



Livre

1987

Published version

Public access

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

---

## Introduction à la sociologie empirique du droit

---

Perrin, Jean-François

### How to cite

PERRIN, Jean-François. Introduction à la sociologie empirique du droit. Genève : CETEL, 1987.  
(Travaux CETEL)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4965>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 16:20

Bo. 1

INTRODUCTION A LA SOCIOLOGIE  
EMPIRIQUE DU DROIT

\*

Professeur Jean-François PERRIN

Travaux CEDEL, n° 29

Eté 1987

A  
18.2h  
PERRIN  
1987

BFDB 3739



1129168

## TABLE DES MATIERES

	<u>pages</u>
<b>Chapitre I : Les identités de la sociologie du droit</b>	1
<b>A. La sociologie du droit, nouvelle "science" du droit ?</b>	1
a. Le sociologisme français	1
b. L'Ecole allemande du "droit libre"	4
c. La "sociological jurisprudence" et le "réalisme américain"	6
<b>B. Théorie (sociologique) du droit ou sociologie juridique ?</b>	7
a. L'observation sociologique peut-elle tenir lieu de fondement normatif ?	7
a.a. L'absence d'une détermination rigoureusement causale des comportements humains	9
a.b. L'absence d'homogénéité du corps social	10
a.c. La forme juridique n'est jamais neutre	11
b. Une sociologie des normes sans impérialisme sociologique ?	12
*	
<b>Chapitre II : Les méthodes de la sociologie juridique</b>	15
<b>A. Voir l'objet "droit" du dedans et/ou du dehors ?</b>	15
a. Les "points de vue" concernant le droit	15
a.a. Le point de vue interne	15
a.b. La perspective externe ou sociologique	16
b. La sociologie des normes juridiques	17
<b>B. Du choix d'un point de vue à diverses options méthodologiques</b>	21
a. Une définition sociologique du droit...	21
b. ... à fondement "pluraliste"	22
c. ... et deux options méthodologiques	24
c.a. Méthodologie spécifique d'une sociologie de la dogmatique juridique	25
c.b. Méthodologie spécifique d'une sociologie des régulations sociales	26
c.c. Faut-il choisir ?	27
*	

<b>Chapitre III : Les concepts de base en sociologie empirique</b>	29
<b>A. Un premier groupe de concepts qui gravitent autour de la notion centrale d'"effectivité"</b>	29
a. Le concept général d'"effectivité"	29
b. L'"efficacité" de la loi	30
c. Les "objectifs" législatifs	31
d. La notion de "mise en oeuvre" de la loi	34
<b>B. Une théorie des effets du droit</b>	35
a. Les effets attendus	36
b. Les effets pervers	36
c. Les effets instrumentaux	37
d. Les effets incitateurs	38
e. Les effets symboliques	39
*	
<b>Chapitre IV : Les techniques de la sociologie empirique du droit</b>	41
<b>A. Les comparaisons impliquant une référence à la loi</b>	41
a. La "connaissance du droit"	41
b. Les "pratiques des destinataires"	43
c. Les "pratiques judiciaires"	44
c.a. L'hypothèse du pluralisme dogmatique	45
c.b. La pratique contra legem	46
d. Les "aspirations" concernant le droit désirable	47
<b>B. L'observation des représentations de la normalité et de l'équité</b>	51
a. La perception de la "normalité"	51
b. La perception du "juste", de "l'équitable"	52
*	
<b>Chapitre V : L'exploitation des résultats en sociologie empirique du droit</b>	56
<b>A. L'interprétation des données</b>	56
a. Les "lois" de la sociologie du droit	56
b. Le droit "reflet"	56
c. Le droit "pilote"	57
d. L'interprétation "prédictive"	58

<b>B. L'utilité de la sociologie empirique du droit</b>	60
a. Ce que la sociologie du droit ne peut pas faire	60
b. Ce à quoi la sociologie du droit peut servir	61
c. Sociologie du droit et politique législative	63
d. ... Nouvelle conclusion sur le problème du rapport entre sociologie et droit	65

\*

<b>Bibliographie</b>	67
----------------------	----

\* \* \*

## INTRODUCTION A LA SOCIOLOGIE EMPIRIQUE DU DROIT

\*

### Chapitre I

#### Les identités de la sociologie du droit

#### A. La sociologie du droit, nouvelle "science" du droit ?

##### a. Le sociologisme français

Il est certain que la plupart des problèmes qui font actuellement l'objet de l'attention des sociologues du droit étaient abordés... voire résolus (!) bien avant qu'il ne fut nommé question de sociologie.

Il est d'usage de rappeler qu'Aristote essaie de fonder sa "politique" - qui n'est pas dissociable du droit - notamment sur l'observation des faits et que "l'Esprit des lois est un inventaire prodigieusement étendu d'observations sociales" (DUGUIT, 1889, p. 492). Il se passe pourtant quelque chose de totalement nouveau, à la fin du XIXe siècle, dans le domaine de la production de connaissances concernant les rapports entre le droit et l'observation sociale, ... une révolution, bien modeste, heureusement, en comparaison avec celle du siècle précédent, ... une révolution "scientifique", porteuse d'espoir mais aussi d'illusions et de désillusions, un bouleversement que l'on peut fort bien identifier en retraçant l'histoire des concepts de "sociologie" et surtout de "sociologisme".

A la suite d'A. COMTE qui, le premier, a utilisé l'expression "sociologie", ou "physique sociale" (Cours de philosophie positive, t. IV), on poursuit dans ce sillage, avec acharnement, l'idée qu'il est possible d'importer en "sciences sociales" les princi-

pes méthodologiques qui triomphent si bien, en cette fin du XIXe siècle, dans les "sciences de la nature". La classification des sciences de DUGUIT est, à cet égard, un véritable modèle du genre. Il y a les sciences physiques, biologiques et sociales. On étudie dans cette dernière catégorie "les phénomènes qui s'accomplissent dans les sociétés animales, et principalement ceux qui se produisent dans les plus importantes des sociétés humaines" (DUGUIT, 1889, p. 488).

Pour réussir, il faut se hâter de faire la révolution galiléenne. Il faut secouer le joug des conceptions "a priori", c'est-à-dire abandonner l'approche des problèmes sociaux au moyen de "théories artificielles et préconçues". (Ex.: la justice éternelle, principe immuable et supérieur au droit chez MONTESQUIEU, DUGUIT, 1889, p. 492)... Il faut renoncer à "cet esprit classique... qui produit les sectaires, et conduit à l'intolérance en religion, au jacobinisme en politique" (DUGUIT, 1889, p. 503). A l'instar du naturaliste, l'homme d'Etat (le juriste) doit seulement se livrer à "une observation attentive des faits sociaux" (DUGUIT, 1889, p. 503). Cette démarche remplacera-t-elle l'approche dogmatique ? A coup sûr oui. "En étudiant la science sociale, le droit, ..., nous étudions une science positive, et une science tout entière d'observation" (DUGUIT, 1889, p. 487).

Oui mais encore, comment passe-t-on de l'observation à la décision normative ? Avec aplomb, l'auteur - et nous verrons qu'il n'est à l'époque pas le seul à avoir cette foi - redéfinit la loi.. d'une manière qui a au moins le mérite de rendre sa construction inattaquable : "Les lois positives portées par le législateur doivent être conformes aux lois sociologiques, et à l'état social pour lequel elles sont faites, lois et état que détermine la science juridique. Il

n'y a pas de loi positive bonne ou mauvaise en soi; il y a seulement des lois conformes ou non à l'état social. Ce n'est point le législateur qui fait le droit; le droit existe en dehors de toute loi écrite; le législateur le constate et sa mission est de rédiger des lois écrites, qui répondent aux besoins sociaux de son époque, en dehors de principes a priori et de programmes préconçus. Toute loi qui est contraire aux tendances sociales est arbitraire, reste sans effet, ou peut même amener une crise grave." (DUGUIT, 1889, p. 502).

L'observation de la réalité sociale est donc la seule méthode d'élaboration scientifiquement valide du droit; elle est par conséquent la seule légitime. La sociologie constitue dès lors un instrument méthodologique de surdétermination du droit. DUGUIT justifie ainsi d'une manière caricaturale l'idée de ces diverses théories du droit à fondement sociologique qui expriment toutes, souvent avec beaucoup plus de nuances et moins de naïveté la même idée "solidariste", d'une sociologie du droit, à la fois seule approche scientifiquement valable et, par conséquent, seul moyen légitime de production d'un droit conforme aux "nécessités sociales". DUGUIT est-il le père de la sociologie du droit ? Les historiens de la discipline, même francophones (cf. CARBONNIER, 1978; ARNAUD, 1981; TREVES, 1987) ne lui reconnaissent pas ce titre. C'est peut-être pour le "punir" (cf. chapitre II) d'avoir sans cesse parlé "'d'une théorie sociologique du droit', ce qui ne pourrait que compromettre la sociologie juridique" (GURVITCH, 1940, p. 97).

Nous allons montrer que DUGUIT est loin d'être le seul à rattacher complètement le droit à la "solidarité" de fait, c'est-à-dire la sociabilité. Seuls les accents changent, les idées fondamentales demeurent.

b. L'Ecole allemande du "droit libre"

On attribue plutôt, actuellement, la paternité de la discipline à un mouvement allemand de doctrine qui, comme nous le montrerons plus bas, fut animé par de très nombreux courants, souvent fort divergents.

Les idées maîtresses du "droit libre" furent formulées dans un manifeste de Eugen EHRLICH, qui s'intitule Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig, 1903 (nouvelle impression in EHRLICH, 1967, pp. 170 ss.). Les représentants de l'Ecole le plus souvent cités sont Hermann U. KANTOROWICZ, G. RADBRUCH, E. FUCHS et Th. STERNBERG, auteurs avec lesquels EHRLICH fut personnellement en contact. On peut se référer à l'historique et à la bibliographie détaillée du mouvement qu'élabora F. GENY, contemporain attentif, très critique mais passionné, qui met plutôt en évidence le rôle de KANTOROWICZ, auteur d'un manifeste de combat contre la vieille garde traditionaliste allemande, paru sous le pseudonyme de Gnaeus FLAVIUS : Der Kampf um die Rechtswissenschaft, en 1906 (cf. GENY, 1954 II, p. 72). Il faut ajouter que l'Ecole fut largement débordée par des auteurs qui affichèrent des convictions souvent anti-légalistes ou qui, plus exactement, considérèrent que la liberté du juge, reconquise grâce à cette théorie, devait être utilisée pour promouvoir la primauté du sentiment du droit (das Rechtsgefühl) sur les règles formelles. On a parfois visé tout le mouvement en généralisant à partir des écrits de ces auteurs marginaux et l'on a tenté, ainsi, de discréditer l'Ecole elle-même (cf. les tentatives de rectification de REHBINDER in REHBINDER (1986), p. 93).

Comment s'effectue le rapport entre ce droit



"libre" et la sociologie du droit ? Ces auteurs adoptent d'abord une position de combat contre les fictions rationalistes et légalistes du XIXe siècle. Ils posent ensuite une nouvelle définition du droit perçu comme un phénomène social spontané, "vivant" (lebendes Recht). La "réalité" du droit a son siège dans la société et non pas sur le papier. Cet a priori anti-formaliste ne doit cependant pas être pris trop à la lettre; il n'est pas, du moins chez les classiques mentionnés, susceptible d'être interprété comme un anti-légalisme radical. Il conduit - comme chez DUGUIT d'ailleurs - à une relativisation du rôle de la forme légale et à une "liberté" qui se manifeste surtout dans les interstices du système légal plus que contre la loi; d'où l'intérêt marqué de cette école pour la question des lacunes. Ces auteurs commencent par lutter (à l'époque ce combat n'est pas une mince affaire) contre la fiction de la plénitude légale. La "libre recherche juridique" (die freie Rechtsfindung) n'intervient que pour combler les lacunes (praeter ou intra legem). Dans de telles hypothèses le juge est "libre" de trancher en fonction de ses propres évaluations (eigene Wertungen). Il ne doit dès lors pas se réfugier derrière des artifices rhétoriques mais assurer la pleine responsabilité de la décision.

Cette liberté n'est cependant pas l'arbitraire. Il doit statuer selon des principes antérieurs bien établis (référence souvent explicite à l'art. 1 CCS dès la parution de l'avant-projet de 1900). Pour établir les préceptes directeurs manquants il doit formuler ce qu'il trouve dans le corps social (ce qui existe déjà) et c'est ce qui explique que EHRLICH lui-même qualifie le "droit libre" de mouvement conservateur (n'était-ce pas une forme d'auto-défense ?) : "Die freie Rechtsfindung ist konservativ, wie jede Freiheit" (REHBINDER, 1986, p. 33).

C'est à partir de ce stade que la liaison avec les sciences de la société s'établit. Il s'agit de savoir comment doivent s'effectuer ces formulations supplétives : organe de la société autant qu'ingénieur social, le juge doit disposer de "connaissances" sur la société et sur les forces sociales. C'est en fonction de cette compréhension qu'il doit se déterminer... "gerade so wie der Maschineningenieur die natürlichen Kräfte kennen muss..." (REHBINDER, 1986, p. 55). En d'autres termes l'observation sociale qui est "Rechtswissenschaft" (Rechtssoziologie) permet l'identification des normes du droit de la société, décisives pour la solution du cas. Il s'agit bien d'une "Rechtsfindung" et non pas d'une "Rechtsschöpfung". Cette construction théorique est très analogue à la "libre recherche complémentaire" de François GENY (GENY, 1954), qui est aussi une activité "scientifique" de comblement, orientée par la connaissance. Cependant les sources d'inspiration privilégiées par le "droit libre" sont plus "sociologiques" et moins marquées par le souci de tenir compte de la doctrine (au sens étroit) de l'histoire du droit et du droit comparé.

c. La "sociological jurisprudence" et le "réalisme américain"

Il existe un nombre important de variantes "américaines" de ce type de théorie du droit à fondement sociologique. Il s'agit de deux écoles qui se succèdent dès la réception des travaux de EHRLICH (cf. REHBINDER, 1986), et qui fleurirent dans le courant des années trente : la "sociological jurisprudence" d'abord, puis le "réalisme américain". Les deux mouvements sont profondément enchevêtrés et difficiles à dissocier (cf. MICHAUT, 1985). L'idée commune est la nécessité de construire une théorie du droit positif qui reflète aussi fidèlement que possible la réalité.

Il s'agit de mettre en évidence le système juridique tel qu'il fonctionne effectivement. On procède à l'instar d'une science expérimentale mais l'on choisit d'observer surtout les pratiques judiciaires et plus particulièrement le comportement du juge, "réalité" essentielle du droit. On cherche à tirer de cette observation des "prédictions" concernant ce que seront les décisions futures. Ainsi, K.N. LEWELLYN, principal représentant de l'école réaliste, oppose les "real rules", qui ne sont que des pratiques intériorisées, aux "paper rules" (LLEWELLYN, 1962, pp. 21-27). Le statut des règles de droit au sens traditionnel du terme est évidemment profondément affecté par ces considérations. Lorsqu'elles sont "real" les règles de droit sont appréhendées comme des généralisations d'expériences antérieures, "lois" d'une science expérimentale du droit à finalité prédictive. C'est concernant ce volet "déterministe" que les deux écoles se dissocient principalement. Pour la "sociological jurisprudence" (dont le représentant le plus connu est Roscoe POUND), l'évolution sociale dicte la solution et il appartient au juriste (- sociologue) de la découvrir. Ces règles "real" n'auraient cependant pas, pour K. LLEWELLYN, de fonction prescriptive... car on ne voit pas ce qui obligerait le juge à ne pas changer d'attitude pour l'avenir (cf. MICHAUT, 1985, pp. 128 et 136). Ces auteurs manifestent un goût particulier, tant pour l'approche sociologique que psychologique (behaviouriste) du comportement des juges.

**B. Théorie (sociologique) du droit ou sociologie juridique ?**

- a. L'observation sociologique peut-elle tenir lieu de fondement normatif ?

Découvrir le contenu d'un système normatif par l'observation des réalités sociales ? Il a fallu de nombreuses années pour que l'illusion se transforme en désillusion. Ces auteurs ont au mieux préparé diverses théories du droit à fondement sociologique. Ils ne pouvaient pas établir la sociologie juridique sur de telles prémisses pour plusieurs raisons qu'il faut maintenant, avec le recul du temps, identifier clairement et garder à l'esprit, tant il est vrai que l'histoire des connaissances se confond avec l'histoire des "erreurs" scientifiques et de leur "redressement". Toutes ces théories sont construites sur la même ambiguïté qu'il faut dénoncer : elles prétendent constituer une discipline vouée à l'observation des rapports sociaux et elles affirment être capables, par là même, de produire les directives nécessaires au contrôle de ces mêmes rapports sociaux. L'observation sociale serait directement source de normes juridiques. Très clairement cette nouvelle discipline, dite "sociologie du droit", est née avec l'énorme prétention de transformer le droit. Or cette ambition apparaît maintenant, avec le recul du temps, comme une maladie de jeunesse que l'on parvient mal à pardonner, malgré toute l'eau qui a coulé sous les ponts depuis ces premières tentatives. Il s'avère en effet que les recherches empiriques portant sur les formes de sociabilité, sur les normes sociales, plus directement sur la "réalité sociale" du droit, se sont multipliées depuis le début du siècle. Or elles n'ont jamais produit la moindre "découverte" du droit. (Nous réservons ici complètement la question de savoir si ce n'était pas aussi une illusion, ou une naïveté actuellement remise en cause que de penser qu'il est possible de "lire" dans la nature les lois scientifiques; cf. à ce sujet DECOSTER, p. 194). Les normes sociales - et en tout cas cette catégorie spéciale de normes que sont les normes juri-

diques - ne sont - cela n'est plus raisonnablement contesté - pas susceptibles d'être "lues" dans la société... Les choses ne sont pas si simples pour plusieurs raisons :

a.a. L'absence d'une détermination rigoureusement causale des comportements humains

Les comportements humains que les normes sociales cherchent à appréhender ne sont pratiquement jamais déterminés par ces normes d'une manière simplement causale. Si l'on chauffe un métal, il y a fort peu de chances pour qu'il ne se dilate pas. Les normes sociales n'agissent pas de la même manière (sur toute cette question du déterminisme des "lois" sociologiques, cf. le débat BOUDON-DECOSTER, bien résumé in DECOSTER, 1985, pp. 191 ss.). Même la première des normes - selon les anthropologues sociaux - la prohibition de l'inceste, ne détermine pas "naturellement" les comportements... à preuve, le fait qu'il faut une norme pénale pour la protéger, disposition qui n'est d'ailleurs même plus hors de discussion dans nos sociétés pas plus qu'elle ne l'était dans les sociétés antiques. (Il était de règle que les pharaons fassent des mariages incestueux). Le libre arbitre humain peut toujours intervenir pour fausser le jeu mécanique des normes qui doivent régir les comportements. Le "déterminisme" des "lois" sociales est bien relatif.

a.b. L'absence d'homogénéité du corps social

Certes l'observation scientifique des phénomènes sociaux permet d'identifier, dans le domaine traditionnellement régi par le droit, des pratiques et des aspirations, des "faits" de comportement ou d'opinion, repérables et quantifiables. Ainsi, avant la réforme

du droit du mariage, nous avons pu identifier avec précision des pratiques égalitaires en matière de gestion des biens des couples, des aspirations dans ce sens plus nettes encore (PERRIN, 1985). Nous avons pourtant mis aussi en évidence le fait que ces tendances étaient nettement plus importantes parmi les élites sociales, tout particulièrement parmi les gens cultivés, alors qu'au sein des classes d'ouvriers et même d'employés, les tendances ne se manifestaient pas du tout avec la même intensité. Nous avons en tout cas montré que parmi les classes dites "laborieuses", les pratiques effectives étaient sérieusement "en retard", voire "en rupture", par rapport aux idées paritaires ou égalitaires de répartition des tâches et des rôles. Quelles normes juridiques avons-nous dès lors "découvertes" ? Celles-ci résidaient-elles dans les pratiques inégalitaires qui sont de loin les plus nombreuses, ou au contraire dans les aspirations des élites "cultivées" ? Mentionnons un autre exemple : le législateur suisse hésite actuellement à instaurer la "garde conjointe" comme l'une des modalités législatives d'attribution des droits sur les enfants, après le divorce des parents. Il observe la réalité sociale pour tenter d'y "trouver" (die Rechtsfindung) la norme qu'il doit consacrer. Il remarque que dans la grande majorité des cas les parties au procès en divorce admettent elles-mêmes que la dissociation du couple implique nécessairement le transfert exclusif des droits parentaux au conjoint gardien, généralement à la mère (cf. PERRIN, 1986). Il observe certes quelques pratiques divergentes, souvent de provenance élitaires, tendant à promouvoir une certaine survie du couple parental au couple marital. Il observe surtout une grande agitation législative et judiciaire dans les pays qui nous entourent. Au plan suisse des groupements s'organisent politiquement pour promouvoir une plus grande égalité dans

le domaine de l'après-divorce. Il observe encore que cette tendance - qui a fort peu d'écho au niveau des pratiques sociales et judiciaires - rencontre un appui résolu parmi le milieu des spécialistes de l'enfance et notamment chez les psycho-pédiatres. La norme qu'il faut consacrer en légiférant réside-t-elle parmi ces "professionnels" du bien de l'enfant ou, au contraire, se situe-t-elle au niveau des "conceptions générales" qui prévalent encore et toujours, comme dit si bien le TF, et selon lesquelles on estime que les responsabilités concernant les enfants doivent être exclusivement confiées à un seul des parents et, dans la règle, s'ils sont petits, à la mère (ATF 109 II 194) ? L'observation livre ces réflexions, elle ne dicte aucune solution.

a.c. La forme juridique n'est jamais neutre

Il y a plus grave encore pour la théorie de l'observation sociale de la "réalité" juridique. Il n'est pas exclu, malgré ce qui précède, que l'on puisse identifier sur des questions normatives déterminées, des mouvements assez forts et unilatéraux et que l'on soit en droit de penser que l'opinion "exige" une solution plutôt qu'une autre... mais le juridique est ce qui est "dit" juste, ce qui est formulé. L'opération de formalisation n'est jamais neutre, au niveau des contenus; ce n'est pas pour rien que MARX se méfiait de la "coutume" qui n'était "Volksgeist" que grâce à la médiation des milieux juridiques et de leurs intérêts de classe (LASCOURMES 1984, p. 234). La recherche empirique livre de nombreux exemples moins théoriques. Ainsi et par exemple, on pourrait partir, en Suisse actuellement, de l'idée que la tendance générale à la "privatisation" de la relation matrimoniale implique la nécessité d'admettre que le divorce doit être d'abord et en première ligne l'affaire des époux, du moins lorsqu'ils parviennent

à s'entendre concernant les modalités de leur rupture. Le droit belge reconnaît depuis des décennies cette "réalité"... mais à de telles conditions que ce type de "cause" est, dans ce pays, nettement moins utilisé que le bon vieux divorce pour "adultère"... si facile et rapide à manipuler (cf. COMMAILLE et al., 1983). En Suisse, pays dont tout le monde sait qu'il ne "connaît pas" le divorce par consentement mutuel, les observateurs de la "réalité" sociale du droit s'accordent à penser que cette "cause",... qui n'existe pas,... est celle qui est utilisée dans plus de 90% des affaires (cf. PERRIN, 1986). Quelle que soit la tendance observée, sa "reproduction", sa mise "sous conditions", lors du processus de formalisation, implique un apport de contenu, inéluctable et essentiel.

b. Une sociologie des normes sans impérialisme sociologique ?

Comment conclure dès lors ? Les vérifications infirment-elles tout bonnement toutes ces théories des premiers auteurs ? A coup sûr non. Nous n'avons pas mis en cause le principe même de l'observation sociale ni l'aptitude d'une recherche sérieuse et débarrassée d'idées préconçues à découvrir et à identifier des phénomènes qui livrent probablement (nous serons plus précis plus bas) l'une des "matières premières" les plus utiles lors de l'élaboration du droit.

La recherche permet d'identifier des "faits normatifs" (cf. GURVITCH, 1940, p. 144), soit, plus simplement, diverses normes sociales, sous la forme de pratiques et d'opinions, qui coexistent dans la diversité, voire la contradiction. Nous allons montrer que la sociologie du droit peut légitimement se vouer à l'étude de ce pluralisme en poursuivant des objectifs que nous définirons avec précision.

Il est par contre devenu clair que la recherche

ne permet pas d'identifier elle-même la solution que l'on "doit" donner à un problème. L'observation n'est jamais elle-même "Rechtsfindung"... parce que c'est impossible.

L'erreur que l'on reproche actuellement à ces premiers sociologues du droit est essentiellement d'ordre épistémologique. Ils disent vouloir se situer au niveau de l'observation. Leur discipline autorise dès lors des jugements de réalité; l'identification d'éléments de "sein". Or, le droit, comme norme, comme impératif, est par essence un "sollen" et ne peut naître qu'à la suite d'un jugement de valeur. La méthode sociologique décrit des rapports sociaux, la méthode juridique en prescrit la nécessité. Elles ne sont donc jamais interchangeable même si, comme nous le montrerons plus bas, il est très profitable de les utiliser l'une et l'autre d'une manière coordonnée et même si, comme nous le montrerons aussi, cette coordination, respectueuse de l'identité des deux savoirs, est pleine de pièges (sur cette question du caractère irréductible des deux approches, cf. KELSEN, 1970, notamment p. 14 et WEBER, 1965, p. 420).

C'est en voulant procéder à une sorte d'exportation des méthodes que toutes ces théories d'inspiration "réaliste" se sont, selon l'opinion actuelle, fourvoyées. Leurs "réalités" ne sont pas plus "réelles" que celles des théories antérieures. Pourquoi le droit serait-il mieux défini par l'identification du comportement des juges que par référence aux concepts et idées posés par les législateurs ? La justification d'une telle construction réside en une définition a priori qui a, par ailleurs, le grand défaut d'être en rupture avec le sens commun. On a en effet, en dehors de ces milieux, parmi les juristes et même

probablement dans la population, associé le droit aux règles, au "sollen", et non pas au "sein" (fait), que constitue le comportement effectif des destinataires ou des autorités.

Manifestement, il faut reconstruire l'objet de cette discipline, la "sociologie du droit", avec plus de fidélité au phénomène observé. Il convient surtout de prendre plus et mieux le droit au sérieux, de le définir comme objet d'étude sans vouloir par là même ni le transformer ni "l'améliorer". C'est ce à quoi tend une autre sociologie du droit dont nous allons maintenant exposer les bases théoriques et méthodologiques.

\* \* \*

## Chapitre II

### Les méthodes de la sociologie juridique

#### A. Voir l'objet "droit" du dedans et/ou du dehors ?

Le point qui paraît acquis, après ces développements, c'est que la perspective sociologique, qui se définit essentiellement comme une démarche explicative, doit, par prudence au moins, après ces débuts difficiles, tenter d'appréhender le droit en respectant son identité. Il convient donc d'expliquer, de comprendre un phénomène normatif d'un genre particulier, le droit, qu'il nous appartient de définir.

Nous sommes confrontés à la nécessité de gérer une double perspective. Il y a la dogmatique juridique et sa sociologie.

#### a. Les "points de vue" concernant le droit

##### a.a. Le point de vue interne

Les juristes savent mettre en oeuvre un système de normes ou "ordre juridique", qu'ils choisissent dans l'ensemble des normes sociales en vertu de critères spécifiques qui sont le propre de la démarche dite "dogmatique". L'ordre juridique est constitué de normes générales (lois au sens matériel) ou particulières (décisions). On peut considérer qu'il existe une approche spécifiquement juridique ou "interne" au droit, c'est-à-dire la possibilité d'une production qui est le fruit de la mise en oeuvre des principes de cette discipline. Cela demeure vrai même si le droit s'autorise très fréquemment à emprunter à d'autres domaines (l'économie, la psychologie, la sociologie, l'écologie, etc.) les contenus normatifs qu'il met en forme. On peut donc considérer que les juristes

sont capables d'apporter des solutions aux questions qui leur sont posées, en fonction d'une rationalité à la fois ouverte sur le monde et spécifique. On peut postuler l'existence et l'autonomie théorique de cette perspective. Cette première approche de la "vérité" du droit est celle que les juristes retiennent en application des critères qui valident les assertions qu'ils produisent (théorie des sources, de l'interprétation, etc.).

Max WEBER définit dans les termes suivants la spécificité d'une approche juridique : "Quand on parle de 'droit', d'ordre juridique', de 'règle de droit', on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le "sens normatif" qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit... Ce faisant, il procède de manière à pouvoir donner de ces diverses dispositions juridiques, en partant de la signification reconnue qu'elles ont acquises dans l'application et en se conformant à leur signification logique, une interprétation telle qu'elles puissent être amalgamées en un système logiquement cohérent. Ce système est 'l'ordre juridique', dans le sens juridique du mot." (WEBER, 1971, p. 321).

#### a.b. La perspective externe ou sociologique

La position et les préoccupations du sociologue sont différentes. Il ne participe pas à la décision mais observe les modalités de son élaboration et de sa mise en oeuvre. Pour mieux voir, il se situe volontairement - et nous opérons ici la rupture avec la sociologie juridique des fondateurs - à l'extérieur.

Il ne participe pas (du moins pas directement) au processus de décision qu'il ambitionne seulement de "comprendre".

Il faut préciser que le sociologue du droit ne s'intéresse pas à n'importe quel type d'explication. Il privilégie, parmi les "causes" possibles du droit, celles qui ont trait au rapport entre la "réalité sociale" et le droit. Nous nous expliquerons plus bas au sujet du fonctionnement de ces explications "causales".

b. La sociologie des normes juridiques

Il faut évidemment adopter en principe ce deuxième "positionnement". C'est lui qui définit ce qui est spécifique à la discipline dont nous nous occupons ici. Il faut cependant veiller à ne pas commettre les "erreurs" que nous avons dénoncées dans le chapitre I, c'est-à-dire éviter d'autonomiser la démarche, de faire la sociologie d'un objet défini ad usum proprium. Nous voulons faire la sociologie d'une régulation sociale spécifique, celle qui répond au nom de "juridique". Une nouvelle fois, Max WEBER propose une solution qui permet de résoudre la difficulté : "Quand une chose normativement valable devient l'objet d'une recherche empirique, elle perd en devenant un tel objet son caractère de norme : on la traite alors comme de l' 'étant' (seiend) et non comme du 'valable' (gültig)" (WEBER, 1965, p. 465). L'auteur donne plusieurs exemples, ainsi celui-ci : "Tout exposé de la théorie musicale des Pythagoriciens est obligé d'accepter préalablement le calcul 'faux' - d'après notre savoir - suivant lequel 12 quintes = 7 octaves. De même toute histoire de la logique est obligée d'admettre l'existence historique de constructions logiques

qui (à nos yeux) sont contradictoires" (WEBER, 1965, p. 464).

Comment, méthodologiquement, faut-il opérer la mutation du "Sinn" de la norme en un "Sein" empirique ? Il faut métamorphoser la validité normative en validité conventionnelle : observer simplement des opinions ayant "une validité conventionnelle au sein d'un groupe d'hommes déterminés" (WEBER, 1965, p. 464).

Un exemple va nous convaincre du caractère opérationnel de cette recette. Nous nous intéressons à la question juridique suivante : en droit suisse actuel l'accord des époux sur le caractère irrémédiable de leur désunion constitue-t-il une cause de divorce au sens de l'art. 142 al. 1 CCS ? En d'autres termes, l'accord sur le principe du divorce constitue-t-il une cause nécessaire et suffisante pour le prononcé du divorce, ... plus simplement encore, le divorce par consentement mutuel existe-t-il en droit suisse ? Citons la doctrine dominante : "On ne peut cependant cacher qu'en pratique le juge sera souvent tenté, notamment dans les tribunaux particulièrement chargés, de faire sienne la thèse des deux époux. Pareille application de l'art. 142 CCS, sans doute contraire à l'esprit de la loi, revient à l'acceptation du divorce par consentement mutuel (...) Selon HEGNAUER (...), la proportion atteindrait 70% en Suisse et même 98% à Zurich" (H. DESCHENAUX, P. TERCIER, 1980, p. 103). On pourrait avoir un avis moins tranché sur la question de la licéité de la pratique dénoncée par ces auteurs. Il est clair que sans violer le texte, à tout le moins le texte français de l'art. 142 al. 1 CCS, le juge peut considérer que les époux sont le mieux à même d'apprécier si la poursuite de leur union est, ou non, devenue insupportable; n'est-ce pas eux, et eux

seuls, qui connaissent l'ampleur des sacrifices qu'ils seraient éventuellement d'accord d'accepter ? Y a-t-il un sens, dans la société dans laquelle nous vivons, à demander à des époux de persévérer dans une union que d'un commun accord ils ne veulent plus poursuivre ? L'interprétation qui consiste à considérer que les époux savent mieux que quiconque si la poursuite de la vie commune est ou non possible, n'est pas incompatible avec le texte de l'art. 142 al. 1 CCS. Elle n'est pas incompatible non plus avec son esprit si, en application de la méthode objective, on considère qu'une interprétation conforme à l'un des textes légaux peut consacrer un changement de sens induit par un changement des circonstances et des mentalités.

Le Tribunal cantonal vaudois a, dans un récent arrêt (JT 1986 III p. 35), admis que le juge pouvait ne se fonder que sur une déclaration commune et concordante des parties, à condition qu'elle soit de nature à lui permettre d'acquérir une réelle conviction au sujet des faits et causes légales justifiant le prononcé du divorce. Selon cette juridiction, un tel divorce n'est pas un divorce par consentement mutuel "prohibé par le droit suisse". Ces pratiques, qu'on ne doit, à notre avis, pas "cacher", sont certes peu compatibles avec les arrêts du TF (cf. notamment JT 1947 p. 9) qui fixent l'état de la question. Elles ne "consacrent" pas forcément une violation de l'esprit de la loi mais constituent, peut-être, la manifestation d'un sens nouveau, compatible avec l'un des textes légaux.

Nous avons, en 1980, analysé la pratique judiciaire genevoise à cet égard. A Genève, on ne refuse plus un divorce requis par un époux, avec l'acquiescement de l'autre. Cela ne signifie pas, évidemment, que les juges genevois n'opèrent plus aucune vérification

concernant le caractère irrémédiable de la rupture dès qu'ils sont en présence de l'acquiescement de l'époux défendeur. On peut cependant dire qu'ils finissent par être convaincus... pratiquement dans 100% des cas.

Qui a raison, qui a tort ? Quelle est la portée de l'art. 142 al. 1 CCS ? Le sociologue du droit n'entre pas en discussion concernant le sens de ce texte. Par chance pour lui, il ne doit pas s'intéresser à la détermination du sens "juste" ("Sinn") mais se satisfaire d'identifier l'existence et la coexistence d'une pluralité d'interprétations révélatrices de conceptions profondément divergentes. Chacune d'elles, celle de la doctrine dominante, du Tribunal cantonal vaudois, de la majorité des juges genevois, est "partagée" au sein d'un groupe. Elle constitue une "convention" sur le sens de la norme, fait social susceptible d'être décrit et quantifié. L'identification de ces divers "paliers" de la réalité normative du droit ainsi que leur explicitation ou compréhension constitue la mission de la sociologie du droit. Toute la différence entre les deux approches est bien soulignée si l'on garde en mémoire le fait que la dogmatique doit produire du "un" concernant le sens de la norme (par exemple, concernant le sens de l'art. 142 al. 1 CCS) alors que la sociologie du droit se satisferait pleinement de l'identification de la pluralité des conceptions qu'elle ne doit pas réduire, mais exprimer et comprendre.

**B. Du choix d'un point de vue à diverses options méthodologiques**

a. Une définition sociologique du droit...

Ces différents "états" normatifs sont ainsi, grâce à l'observation, identifiés et comparés. La dogmatique n'a servi que de point de départ ou de repère. L'ensemble mis en évidence n'est pas forcément cohérent. Des contradictions peuvent apparaître entre les différents paliers. Ainsi, il n'est pas exclu que la pratique d'une juridiction locale soit en contradiction avec l'état de la jurisprudence d'une Haute Cour. Ces pratiques ne sont pas moins importantes pour autant. D'un point de vue sociologique, c'est-à-dire dans l'ordre des faits, elles appartiennent au droit, plus précisément à la définition sociologique du droit, qui "coexiste" avec la définition dogmatique. WEBER exprime cette idée de la manière suivante : "Le sociologue se demande en revanche ce qu'il en advient en fait dans la communauté... Le sens de l'expression 'ordre juridique' change alors complètement. Elle ne signifie plus un cosmos de normes dont la logique peut établir la 'justesse', mais un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme." (WEBER, 1971, p. 322).

On observe ainsi l'émergence d'une nouvelle signification du mot droit, qui n'est valable que pour le sociologue, pour lequel le concept recouvre l'ensemble des déterminants sociaux qui influent "en réalité", c'est-à-dire effectivement, sur les comportements. Il faut bien garder à l'esprit le fait qu'il s'agit d'une autre définition, fonction d'une autre perspective. Les deux approches ne s'excluent pas mutuellement. Elles s'additionnent.

b. ...à fondement "pluraliste"

La sociologie du droit s'intéresse donc, en résumé des développements qui précèdent, au droit en tant que déterminant effectif des rapports sociaux. On comprend facilement, au vu de l'exemple développé ci-dessus, qu'elle s'intéresse à un "droit" qui, pour "effectif" qu'il soit, n'est pas nécessairement "codifié", formalisé quelque part. Elle retient l'hypothèse dite du "pluralisme" juridique, notion centrale, à laquelle tous les sociologues du droit se sont intéressés même si, comme c'est souvent le cas, leurs définitions divergent profondément. L'idée la plus fréquemment exprimée est celle de la nécessité d'une dissociation, au nom d'un certain "réalisme", du couple droit et Etat. On admettra que "la réalité sociale du droit s'exprime aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'Etat" (BELLEY, 1986, p. 11). Cette relativisation du rôle de l'Etat dans la définition nécessaire du droit fait l'objet de positions plus ou moins tranchées. Ainsi par exemple, pour GURVITCH, "pluraliste" radical, "le droit s'exprime fondamentalement par une expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice... La rationalité de cette expérience juridique sous la forme de règles abstraites et son institutionnalisation dans des superstructures organisées de type législatif, judiciaire ou répressif ne constituent que des manifestations dérivées et superficielles de l'existence d'un ordre juridique" (BELLEY, 1986, p. 14). Pour WEBER aussi, le pluralisme est la bonne hypothèse, ainsi : "Q'un 'Etat' n''existe' que lorsque et là où les moyens de coercition de la communauté politique sont réellement plus puissants que ceux de tout autre communauté, c'est une notion étrangère à la sociologie. Le 'droit ecclésiastique' est un droit même quand il entre en conflit avec le droit

'étatique' ce qui a été le cas à de nombreuses reprises et s'est produit aussi fréquemment qu'inévitablement lorsque l'Eglise catholique en particulier mais aussi d'autres Eglises se sont trouvées face à face avec l'Etat moderne" (WEBER, 1971, p. 327). L'auteur envisage cependant, à titre de limitation de l'hypothèse, l'intégration des normes privées dans le système étatique et la constitution d'un "droit étatique pluraliste" (cf. BELLEY, 1986, p. 17 et WEBER, 1971, p. 327).

Cette version du pluralisme a l'intérêt et l'avantage de faire du droit un ensemble de normes qui sont inscrites quelque part (si ce n'est dans un code, c'est, par exemple, dans un corpus de décisions judiciaires). La version de GURVITCH, au contraire, fonde l'expérience juridique dans le vécu et le sentiment, ... ce qui, pour le chercheur de terrain, introduit un flou lourd de conséquences méthodologiques. La difficulté, pour la sociologie juridique empirique, réside dans le fait que ces deux acceptions différentes de l'hypothèse ont chacune des avantages et des inconvénients symétriquement opposés. Celle de GURVITCH met sur le devant de la scène le vécu, le perçu, l'expérience du juste. Elle est probablement plus "vraie" sociologiquement. Elle incite cependant à faire plutôt une sociologie de la justice que du droit. Elle prend, ce faisant, ses distances par rapport aux préoccupations des juristes qui ne s'y retrouvent pas (cf. sur cette question le n° 4 de Droit et Société, consacré à GURVITCH, et les prises de position de J. CARBONNIER et J.-F. PERRIN). L'autre position se donne l'avantage méthodologique de la précision au départ puisque l'on fait la sociologie de normes qui sont déjà a priori identifiées. Cette approche plus formaliste, qui nécessairement plaira davantage aux juristes, n'est cependant pas sans danger du point de vue scien-

tifique. Il faut en effet se souvenir qu'il s'agit d'identifier les déterminants "réels" des rapports sociaux et la réalité sociale n'attend pas forcément que la collectivité ait bien voulu formaliser, d'une manière ou d'une autre, ses modes de penser et d'agir.

c. ... et deux options méthodologiques

La méthodologie ne peut pas cumuler tous les avantages et expulser tous les inconvénients. Le sociologue du droit doit travailler avec les outils conceptuels qu'il a sous la main, malgré leur imperfection. Il faut simplement réaliser qu'il existe deux voies méthodologiques assez différentes l'une de l'autre et ne pas s'étonner, dès lors, de découvrir dans la pratique de cette discipline deux types de recherches, l'une proche des préoccupations des juristes, l'autre proche d'une thématique que l'on qualifierait volontiers de "psycho-sociologique". Ces deux sociologies du droit peuvent être considérées comme valables, l'une et l'autre. Il faut se rappeler qu'elles ont un objectif commun qui est l'identification de la part du droit dans les déterminants réels des rapports sociaux. La différence réside exclusivement dans une acception plus ou moins formaliste de la définition sociologique du droit. L'une de ces approches (celle de GURVITCH) pense devoir investiguer d'emblée l'ensemble des déterminants et n'identifiera qu'au passage la part de la loi ou, plus largement entendu, du droit tel que les juristes l'entendent et le définissent; c'est ce que nous appellerons la sociologie des régulations sociales. L'autre (plus proche de la conception weberienne du pluralisme) pense devoir observer la réalité sociale à partir du dessin qu'en donne le droit des juristes. Cette sociologie dite de la dogmatique juridique (et l'on devrait plutôt dire "des

dogmatiques juridiques") n'oublie pas - car elle est, elle aussi, pluraliste - qu'elle doit finalement insérer son explication dans une sociologie du droit plus globale, mais elle pose la nécessité d'investiguer plus soigneusement le "palier" défini par les préoccupations spécifiques des professionnels du droit.

Les deux démarches sont donc complémentaires et nullement exclusives l'une de l'autre (sur la nécessaire complémentarité de ces deux sociologies du droit, cf. COMMAILLE, PERRIN, 1985, p. 95). Il est par ailleurs classique "d'opposer" - et malheureusement le mot n'est pas trop fort - les travaux des "juristes sociologues" à ceux des "sociologues", qui prennent le droit pour objet d'étude (cf. à cet égard BELLEY, 1986, p. 22). La formation professionnelle des chercheurs ne devrait pas constituer le critère et nous verrions plutôt dans les deux acceptations du pluralisme que nous avons décrites ci-dessus la justification d'une distinction méthodologiquement fondée.

c.a. Méthodologie spécifique d'une sociologie de la dogmatique juridique

Cette démarche, que nous qualifions de "sociologie de la dogmatique juridique", est, il faut bien le reconnaître, exclusivement mise en oeuvre par des chercheurs juristes de formation et surtout sensibles à la nécessité de répondre aux demandes des professionnels de la politique juridique. Elle pose comme prémisses l'idée que le droit des juristes (identifié comme sus-dit) possède une aptitude à tracer les contours d'un rapport social à partir duquel la sociologie de l'ensemble des déterminants sociaux des comportements est possible. Elle étudie, à partir du rapport juridique, les phénomènes dits d'"internormativité". Qu'est-ce à dire ? : "Plusieurs réseaux de normes enserrant la cité, chaque citoyen se trouve, par la

force des choses, assurer une pluralité de normes dans sa conscience collective - cette part de conscience individuelle qui est ouverte à toutes les voies de la tribu" (CARBONNIER, 1979, p. 264; cf. aussi CARBONNIER, Essai sur les lois, 1979, p. 251, PERRIN, 1985, p. 32). On a l'ambition de découvrir les déterminations causales du droit positif. On "explique" le comportement des destinataires et celui, souvent corollaire, des législateurs à partir de l'observation des relations qui se nouent entre les systèmes de normes (très particulièrement entre les moeurs et le droit). Ainsi et par exemple l'ancien droit du mariage, récemment modifié, posait "que le mari est le chef de l'union conjugale" (sur toute cette question, sa dogmatique et sa sociologie, cf. PERRIN, 1985, pp. 69 ss.). L'enquête permet d'identifier une tension entre cette norme et les moeurs (notion que nous décomposons volontiers en "pratiques" et "aspirations", cf. PERRIN, 1985, p. 21), tension qui contient l'explication à la fois du comportement des destinataires et des modifications législatives subséquentes.

c.b. Méthodologie spécifique d'une sociologie des régulations sociales

Le risque n'est-il pas grand que ces "découpages" normatifs (la part du droit, des moeurs, etc.) soient l'oeuvre "a priori" des savants ? Les gens font-ils la différence entre le juste "juridique" et le "normal" ? Tout n'est-il pas imbriqué dans l'esprit des enquêtés ? Prenons l'exemple de la répartition des rôles dans la famille. Le vécu et les aspirations des couples mariés - c'est du moins une hypothèse - n'est-il pas plutôt fonction de conceptions (et de nécessités) qui sont directement identifiables comme telles, comme normes du couple, comme perception de ce qui est juste, droit, nécessaire pour le couple, indépendamment de ce que disent à ce sujet les

systèmes normatifs ? Une sociologie des régulations sociales identifiera par priorité les pratiques, perceptions, conceptions de justice à cet égard. Elle étudiera directement, par exemple, les phénomènes d'influence et de pouvoir dans le couple, sans chercher à y découvrir l'impact d'une norme, juridique ou morale "a priori" (cf. J. KELLERHALS et al., 1982).

c.c. Faut-il choisir ?

Pourquoi ces deux démarches de recherche seraient-elles exclusives l'une de l'autre ? Seules les approches méthodologiques sont différentes. La sociologie des régulations sociales reconstruit a posteriori les systèmes de normes alors que la sociologie de la dogmatique pose l'hypothèse de leur existence a priori comme catégorie mentale. La recherche avance tant par confirmation ou infirmation d'hypothèses que par construction inductive. On ne voit pas pourquoi ces deux approches ne pourraient pas être utilisées cumulativement, ne serait-ce que pour pouvoir confronter et corroborer les résultats. Il existe à coup sûr une problématique commune mais aussi des champs spécifiques. Ainsi et par exemple, toute la thématique de la connaissance du droit (cf. PERRIN, 1985, p. 20), positif ou désirable, ne peut faire, par nature, l'objet que d'une sociologie de la dogmatique juridique.

Qu'est-ce que connaître le droit ? Les méthodologies de telles recherches sont complexes au point qu'il vaudrait mieux qu'elles soient maniées par des chercheurs qui savent utiliser les précautions nécessaires; juriste-sociologue, sociologue juriste ? Il vaudrait mieux qu'ils soient les deux, c'est-à-dire des "professionnels" qui fassent la sociologie d'un objet qui ne leur est pas étranger, en usant des mé-

thodes appropriées... qu'ils savent utiliser. Les phénix étant rares, le travail en équipe interdisciplinaire constitue une voie qu'il convient de développer, même si elle n'est pas sans inconvénients.

\* \* \*

### Chapitre III

#### Les concepts de base en sociologie empirique du droit

A. Un premier groupe de concepts qui gravitent autour de la notion centrale "d'effectivité"

a. Le concept général d'"effectivité"

L'idée générale est simple à exprimer mais bien difficile à mettre en oeuvre. Elle appartient à l'histoire de la discipline. Ce concept de base est plein d'intérêt même si, comme nous allons le montrer, il est trop syncrétique pour être lui-même opérationnel, sur le terrain. Nous devons le décomposer.

De quoi s'agit-il ? Nous avons affirmé plus haut que la sociologie du droit (que nous entendons dorénavant toutes acceptions confondues) cherche essentiellement à identifier la part du droit en tant que déterminant des rapports sociaux, en d'autres termes - et si l'on ose utiliser une métaphore sportive - les "performances" de l'ordre juridique. Comment s'y prend-elle pour réaliser cet objectif ? Elle a commencé par forger le concept d'"effectivité". On part de l'idée que la norme juridique est toujours et par définition une assertion qui "modélise" un rapport social. Elle est 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. Elle "dit" ce qu'ils doivent être. Regardons ce qui correspond dans le domaine des faits : 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, 1958, p. 3).

b. L'"efficacité" de la loi

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." (WEBER, 1965, p. 123).

La norme juridique est souvent considérée comme un moyen de modifier une situation sociale, un rapport social, une "réalité". On conçoit ainsi, par exemple, l'obligation du port de la ceinture de sécurité dans les voitures comme un moyen de prévenir certaines conséquences des accidents de la route. Il convient

dès lors d'évaluer (éventuellement de manière prospective) le "succès" de l'opération.

c. Les "objectifs" législatifs

L'identification des "fins" du droit est une question essentielle qui, contrairement aux apparences, n'est pas une donnée immédiatement disponible. Il faut souvent déployer un effort considérable pour "décrypter" la loi, et pour mettre nettement en lumière les "idées" au service desquelles elle est censée agir.

Les textes légaux, voire 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 onzième 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.

Toute norme juridique poursuit-elle un objectif identifiable ? La construction théorique selon laquelle la règle de droit est toujours un "moyen" est contestable et, en tout cas, contestée. Parfois, la norme est une "fin" en soi, un arbitrage d'intérêts antagonistes. Elle définit ce qui est "juste", ou conforme à la "nature des choses". Ainsi 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, 1827, p. 275). De même, le "juridisme" a tenté d'évacuer l'ordre

des fins du champ du droit. Le juriste qui s'occuperait trop de ce à quoi sert ce qu'il fait sortirait de son champ disciplinaire. Il ferait de la politique.

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, pp. 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 est composite. Il y a évidemment les objectifs avoués expressément, c'est-à-dire ceux qui font, en termes généraux, l'objet d'un discours précis dans le texte de la loi, plus fréquemment dans les travaux préparatoires. Ainsi par exemple, les Messages du Conseil fédéral à l'appui des réformes du code civil contiennent-ils de nombreuses déclarations d'intention, par exemple : promouvoir l'intérêt de l'enfant, l'égalité dans les rapports conjugaux, etc. 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 les violations des limitations de vitesse ?). On le voit, la recherche débouchera parfois sur des objectifs flous, contradictoires, voire sur le silence. Il y a donc, formellement au moins, deux types d'objectifs, 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 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 le législateur est souvent un corps collectif aux structures extrêmement complexes et contradictoires qui n'a pas nécessairement une volonté indivisible. Ses visées doivent souvent être reconstruites par le chercheur en fonction des indices 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. 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, pp. 133-134).

d. La notion de "mise en oeuvre" de la loi

Il faut se souvenir que les appareils ne mettent pas en oeuvre que des "sanctions" au sens pénal du terme. On a parfois eu tendance, sous l'influence de la sociologie du droit pénal, à considérer que les normes "juridiques" sont celles qui exposent le contrevenant à une peine. On peut comprendre cette vision étroite car il est vrai 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 de mise en oeuvre peuvent se faire aux deux niveaux :

- soit l'on étudiera la fréquence des compor-

tements contraires à ce qui est prescrit et c'est l'étude de la déviance à proprement parler;

- soit l'on étudiera la réaction sociale à la déviance, c'est-à-dire la fréquence du mécanisme sanctionnateur (cf. MADER, 1985, pp. 64 ss.).

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. Par exemple lorsque la loi disait que "le mari est le chef de l'union conjugale", il était possible d'évaluer la "réalité" qui existait en regard de cette norme d'une manière qui est indépendante de la mesure de l'administration d'une éventuelle sanction (cf. PERRIN, 1985, pp. 69 ss.)

#### B. Une théorie des effets du droit

La sociologie du droit s'intéresse globalement aux divers "facteurs" qui déterminent les comportements et se fixe surtout pour mission l'observation attentive de cette "cause" (partielle et potentielle, c'est selon) que constitue la norme juridique. La gestion de cette difficulté implique que l'on ait à disposition une théorie qui établisse une typologie a priori (sous forme d'hypothèse) de ce que l'on peut attendre du droit (un facteur parmi d'autres, l'un contre tous) concernant son aptitude à moduler les comportements et rapports sociaux. Cette construction est évidemment fonction d'expériences antérieures, acquises sur les terrains de recherches. Elle constitue une "théorie des effets" de la loi (cf. MADER, 1985, pp. 92 ss.).

a. Les effets attendus

L'auteur du programme normatif avait des intentions (notion volontairement plus floue et vaste que celle "d'objectif"). Certaines se réalisent. On parle, à cet égard, d'effets "attendus". Mais d'autres conséquences sont susceptibles de se produire, des effets "inattendus". Comment est-ce possible ?

b. Les effets pervers

Pour les juristes dogmaticiens, l'application de la loi est une fin en soi. C'est du moins ce que devraient admettre ceux d'entre eux qui ont compris et intégré le principe de la légalité. Il est probablement nécessaire que les gendarmes s'en tiennent à ce schéma. Les sociologues du droit, quant à eux, sont au contraire incités à mettre en cause systématiquement le fait que les moyens choisis soient "adéquats" par rapport aux attentes du législateur. Ce n'est pas par esprit de contestation qu'ils émettent l'hypothèse générale de l'incapacité du pouvoir, mais bien plutôt parce qu'ils savent que sociologiquement le "législateur" n'est qu'une somme d'hommes "faillibles" dont les "bonnes" intentions sont très souvent contrecarrées par l'immense complexité des relations sociales et par les coups du sort.

Il s'avère que le moyen normatif peut se révéler totalement ou partiellement inadéquat par rapport à la fin souhaitée. Il arrive même parfois que l'exécution fidèle et scrupuleuse du programme légal entraîne des conséquences qui vont directement à l'encontre des voeux du législateur. Ainsi, par exemple, a-t-on

pu montrer que l'application de la législation sur la démocratisation des études a, à certains égards, renforcé les inégalités sociales en matière d'accès aux professions exigeant un haut niveau de qualification (cf. BOUDON, 1977). J.-D. DELLEY et al. ont montré l'existence d'effets de ce type consécutifs à la mise en oeuvre de la législation de lutte contre l'acquisition de biens immobiliers par des personnes domiciliées à l'étranger (cf. DELLEY et al. 1982). On parle aussi d'effets "contre-intuitifs" ou, selon l'expression désormais classique créée par BOUDON, d'effets "pervers".

c. Les effets instrumentaux

Un contenu légal peut permettre au destinataire de la règle de créer, modifier ou éteindre un rapport de droit. Il instaure une faculté qui peut être exercée. Cet effet est dit "instrumental" (cf. BELLEY, 1986, p. 29) car la norme tient lieu de moyen, d'instrument, utile et apte à provoquer le changement du rapport juridique. Ainsi, par exemple, on introduit en France et en Allemagne la possibilité du divorce pour rupture de la vie commune après l'écoulement d'un certain délai (pour l'analyse de ces législations, cf. COMAILLE et al., 1983). On peut utiliser la nouvelle norme comme "instrument", pour faire prononcer le divorce. Il s'agit bien d'un "effet" que rend possible le nouveau droit. Ces effets sont susceptibles d'exister d'une manière qui est indépendante, du moins en première analyse, des facteurs qui déterminent effectivement les comportements. Ainsi, la décision de rupture peut fort bien avoir été prise plusieurs dizaines d'années auparavant. La nouvelle cause de divorce introduit simplement une nouvelle faculté légale de faire reconnaître la situation. Ces effets

sont aussi parfois dits "concrets" (cf. COMMAILLE et al., 1983). Leur identification est très intéressante. Les modalités de l'utilisation des formes offertes par le droit constitue un champ de recherche d'une sociologie spécifiquement juridique qui a l'avantage de disposer de données précises et quantifiables et dont l'interprétation est souvent pleine d'enseignements (cf. par exemple nos interprétations du recours aux diverses causes de divorce en droit suisse actuel, PERRIN, 1986, p. 14).

d. Les effets incitateurs

Le législateur a parfois l'ambition de faire plus et mieux que de permettre l'enregistrement de situations. Il souhaite souvent orienter les comportements. La sociologie du droit doit bien suivre et cela devient manifestement moins facile car le droit entre alors en concurrence avec les autres déterminants sociaux et individuels, dont certains sont pratiquement insondables (le contenu légal rivalise avec le caprice, l'envie, l'humeur, les carences éducatives, les tares, etc.). Il n'empêche que le droit aspire à un effet incitateur, c'est-à-dire qu'il ambitionne d'orienter les comportements. Il veut, par exemple, que l'époux au foyer perçoive, pour la satisfaction de ses besoins personnels, une partie des revenus qui sont acquis par le travail de l'autre époux. Il veut que les personnes en état d'ivresse s'abstiennent de conduire un véhicule automobile, etc. Même s'il est très difficile à observer scientifiquement, l'effet incitateur peut exister, cela ne fait pas de doute. Le changement du contenu de la norme peut affecter directement les comportements. Ainsi et par exemple, il est certain que la disposition qui confère au parent non-gardien, après divorce, le droit de

conserver avec ses enfants les relations personnelles indiquées par les circonstances, "incite" un certain nombre de parents gardiens à faire des concessions qu'ils ne feraient pas si la loi était modifiée dans le sens que proposent certains psycho-sociologues de l'enfant. Ceux-ci sont d'avis qu'il faudrait donner, à l'ex-époux attributaire, le droit de régler à sa guise les relations de l'enfant avec le parent non-gardien (cf. FREUD et al., trad. française, 1980). Il faut dire que cet effet incitateur est, en l'occurrence, "armé" : un contentieux judiciaire est possible à ce sujet. Cette circonstance n'hypothèque en rien l'idée d'un "effet" de la loi. Il faut simplement tenir compte, dans le modèle explicatif, de la part du relai judiciaire, instrument essentiel pour la pénétration du droit dans les consciences. Le relai ne fonctionne cependant que grâce à la loi ou, du moins, fait système avec elle, pour infléchir les comportements par la voie de ce que les pénalistes ont appelé l'effet de "prévention générale ou spéciale."

e. Les effets symboliques

La sociologie du droit contemporaine est parvenue à identifier des effets incitateurs indirects d'une étrange nature. L'idée réside d'abord dans la constatation, évidente depuis les découvertes de l'école historique allemande, que le droit, à l'instar de la chanson populaire ou de la poésie, est un élément de la culture d'une collectivité, procède de la conscience collective et peut, dès lors, ambitionner de la façonner à son tour. Ses contenus - même s'ils ne peuvent déterminer un comportement précis, soit parce qu'ils s'expriment sur un registre trop abstrait, soit parce qu'il n'est pas possible de les sanctionner - agissent sur les

représentations collectives, façonnent l'idéologie, imprègnent les consciences d'une manière diffuse... avant de déterminer des comportements ponctuels. Ainsi, le nouveau droit du mariage dit que les époux "conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution..." (art. 163 al. 2 nouveau CCS). Il n'y a pas de contrainte concevable à l'égard des couples qui ne parviendraient pas à se mettre d'accord au sujet de la répartition des rôles dans leur famille. Quel est, dès lors, l'effet attendu d'un tel texte formellement légal ? Il est censé proclamer le modèle de mariage de partenaires qui remplace le patriarcat destitué. L'adoption de ce texte par le peuple suisse, implique une modification des structures symboliques de notre société, en d'autres termes de l'image qu'elle veut donner d'elle-même. Ce changement intervient au niveau des représentations plus que des conduites. L'effet voulu est celui de la propagation de l'idéologie plus que d'un comportement bien précis même si, à terme, on espère bien modifier les comportements conjugaux et promouvoir la concertation conjugale à la place de la domination maritale. Cet effet "symbolique" est du plus grand intérêt. On a parfois l'impression que les législateurs contemporains sont très sensibles à son sujet et de nombreux groupes de pression savent qu'il convient d'être plus attentif à cette dimension de la loi qu'à ses effets instrumentaux. On a, par exemple, l'impression qu'en matière de répression pénale de certains délits contre les mœurs, la classe politique, voire la population elle-même, réagit fort différemment selon les registres instrumentaux et/ou symboliques... ce qui, évidemment, ne rend pas la tâche du législateur facile (cf. VAN DE KERCHOVE, 1984, pp. 123 ss.).

\* \* \*

## Chapitre IV

### **Les techniques de la sociologie empirique du droit**

Le champ des effets du droit est, on le voit, fort complexe. La concurrence y règne. Le pari législatif n'est jamais gagné d'avance. Il y a loin, on l'a vu, de la souveraineté dogmatique de la loi à son efficacité sociologique. Le droit est fortement dépendant de variables qu'il ne contrôle pas vraiment ou qu'il ne peut contrôler qu'à un prix démesuré, politiquement impossible en démocratie. L'identification des effets d'ores et déjà réalisés ou possibles dans une situation donnée dépend donc totalement de la situation qui existe sur le terrain normatif global (ensemble des paliers). Il faut donc, si l'on veut juger ou préjuger des effets, connaître ce terrain, c'est-à-dire identifier l'ensemble des faits sociaux connexes. Il faut, concrètement, identifier toutes les normes et/ou pratiques qui régissent d'ores et déjà la question que l'on veut étudier. Il nous paraît utile, sur le terrain, d'établir diverses comparaisons susceptibles de permettre certaines interprétations concernant la part du droit parmi les déterminants sociaux de l'action humaine. Ces comparaisons sont effectuées, soit directement par référence au système légal (A), soit elles impliquent toutes les perceptions normatives, sans tenir compte a priori du contenu des règles de droit (B).

A. Les comparaisons impliquant une référence à la loi

a. La "connaissance du droit"

Les enquêtés ont peut-être (ou n'ont pas) une représentation mentale, qui est un modèle, de ce qu'or-

donne le droit positif, par exemple la législation matrimoniale, sur une question déterminée qui leur est soumise. Ce modèle (de connaissance) peut être comparé avec l'étalon que constitue la norme juridique, correctement interprétée par l'enquêteur. Donnons l'exemple suivant :

Question 92 I\* : Vous vous êtes mariés officiellement, mais sans faire de contrat chez un notaire. Supposons que l'épouse ait eu, depuis avant son mariage, des biens qui lui appartiennent. Savez-vous si, du point de vue des obligations juridiques, l'épouse peut :

	<u>HOMMES</u>		<u>FEMMES</u>	
	%	N°	%	N°
- prendre seule la décision de vendre ces biens				
- oui, elle le peut	22,9	95	20,5	85
- non elle ne le peut pas	47,8	198	44,9	186
- je ne sais pas, j'hésite	26,6	110	30,7	127
- sans réponse ou refus	2,6	11	3,8	16
Total	100 %	414	100 %	414

\*Extrait d'une enquête genevoise : J. KELLERHALS et al. : Mariages au quotidien, Lausanne, P.-M. Favre, 1982.

Pour les juristes, nul n'est censé ignorer la loi. Pour le sociologue du droit, les choses sont nettement moins simples. Ce type de question est d'un maniement particulièrement délicat. Le piège du nominalisme est partout présent. Ce n'est pas parce que les sujets doivent avoir connaissance de la réglementation qu'ils ont, nécessairement, une quelconque idée de la question. On peut se trouver face à une fausse image du droit, mais aussi face à un vide : la problématique ne concerne pas nécessairement les enquêtés. Il ne faut pas oublier que la loi poursuit parfois des objectifs qui ne tiennent pas compte de ce que peuvent savoir les destinataires des règles. Ainsi, par exemple, il est certain que la distinction

entre droit des régimes matrimoniaux et droit successoral n'est pas toujours perçue par les personnes qui n'ont pas une formation juridique. Ce type de découpage institutionnel s'explique par la nécessité de mettre au point un système de liquidation et de répartition des acquis. Il est inutile de poser des questions auxquelles on répondra nécessairement par oui ou par non alors qu'il est quasi certain que la portée du problème échappe à l'enquête.

b. Les "pratiques des destinataires"

On appellera "pratiques" les faits de comportement, les attitudes, voire les dispositions mentales (la soumission, l'influence, etc.), dans les domaines qui sont régis par les règles juridiques. La répétition de ces pratiques engendre des normes au sens modal du terme, c'est-à-dire des phénomènes d'un type donné qui se retrouvent avec une fréquence évaluable. Il n'est pas possible de dresser a priori un catalogue complet des "pratiques", ainsi largement entendues, que le droit est susceptible de vouloir appréhender. L'exemple type sera celui d'une action ou d'un ensemble d'actes que le droit incite à accomplir, autorise ou prohibe; voici un exemple (page suivante).

Question 31 II\* : Si vous possédiez, dès avant le mariage, des biens assez importants (immeubles, actions, etc.), continuez-vous à vous en occuper seul(e) ?

	<u>HOMMES</u>		<u>FEMMES</u>	
	%	N =	%	N =
Oui, je m'en occupe seul(e)	10,4	45	4,4	19
Je consulte mon conjoint	20,1	87	19,4	84
J'ai transmis la gestion de ces biens à mon conjoint	0,9	(4)	2,5	(11)
Sans réponse <u>et pas de biens</u>	68,5	296	73,6	318
Total	100%	432	100%	432

(Dans cet exemple, la loi suisse en vigueur jusqu'au 31 décembre 1987 incite la femme à transmettre cette gestion à son mari; la nouvelle loi donne le droit (effet instrumental) à chaque époux de gérer ses affaires et les inciterait plutôt à la concertation.)

\*Extrait d'une enquête genevoise : J. KELLERHALS et al., 1982.

Il faut admettre que ces pratiques sont susceptibles d'être étudiées par l'enquête indépendamment de toute influence que l'on pourrait hypothétiquement prêter au droit. L'action de l'enquêté est peut-être provoquée par une conscience ou une connaissance de ce que le droit ordonne. Il est possible aussi (voire beaucoup plus probable !) que d'autres déterminants expliquent les faits de comportements étudiés. La question mentionnée ci-dessus ne dit strictement rien sur l'effet de la norme légale et pourtant l'information ainsi recueillie n'est pas moins intéressante pour autant. Il faut noter aussi que la pratique étudiée possède une "proximité" avec la norme légale qui est variable à l'infini. On peut par exemple sonder les phénomènes d'influence au sein du couple parce que la loi définit la manière dont le pouvoir doit être exercé au sein de la famille. Il est dans un tel cas évident qu'il y a un monde entre ce qui est sondé et le phénomène légal. A l'inverse on peut sonder une pratique qui concerne directement le droit; par exemple demander aux enquêtés qui ont perdu l'un de leurs parents selon quelles modalités le partage des biens s'est effectué avec le conjoint survivant.

c. Les "pratiques judiciaires"

L'étude des appareils, judiciaires notamment, est du plus grand intérêt pour la sociologie du droit. C'est en effectuant de tels travaux de recherche que l'on peut identifier l'impact des besoins sociaux sur la dogmatique, plus précisément identifier à quel point les interprétations mises en oeuvre par les différents niveaux de juridiction constituent des réponses normatives aux différentes nécessités et

changements sociaux. Ce n'est pas pour rien que les réalistes américains appelaient "droit réel" la simple description de ces pratiques. Comment procéder techniquement ?

c.a. L'hypothèse du pluralisme dogmatique

En vertu du principe de la légalité, la pratique judiciaire ne devrait être que le pur et simple développement des virtualités de la loi. On devrait retrouver, dans les décisions des juges, la loi et rien que la loi. Notre comparaison ne devrait donc pas avoir beaucoup d'intérêt. Nous nous trouvons ici confrontés à une difficulté qui n'existe pas lorsque l'on fait une enquête qui réfère directement une question légale à une pratique des sujets de droit. Il n'est ainsi, par exemple, pas contestable que les époux ont une vie familiale qui existe indépendamment de ce que prescrit la loi. Il est donc simple d'opérer une comparaison entre la loi d'une part et leurs vœux ou leurs aspirations d'autre part. La distance est donc, dans ce type d'enquête, normale car l'on compare le droit à la vie. En sociologie judiciaire on reste à "l'intérieur" du droit car le jugement est oeuvre de droit, plus que tranche de vie. Il ne devrait être qu'application de la loi. Dès lors, la distance qui sépare la loi de sa mise en oeuvre est, au fond, une anomalie juridique. Est-il légitime de se donner cette anomalie comme objet d'étude ? Il faut répondre à cette objection. Il est légitime de retenir l'hypothèse du pluralisme dogmatique, c'est-à-dire l'idée que chaque niveau de juridiction, voire chaque juge, a, dans le champ réservé à l'exercice de son pouvoir d'appréciation, sa "dogmatique", c'est-à-dire une interprétation de la loi qui lui est propre, qui lui paraît la plus juste. Si tel est le cas, ce pluralisme apparaît clairement lorsqu'il est référé à un

modèle "canonique" ou de référence obligée. On peut rappeler l'exemple de l'interprétation de l'art. 142 CCS. Il s'avère que certains juges (cf. PERRIN, 1986) considèrent que cette interprétation viole la loi, d'autres estiment qu'elle est parfaitement légale. On le voit, des dogmatiques rivales peuvent coexister; leur comparaison est du plus grand intérêt. Ces interprétations sont, à notre avis, repérables par référence à un modèle déterminé qui est celui produit par la plus haute juridiction de contrôle; c'est dire que même s'il existe sur une question juridique plusieurs réponses légitimes, celles-ci sont susceptibles d'être classées par référence à une "supra" dogmatique qui constitue le modèle de référence. Nous savons que celui-ci se construit souvent à l'occasion du contrôle du pouvoir d'appréciation du juge cantonal. Le modèle a donc souvent plus l'allure d'un "cadre" qu'il ne faut pas dépasser que celle d'une représentation de détails selon laquelle tout serait bien précisé à l'avance.

c.b. La pratique contra legem

On pourra cependant identifier certaines pratiques qui se sont manifestement développées en marge de la loi, voire contra legem. Ainsi par exemple, nous avons trouvé un jugement qui tente d'instituer la garde conjointe des enfants. Il devient difficile (voire impossible ? cf. PERRIN, 1986) de justifier la compatibilité de telles décisions avec le texte de la loi. Quels sont, dans de tels cas, les termes de la comparaison ? Le TF n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur de telles questions, qu'on ne lui soumet pas, précisément parce qu'elles sont d'une légalité discutable et adoptées d'accord entre les parties. C'est, dans une telle situation, le chercheur qui construit le modèle de référence. Il ne l'édifie

cependant pas d'une manière arbitraire. Il va de soi que l'institution prise en exemple existe en droit comparé et peut faire l'objet de discussions et de propositions dans la doctrine, voire dans l'opinion. Le juge tente la formule parce qu'elle lui paraît possible et opportune. Le chercheur doit dès lors comprendre cette tentative. Une pratique n'est jamais aveugle. Elle est la mise en oeuvre de conceptions a priori, qui sont exprimables. Il n'est pas douteux que la pratique judiciaire résout très souvent sur le terrain, par anticipation, les questions qui sont agitées dans le cadre général des réformes législatives. (En droit privé, les exemples foisonnent). Ce faisant, elle est animée par certaines valeurs ou idées, par certaines représentations induites par les nécessités sociales et l'évolution des conceptions. Il existe donc, en amont de ces pratiques, des modèles que le chercheur peut identifier et poser en termes d'hypothèses. Ces modèles sont des normes qui, pour non positives qu'elles soient à l'époque actuelle, ne constituent pas moins des modèles juridiques potentiels.

d. Les "aspirations" concernant le droit désirable

Il est possible de mettre les enquêtés face à un véritable choix de contenu concernant la législation, notamment dans une perspective de réforme législative. Ainsi par exemple :

Question 93 I\* : Il est dit dans la loi que, s'il n'y a pas de contrat spécial devant notaire, c'est bel et bien le mari qui a le droit d'administrer ces biens. Estimez-vous que:

	HOMMES		FEMMES	
	Z	N=	Z	N=
cela est en somme assez normal	16,5	92	13,5	75
cela n'est pas normal, cela ne devrait pas être ainsi	60,7	338	66,6	371
vous n'avez pas d'opinion tranchée en cette matière	20,3	113	17,4	97
pas de réponse ou refus	2,5	14	2,5	14
Total	100Z	557	100Z	557

\*J. KELLERHALS et al., 1982.

Il est donc possible de mettre les enquêtés directement face au choix politique dont ils sont à même de "décider". Ce type de question est cependant loin d'être sans danger car il n'est pas du tout certain que les enquêtés soient tous intéressés et concernés au même titre; plus précisément, la réaction de l'enquêté dépend fortement de la qualité et de la quantité de l'information dont il dispose. Nous avons, dans cette même enquête, découvert à nos dépens que les avis des personnes concernant le nom de la femme mariée sont susceptibles de varier selon que l'enquêteur livre ou non des informations sur l'existence des diverses solutions légales possibles. Même si la méthode est difficile, il ne faut pas renoncer à ce type de recherche auprès du "grand public" du droit. Si

jamais la loi devait être, un peu plus que par le passé, l'expression de la "volonté générale", ce serait peut-être parce que l'on peut demander, grâce à ces techniques d'enquête, aux destinataires de la loi ce qu'ils veulent vraiment. La démocratie n'est pas autre chose.

L'expérience montre parfois (cf. notre enquête, KELLERHALS et al., 1982) que si l'on prend les précautions qui s'imposent, il est possible de traduire sans trop de risques les desiderata des destinataires directs de la loi. Mais les études concernant ce que pensent "de lege ferenda" les membres des appareils, notamment les juges, sont aussi d'un intérêt particulier. Ce type de recherche s'effectue avec profit en parallèle avec un sondage d'opinion auprès d'une population plus large. On compare ainsi l'avis des professionnels et l'on obtient des informations fondées sur l'expérience. Il faut se souvenir cependant que ces professionnels défendent aussi, au travers de leur prise de position, des intérêts de classe (cf. une enquête française qui prépare la réforme du droit des successions. On a interrogé, en parallèle, une population de personnes concernées, l'ensemble du notariat français et procédé, de plus, à une analyse de contenu portant sur un échantillon de décisions judiciaires; cf. CHAMPENOIS-MARMIER et al., 1986. Une large enquête du même type est actuellement effectuée auprès de l'ensemble des professionnels du divorce [magistrats, avocats, travailleurs sociaux] pour établir le bilan de l'application de la nouvelle loi sur la réglementation du divorce, dix ans après son entrée en vigueur). Nous avons aussi accompagné l'analyse de contenu effectuée sur des décisions judiciaires de divorce à Genève, d'interviews intensifs effectués auprès des magistrats qui avaient rendu les décisions. Citons comme exemple de l'intérêt de ce type d'enquête

l'extrait du rapport de recherche suivant, qui traite - après l'analyse des pratiques judiciaires - la question de savoir ce que pensent les magistrats de l'introduction éventuelle du divorce par consentement mutuel dans la législation civile suisse :

"- Soit la loi considère cet accord comme un indice de la désunion, une "preuve" de la cause, indice ou présomption que le juge peut éventuellement écarter;  
- soit la loi fait de ce consentement mutuel une présomption irréfragable, en quelque sorte une "cause", en elle-même suffisante, indépendante de la réalité qu'elle recouvre.

Dans les deux cas le statut du juge est fondamentalement différent. On peut affirmer que l'écrasante majorité des divorces sont, à Genève, prononcés en application de l'une ou l'autre de ces deux modalités et c'est ce qui explique, paradoxalement, que les magistrats interrogés ne se sont pas déclarés favorables à l'introduction d'un divorce par consentement mutuel, dont ils craignent les modalités. Ainsi un magistrat s'exprime dans les termes suivants :

'Le consentement mutuel a été introduit en France mais il est très peu employé à cause des conditions qui y sont mises. J'y serai favorable, seulement si on ne rend pas le divorce par consentement mutuel plus difficile qu'il n'est aujourd'hui.'

Un autre magistrat :

'C'est un tort de vouloir tout mettre par écrit. Il n'est pas nécessaire d'introduire le consentement mutuel; il est appliqué depuis longtemps. C'est nous enlever toute responsabilité que de nous obliger à respecter un schéma strict.'

Il est d'ores et déjà clair que le nouveau modèle législatif, ... comme en matière d'avortement, devra

faire face à une double opposition émanant d'une part de ceux qui sont hostiles au principe de la modification proposée et d'autre part de ceux estimant que de toute manière le nouveau modèle sera plus restrictif que la pratique qu'il veut remplacer. Face à ces difficultés, les rangs des partisans du statu quo pourraient bien se resserrer." (PERRIN, TRICOT, 1986, pp. 27 ss.)

B. L'observation des représentations de la normalité et de l'équité

Nous quittons ici le champ spécifique de la sociologie de la dogmatique pour montrer comment, parallèlement aux investigations qui précèdent, il peut être opportun d'investiguer le champ éthique lui-même, indépendamment d'un rapport direct avec la norme juridique. On sait que souvent le droit ne fait qu'armer des principes éthiques considérés comme essentiels. Il est sans autre possible d'identifier la nature et l'intensité de ces représentations sociales du "normal" ou du "juste", indépendamment de ce que dit la loi ou le droit. On y parviendra avec d'autant plus de succès que l'on veillera, par une méthodologie appropriée, à restituer les résultats en respectant l'homogénéité des groupes d'enquêtés (sexe, âge, classe sociale, etc.) et en tenant compte de la dimension diachronique. A défaut de toutes ces précautions, ... "l'opinion publique n'existe pas" (BOURDIEU, 1973).

a. La perception de la "normalité"

Les destinataires ont probablement des aspirations, des souhaits quant à l'orientation de leur pratique. Celle-ci est aussi une "norme" au sens propre

du terme, c'est-à-dire "modèle de ce qui doit être ou devrait être" (cf. PERRIN, 1979, p. 26). On leur demande quelle doit être la norme pour eux. On peut répéter ici ce qui a été dit plus haut concernant la comparaison avec le droit. Les aspirations à plus d'égalité dans la répartition des tâches ménagères peuvent être sondées indépendamment de la question de savoir si ces aspirations existent compte tenu du droit positif sur la question.

TABLEAU 18

Question 98.I: *Estimez-vous qu'il serait normal que, si les deux époux gagnent de l'argent, chacun contribue dans une certaine mesure aux dépenses du ménage?*

	Hommes	Femmes
	%	%
- NON, il est mieux que les frais du ménage soient pris en charge par l'homme seulement, même si les deux travaillent	6,8	5,0
- OUI, il serait normal que les deux mettent de l'argent dans le ménage	92,5	94,3

N = 557 (il y a moins de 1% de non-réponses).

(Extrait de J. KELLERHALS et al., 1982)

La proximité avec le droit est manifeste bien qu'indirecte. Les perceptions de la "normalité" dans le domaine investigué sont du plus grand intérêt, ... même si l'un des termes, en l'occurrence la règle juridique, n'est pas soumis à l'examen de l'enquête.

b. La perception du "juste", de l'"équitable"

Nous rencontrons une problématique très analogue s'il s'agit d'identifier les perceptions de ce qui est ressenti comme juste ou équitable. On proposera, par exemple, aux enquêtés d'arbitrer les termes d'un

échange. On peut utiliser la technique du "scénario", qui incite à prendre une certaine distance par rapport à sa propre situation, ce qui est probablement nécessaire s'il s'agit d'investiguer des normes d'équité, notion très fortement liée au "sentiment". Ainsi, par exemple :

André et Jeanne sont mariés depuis 10 ans. Ils ont 2 enfants de 9 et 7 ans. Durant le mariage, Jeanne est restée à la maison pour s'occuper d'eux et du ménage. Ils veulent divorcer parce qu'ils ne s'entendent plus bien (il n'y a pas de fautif). La profession d'André a permis d'économiser en 10 ans Fr. 60'000.-. Mises à part les questions de pension alimentaires pour les enfants et le conjoint, estimez-vous que la loi devrait :

- (A) Laisser ces économies à André, c'est lui qui les a gagnées.
- (B) Donner une certaine partie (à évaluer) à Jeanne comme compensation pour le travail effectué à la maison.
- (C) Donner systématiquement la moitié de ces économies à chacun : ils ont tous deux joué un rôle essentiel, et on ne peut ni mesurer, ni évaluer.

---

Réponses des hommes

	nombre	%
réponse (A)	8	2.3
réponse (B)	104	29.8
réponse (C)	232	66.5
sans réponse ou refus	<u>5</u>	<u>1.4</u>
	349	100.0

Réponses des  femmes

réponse (A)	6	1.7
réponse (B)	75	21.5
réponse (C)	266	76.2
sans réponse	<u>2</u>	<u>.6</u>

(Extrait de J. KELLERHALS et al., 1982)

349 100.0 .

La multiplication de ce type de recherches portant sur le "juste" ou le "normal" se justifie par les considérations suivantes : la norme légale ne modélise pas seulement un comportement dans le but de le provoquer pour le futur. Elle définit une norme en fonction de laquelle les événements passés peuvent

être évalués. Souvent le même texte normatif est censé provoquer un comportement futur et constitue, de plus, le principe d'évaluation pour un événement passé. (Les exemples foisonnent en matière de circulation routière; ex.: la règle qui nous incite à rester maître de notre véhicule en toutes circonstances).

En matière de droit matrimonial, par exemple, cette deuxième fonction a beaucoup plus de chances d'être proche des préoccupations des enquêtés car elle vise, pour eux, une problématique à laquelle ils ne peuvent pas ne pas savoir qu'ils seront soumis : celle des conséquences patrimoniales du divorce ou du décès. Ils peuvent dès lors plus facilement s'imaginer "en situation". Face à l'expression de la norme en termes d'évaluation d'une situation qui pourrait être la sienne concrètement, l'enquêté pourra réagir par identification. On sait que l'on y passera soi-même comme les autres...

Le choix du vocabulaire destiné aux enquêtés est très délicat. L'erreur méthodologique coûte cher ici. Les juristes sociologues, notamment, ont trop eu la tendance à imaginer qu'il est sans autre possible d'obtenir une représentation du juste en utilisant directement le vocabulaire juridique... ce faisant, ils demandent à l'enquêté de répondre à la question de savoir quelle est la couleur du cheval blanc de Napoléon ! Ainsi et par exemple, nous avons réalisé à nos dépens que toute la problématique des "masses" de biens, en matière de droit des régimes matrimoniaux, est ambiguë. Confrontées directement avec une terminologie et une notion qui n'est pertinente que pour la technique du droit, les réponses des enquêtés seront nécessairement biaisées ou inexploitable. A cet égard, la question suivante est probablement une mauvaise question.

Question 95 I\*\*

Dans tout ménage, il y a certains biens : un ou des salaires, quelques meubles et bijoux, éventuellement une certaine fortune ou argent sous une autre forme. Voici trois manières possibles de s'organiser à ce propos. Laquelle préférez-vous dans votre cas ?

HOMMES

%	TOTAL	CODE	
65.0	362 *	0	*Masse commune : on met en commun tous les biens, les deux époux sont ensemble propriétaires de tout
3.4	47 *	1	*Deux masses séparées : on sépare tous les biens, chaque époux étant propriétaire d'une certaine partie des biens
26.0	145 *	2	*Masse commune + 2 masses séparées : on met une partie des biens en commun, une autre partie étant séparée
.5	3 *	7	*Sans réponse

\* variable selon les cas

-----  
TOTAL 557  
-----

\*\*\*Extrait de J. KELLERHALS et al., 1982.

\* \* \*

## Chapitre V

### L'exploitation des résultats en sociologie empirique du droit

#### A. L'interprétation des données

##### a. Les "lois" de la sociologie du droit

L'étude qui porte cumulativement sur tous ces faits sociaux livre la "matière première" du droit. On voit bien de quoi le droit est fait ou se fait. On voit, intuitivement, le fil nécessaire qui, des pratiques des destinataires aux conceptions des élites sociales, tisse la trame du droit. Le plan général de la construction manque cependant. C'est ici qu'il convient d'être prudent et d'éviter le piège du dogmatisme dans lequel les pionniers de la discipline sont tombés (qui nous proposaient une détermination linéaire et nécessaire du droit par les "données" qu'ils prétendaient pouvoir tirer de l'observation sociale). Il faut se souvenir qu'il n'y a pas, dans nos matières, de déterminisme absolu et que l'histoire ne se répète jamais vraiment. La recherche livre cependant une possibilité d'identifier certaines tendances qui se répètent ou qui sont rarement démenties. Le mot "loi" est probablement trop vénérable pour être utilisé (cf. à cet égard DECOSTER, 1986). Nous sommes loin d'un déterminisme suffisant... et pourtant les quelques constatations suivantes peuvent être exprimées :

##### b. Le droit "reflet"

Tout changement législatif (nous avons surtout à l'esprit l'évolution du droit privé, mais nous pourrions généraliser sans peine à partir des nombreux

exemples que nous avons étudiés) est régulièrement anticipé, "préparé", souvent pendant une période assez longue, par un changement des pratiques sociales, des aspirations et des représentations. La jurisprudence sait traduire ces changements par le truchement de la théorie de l'interprétation et, finalement, le législateur formel "enregistre" la modification, alors que le plus souvent elle est accomplie depuis fort longtemps. (N'en fut-il pas ainsi du droit de la femme à gérer ses apports; n'en sera-t-il pas ainsi de la relativisation de la faute dans le divorce, etc. ?) Nous avons fait la vérification sur une très large échelle, en Europe occidentale, concernant le droit du divorce et l'on peut dire que jamais cette fonction d'enregistrement n'a été démentie... Nous ne pensons dès lors pas que l'exemple suisse nous démentira... (cf. COMAILLE et al., 1983). C'est ce que nous avons appelé la théorie du "droit reflet" (PERRIN, 1985, p. 32).

c. Le droit "pilote"

...Et pourtant l'observation révèle un phénomène apparemment contradictoire. Les productions idéologiques des élites - formalisées peut-être à titre de réponse aux changements sociaux - peuvent aussi se propager de haut en bas, pénétrer, petit à petit, la conscience des masses.

L'égalité des sexes en matière de travail, la "déstigmatisation" des enfants illégitimes, etc., ne sont-elles pas, historiquement, des conceptions idéologiques élitaires, fort peu marquantes par les pratiques, avant leur institutionnalisation par la loi, laquelle a, dès lors, une certaine aptitude à déployer un "rôle de pilote" (l'expression est adoptée

par le Tribunal fédéral, cf. ATF 105 III p. 245). On peut donc soutenir que le droit est aussi invention sociale et non pas seulement transcription d'une quelconque réalité qui appartient au domaine du fait.

Les deux théories, droit-reflet, droit-pilote, sont-elles deux explications concurrentes de la genèse nécessaire du droit ? Deux lois antinomiques ? La sociologie du droit commence à réaliser que tel n'est pas le cas. Elle n'aura pas à choisir. Il ne s'agit pas de deux explications antinomiques mais de deux "moments" d'une totalité systémique qu'il faut analyser diachroniquement. Une dialectique (sur l'importance de l'explication dialectique en sociologie, cf. GURVITCH, 1962) se noue systématiquement entre le changement social, traduit très souvent par la "révolte des pratiques" contre le code et l'invention normative qui est le propre des élites sociales, de la doctrine notamment; donc il conviendrait d'étudier plus et mieux, sociologiquement, le rôle pilote. Il ne faut pas négliger, malgré quelques méchants lieux communs, le rôle des milieux politiques, même en droit privé (ex.: l'impact actuel des mouvements féministes ou des représentations des intérêts des pères divorcés, etc.). La "pompe" que constitue l'invention normative des élites ne peut s'amorcer que si le mouvement social lui en donne l'occasion... mais lorsqu'elle est en route, elle peut légitimement espérer promouvoir le changement, sous forme d'effets symboliques d'abord, instrumentaux ensuite. C'est au fond assez simple et très rarement démenti.

#### d. L'interprétation "prédictive"

Le problème de "l'exploitation" de ces comparaisons à des fins prédictives se pose évidemment. On

demandera à la sociologie du droit d'effectuer des évaluations prospectives portant sur les "chances" d'une nouvelle législation, en d'autres termes sur l'aptitude d'un contenu déterminé à déployer des effets attendus, plus modestement peut-être à être bien "acceptée" par les destinataires, dans leur conscience, pour leurs besoins, ou plus simplement et directement, selon leur volonté de citoyens et d'électeurs. (Cet aspect prospectif n'était pas absent de nos travaux concernant le nouveau droit du mariage; cf. nos conclusions in PERRIN, 1985). A cet égard, on dira que tout hiatus, toute distance, toute différence, décelés entre le modèle juridique de référence, seul contre tous (droit positif ou droit désirable), et l'ensemble des faits sociaux observés, témoignent d'une difficulté à obtenir l'effet attendu et, partant, de la "nécessité" (du point de vue du législateur) d'adopter un modèle différent, plus conforme aux pratiques, aspirations et représentations (cf. PERRIN, 1985, p. 35).

En cas de conflit internormatif, de tension entre les divers niveaux, la prédiction doit surtout dominer les difficultés diachroniques. Nous avons ainsi pu observer que le facteur temps donne systématiquement sa chance aux représentations et aspirations bien partagées des élites, notamment "académiques". Nous rencontrons ici à nouveau le rôle moteur de la doctrine "de lege ferenda". Il ne faut donc pas se livrer à une sociologie "à plat", ni se laisser impressionner par la seule dimension quantitative, fixée sur l'état des pratiques d'une classe, fût-elle la plus nombreuse (cf. notre exemple concernant le hiatus entre les pratiques inégalitaires des masses d'une part, et les aspirations des élites plus favorables aux modèles matrimoniaux paritaires, in PERRIN, 1985, p. 156).

Souvenons-nous que souvent les deux théories, droit-reflet, droit-pilote, peuvent se rejoindre. Pour l'une et l'autre, la mesure du fossé doit s'interpréter comme un signal d'alarme : selon l'une des théories c'est l'inadéquation du droit qui paralysera ses effets, même si, par impossible, il est adopté. Selon l'autre théorie la distance et la différence rendront impossible la propagation de l'effet pilote recherché. Toutes les situations intermédiaires peuvent exister, avec chaque fois, une possibilité d'évaluation des risques et chances, qui est fonction des cas particuliers.

B. L'utilité de la sociologie empirique du droit

a. Ce que la sociologie du droit ne peut pas faire

Il suffit de rappeler ici - mais on ne le rappellera jamais assez - la limite absolue que l'épistémologie wébérienne, d'inspiration néo-kantienne (cf. TREVES, 1987; KELSEN, 1911/1970; KELSEN/SANDER), impose à l'exploitation directe de nos travaux de recherches empiriques portant sur cette morale codifiée, cet ensemble de normes positives, de "sollen", qui s'appelle "le droit". "Je conteste énergiquement qu'une science 'réaliste' de la morale (...) soit à même de former une 'morale' capable d'affirmer quoi que ce soit sur ce qui doit valoir. Pas plus qu'un exposé 'réaliste' des représentations astronomiques des Chinois par exemple (...) pourrait jamais avoir pour objet d'établir l'exactitude de cette astronomie." (WEBER, 1965, p. 420).

La vieille dichotomie entre le jugement de réalité (propre à la démarche sociologique) et le jugement

de valeur (propre à la démarche dogmatique) pourrait donc bien être un point de départ logiquement indépassable pour la réflexion sur les fonctions de la sociologie juridique. On ne peut cependant en rester là, contrairement à ce que nous inciterait à penser 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 impossible, 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 l'existence.

Il faut donc, après avoir pris acte de l'autonomie logique de ces deux ordres de "vérité" concernant les rapports sociaux, montrer encore leur rapport.

b. Ce à quoi la sociologie du droit peut servir

On peut résumer la thèse wébérienne de l'utilité de la recherche empirique portant sur les normes ou systèmes de normes par les points suivants :

I. Le point de vue explicatif ou compréhensif sert d'abord à mieux identifier les valeurs effectivement en cause : "Une discussion portant sur la valeur n'a au fond d'autre signification que de contribuer à saisir ce que l'interlocuteur (ou encore nous-mêmes) vise réellement, c'est-à-dire comprendre la valeur qui est réellement et non apparemment en jeu entre les deux parties et rendre ainsi possible en général

une prise de position à l'égard de cette valeur" (WEBER, 1965, p. 421). On le voit, la sociologie du droit ne servirait pas d'instance au sein de laquelle les problèmes normatifs seraient traités dans un climat de neutralité axiologique, mais, au contraire, de lieu pour la compréhension de ces appréciations par leur explication, par l'échange d'idées à leur sujet, etc.

II. La recherche empirique sert ensuite et surtout à montrer les "conséquences" ou suites effectives qui ont résulté ou qui résulteraient de prises de position normative (cf. WEBER, 1965, p. 432). La décision qui consiste à abroger une norme et, éventuellement à proposer et/ou adopter un nouveau contenu normatif, mérite d'être "justifiée" par la mise en évidence, à la fois des conséquences de l'ancien système et des effets d'un nouveau. La sociologie du droit produit ainsi non pas des jugements de valeur mais des "légitimations" concernant de tels jugements, ce qui est fondamentalement différent.

III. Weber exprime dans les termes suivants une fonction qui, du point de vue de nos expériences personnelles de recherche sur différents terrains normatifs, nous paraît très féconde et directement opérationnelle : la recherche portant sur l'évaluation des normes et systèmes "suscite les problématiques au cours du travail" (WEBER, 1965, p. 433). En d'autres termes, l'investigation de terrain, le contact direct avec les problèmes, la répétition des démarches d'enquêtes et surtout le contact direct avec une multitude d'enquêtés qui sont confrontés avec une difficulté, ont la vertu, non seulement de faire apparaître les vrais problèmes, mais aussi de suggérer des idées concernant les solutions. Ainsi et par exemple, l'audition, ne serait-ce que d'une trentaine d'adolescents, qui ont

vécu un problème conflictuel de garde après le divorce de leurs parents, l'observation systématique des relations qu'ils ont pu nouer avec leur entourage, la lecture d'un rapport de recherche bien fait à ce sujet, modifie nécessairement notre façon de penser, voire nos jugements de valeurs sur la question de la garde conjointe ou alternée (cf. le travail d'Irène THERY, in BOURGUIGNON et al., 1985). Telle est, selon notre expérience, la fonction la plus utile de la sociologie empirique du droit.

c. Sociologie du droit et politique législative

Il est donc concevable que la mise en évidence des diverses données d'une question normative "sug-  
gère" un choix au chercheur. Celui-ci a le droit de s'exprimer, mais en précisant ce qui est du domaine de ses propres évaluations personnelles et ce qui procède d'une démarche proprement descriptive et explicative.

Si tel est le cas, la sociologie du droit ne peut ni ne doit éviter le contact avec la politique législative, sous couvert d'une fallacieuse "neutralité axiologique" qui, d'ailleurs, n'a jamais existé. La sociologie du droit explique les décisions prises et informe sur les conséquences des jugements que l'on envisage de rendre. Elle contribue donc à la "légitimation" de la décision ou de 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 politique.

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 "utilisations" sont l'une et l'autre le fait d'expériences historiques déterminées que l'on peut citer et cette situation explique, très probablement, la situation particulièrement ambiguë de notre 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 évidemment pas question de trancher en faveur de l'une ou de l'autre de ces deux "utilités". Nous n'aurions pourtant pas de peine à montrer quelles sociologies du droit s'inscrivent dans la perspective de la "collaboration" et vice-versa. 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 (1973) - compter sur l'effet "décanteur" 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.

d. ...Nouvelle conclusion sur le problème du rapport entre sociologie et droit

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 (1973) s'y est essayé quand bien même - et cet éternel retour des choses est 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 :

- Il n'est pas inconcevable que le fait de mettre en évidence 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 sociologique 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.

- 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. L'identification des "vérités" "sur" le droit ne conduit-elle pas plus ou moins inéluctablement à ce que d'aucuns appelleront la "scientificisation" du droit ?

On participerait donc 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"). Nous voudrions que la démarche sociologique soit une méthode et non pas un choix axiologique... Si elle ne peut 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, Critique de la raison juridique, Paris, LGDJ, 1981.
- BELLEY Jean-Guy, "Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique", Droit et Société, n° 4, 1986, pp. 353-370.
- BELLEY Jean-Guy, "L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique", Sociologie et Société, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, pp. 11-32.
- BOUDON Raymond, Effets pervers et ordre social, Paris, PUF, 1977.
- BOUDON Raymond, Les méthodes en sociologie, Paris, PUF, Coll. Que sais-je? n° 1334, 3ème trimestre 1980.
- BOURDIEU Pierre : "L'opinion publique n'existe pas", Les temps modernes, n° 318, 29ème année, janvier 1973, pp. 1292-1309.
- BOURGUIGNON Odile et al., Du divorce et des enfants, Paris, PUF (INED, Cahier n° 111), 1985.
- CARBONNIER Jean, "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit", L'année sociologique, Paris, PUF, 1958, pp. 3-17.
- CARBONNIER Jean, Sociologie juridique, Paris, PUF, 1978.
- CARBONNIER Jean, Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, Evreux, 1979.
- CARBONNIER Jean, Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur, 4ème édition, Paris, LGDJ, 1979.
- CHAMPENOIS-MARMIER Marie-Pierre et al., L'héritage, recherche de sociologie du droit, Laboratoire de sociologie juridique, Université de Paris II, 1986 (polycopié).
- COMMAILLE Jacques, "D'une sociologie de la famille à une sociologie du droit. D'une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales", Sociologie et sociétés, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, pp. 113-128.
- COMMAILLE Jacques et al., Le divorce en Europe Occidentale - La loi et le nombre, Paris-Genève, G.I.R.D., CETEL, INED, 1983.
- COMMAILLE Jacques et PERRIN Jean-François, "Le modèle de Janus de la sociologie du droit", Droit et Société, n° 1, 1985, pp. 95-110.
- COMTE Auguste, Cours de philosophie positive, Paris, Schleicher Frères, 5ème édition 1907-1908 (6 volumes).
- COTTERRELL Roger, The Sociology of Law, An Introduction, Londres, Butterworths, 1984.
- CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, L'acteur et le système, Paris, Seuil,

DECOSTER Michael, "Lois, modèles et déterminisme sociologiques", Revue de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1985, 1-2, pp. 191-207.

DELLEY Jean-Daniel et al., Le droit en action. Etude de mise en oeuvre de la loi Furgler, Saint-Saphorin, Georgi, 1982.

DESABIE Jacques, Théorie et pratique des sondages, Paris, Dunod, 1966.

DOISE Willem, DESCHAMPS Jean-Claude, MUGNY Gabriel, Psychologie sociale expérimentale, Paris, Armand Colin, Coll. U, 1978.

DUGUIT Léon, "Le droit constitutionnel et la sociologie", Revue internationale de l'enseignement, Paris, Armand Colin, 1889, tome 18ème, pp. 484-505.

DURKHEIM Emile, Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie, Paris, Librairie Marcel Rivière & Cie, 1967.

DURKHEIM Emile, Les règles de la méthode sociologique, (1895), Paris, PUF, Coll. Quadrige, 20ème éd. 1981.

EHRlich Eugen, Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre, hgst von Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot 1967.

EHRlich Eugen, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Munich et Leipzig, 1913, traduction italienne : I fondamenti della sociologia del diritto, par A. FEBBRAJO, Milan, 1976.

FOULKES Albert, "On the German Free Law School (Freirechtsschule)", ARSP 55/3 (1969), pp. 367-417.

FREUD Anna, GOLDSTEIN Joseph, SOLNIT Albert J., "Beyond the best interests of the child", New York, The Free Press, A division of Macmillan Publishing, Co. Inc. 1973. Trad. française par Monique DAVID, Dans l'intérêt de l'enfant ? Vers un nouveau statut de l'enfance, Paris, ESF, 2ème éd. 1980.

GENY François, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2ème éd., Paris, LGDJ 1954, vol. II.

GURVITCH Georges, Eléments de sociologie juridique, Paris, Aubier, 1940.

GURVITCH Georges, Dialectique et sociologie, Paris, Flammarion, 1962.

HABERMAS Jürgen, La technique et la science comme "idéologie", Paris, Gallimard, 1973.

HECK Philippe, "Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay", in ELLScheid G. et HASSEMER W. (ed.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974, pp. 235-253.

KELLERHALS Jean et al., Mariages au quotidien. Inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale, Lausanne, P.-M. Favre, coll. Regards sociologiques, 1982.

KELSEN Hans, Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (1911), Aalen, Scientia Verlag, 1970.

KELSEN Hans, SANDER Fritz, Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre, à paraître (réimpression en souscription chez Scientia Verlag, Aalen).

LASCOUMES Pierre, ZANDER Hartwig, Marx : du "vol de bois" à la critique du droit, Paris, PUF-Philosophie d'aujourd'hui, 1984.

LLEWELLYN Karl N. "A Realistic Jurisprudence - The Next Step 1930", in Jurisprudence : Realism in Theory and Practice, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, pp. 21-27.

LUHMANN Niklas, Die soziologische Beobachtung des Rechts, Francfort s/M. Alfred Metzner Verlag, 1986.

MADER Luzius, L'évaluation législative, pour une analyse empirique des effets de la législation, Lausanne, Payot CJR, 1985.

MICHAUT Françoise, L'Ecole de la "sociological jurisprudence" et le réalisme juridique américain, thèse sous la direction du professeur Michel TROPER, Paris-Nanterre, 1985.

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

PERRIN Jean-François, Comparaisons pour la réforme du droit matrimonial, Lausanne, Payot CJR, 1985.

PERRIN Jean-François, TRICOT Laurence, Pratiques judiciaire du divorce... une recherche à finalité législative, Travaux CETEL, n° 28, Université de Genève, Faculté de droit, 1986.

PORTALIS, "Discours préliminaire du projet de Code civil de la commission", in M. Le Baron LOCRE, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français, t. I, Paris, Treuttel et Wurtz, 1827.

REHBINDER Manfred, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, Berlin, Duncker-Humblot, 1986.

TREVES Renato, Introduzione alla sociologia del diritto, Turin, G. Einaudi, 1987.

TWINING William, Karl N. Llewellyn and the Realist Movement, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1973.

VAN DE KERCHOVE Michel, "Symbolique et instrumentalité. Stratégie de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste", in Revue de l'Université de Bruxelles 1984/1-3, Punir mon beau souci. Pour une raison pénale, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1984, pp. 123-171.

WEBER Max, Le savant et le politique, introduction par Raymond Aron, Paris, Plon 10-18, 1959.

WEBER Max, Essais sur la théorie de la science, traduit de l'allemand par Julien Freund, Paris, Plon, 1965.

WEBER Max, Economie et société, traduit de l'allemand par Julien Freund et al., Paris, Plon, 1971, t. I.

WEBER Max, Sociologie du droit, introduction et traduction de J. Grosclaude, Paris, PUF, 1986.

\* \* \*