CNRS) : "Schéma directeur de la recherche en sciences sociales (1981-1983)", in Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif, no V-8, 1979-1980, publiée avec le concours de l'UER de recherches juridiques de l'Université d'Aix-Marseille III, pp. 6-20.
- DURKHEIM Emile : Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1966.
- DURKHEIM Emile : Les règles de la méthode sociologique, Paris, PUF, 1973.
- FRANÇOIS Lucien : Le problème de la définition du droit, Liège, Faculté de droit éd., 1978.
- HABERMAS Jürgen : La technique et la science comme "idéologie", Paris, Gallimard, 1973.
- PERRIN Jean-François : Sociologie du droit de la famille ...A travers une enquête genevoise, Genève, Travaux CETEL no 9, août 1979.