

SOMMAIRE

- I. Approche épistémologique
- II. Le droit, objet de la sociologie
- III. Les juristes-sociologues
- IV. L'emprise de la sociologie sur le droit
- V. La sociologie du droit, analyse critique du droit

I. APPROCHE ÉPISTÉMOLOGIQUE

L'adage « *Ubi societas, ibi jus* », qui se traduit par « il n'y a pas de société sans droit », signifie que les groupes sociaux secrètent nécessairement des normes juridiques. C'est un constat établi depuis longtemps par des auteurs se réclamant de la sociologie du droit au sens large ; mais la sociologie du droit au sens strict, c'est-à-dire la discipline universitaire qui étudie sociologiquement le droit, est une discipline récente. Son fondateur est Egen Ehrlich à la fin du XIX^e siècle. Cet auteur fait une distinction entre le droit en vigueur, qui est imposé par l'État, et le droit vivant, ou spontané, qui émane directement du groupe social étudié. La naissance de cette nouvelle discipline est dès son commencement marquée par un problème d'identité et d'unité : s'agit-il d'appliquer les méthodes sociologiques à la discipline juridique, ou d'étudier les relations réciproques entre les groupes sociaux et les phénomènes juridiques, ou encore de distinguer la spécificité des normes juridiques par rapport aux normes sociales ?

A. SITUATION PARMI LES AUTRES SCIENCES SOCIALES

1. Repères

	Définition	Méthodes scientifiques	Caractéristiques
Le droit	Ensemble des règles édictées par les autorités légitimes et dont le non-respect est sanctionné par la force publique	Déduction Interprétation Argumentation	Normatif Prescriptif Hiérarchique
La sociologie	Etude scientifique de la société	Analyse Expérience	Descriptif Indicatif Réticulaire

- ▶ Le droit et la sociologie sont les deux sciences sociales les plus importantes. Au ^{xx}e siècle, elles vont entrer en concurrence.
- ▶ La discipline juridique se considère comme autonome et autosuffisante quant à l'étude des réalités sociales. En même temps, le droit opère une rupture vis-à-vis de la société dont il cherche à se rendre imperméable pour mieux la régir.
- ▶ La sociologie, en étudiant l'ensemble des phénomènes sociaux, dénie au droit une identité spécifique. Elle reproche aussi à la science juridique non seulement un manque de définition de ce droit, mais surtout, de ne pas s'interroger sur l'origine du droit et de ne s'intéresser qu'à l'aspect pathologique des relations sociales (elle réduit le juridique au contentieux).
- ▶ Pendant longtemps, les facultés de droit ont refusé des enseignements de sciences sociales, mis à part l'histoire du droit et dans une moindre mesure la philosophie du droit, mais la nécessité s'est fait jour de porter un regard externe au droit sur le droit.
- ▶ Ce point de vue externe peut avoir trois sources, soit être intégré à la science juridique elle-même, soit provenir de la sociologie, soit résulter d'une approche interdisciplinaire.

2. La sociologie du droit des juristes

- ▶ Il s'agit de la sociologie du droit « dans » le droit. Cette nouvelle discipline sera rattachée aux matières de culture juridique (comme la théorie du droit, l'histoire du droit) par opposition à la dogmatique juridique qui est l'idée suivant laquelle le droit se réduit à un ensemble systématique et hiérarchisé de normes émanant des autorités étatiques.
- ▶ La définition du droit retenue par cette sociologie du droit est celle des juristes positivistes. Le positivisme désigne le courant doctrinal majoritaire chez les juristes qui ne reconnaît comme droit que les règles en vigueur dans un ordre juridique donné, à l'exclusion de tout jugement de valeur.

3. La sociologie du droit des sociologues

- ▶ Il s'agit de la sociologie du droit « sur » le droit, une branche de la sociologie générale qui applique au droit ses méthodes scientifiques.
- ▶ La définition du droit est ici différente, est droit une croyance en l'habitude d'obéir à certaines règles.
- ▶ Cela signifie que le droit est un fait social parmi d'autres, qu'il peut être mis en comparaison avec eux. Deux conséquences :
 - ▶ le droit perd de sa substance juridique (au sens des juristes) ;
 - ▶ le droit est un produit de la société qui influe en retour sur elle.

4. L'interdisciplinarité

L'interdisciplinarité peut être vue de trois manières :

- ▶ un simple syncrétisme ou juxtaposition d'apports disciplinaires différents ;
- ▶ un éclairage mutuel du droit et de la sociologie ;
- ▶ une approche postmoderne du droit qui a recours à la sociologie du droit pour démontrer que le droit devient pluriel, souple et modeste. Le postmodernisme est un paradigme scientifique contemporain qui irrigue l'ensemble des sciences sociales. Appliqué au droit, il cherche à penser la crise du droit moderne. Au lieu de répondre aux caractéristiques habituelles d'autorité, d'uniformité et de rationalité, le droit, d'un point de vue postmoderne, est en train de devenir contestable, différencié et dilué dans d'autres normes.

5. Les sous-disciplines à l'intérieur de la sociologie du droit

On peut dénombrer la sociologie des normes, la sociologie des institutions, la sociologie des litiges, la sociologie des professionnels du droit.

B. OBJET DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT

L'objet est nécessairement vaste et se regroupe autour de quatre axes.

1. Les rapports entre le droit et le fait

► Le droit a pour but de traduire en langue juridique l'ensemble des phénomènes sociaux. Il ne s'agit pas seulement d'une langue différente qui a sa propre terminologie, il s'agit aussi d'un langage qui a un fonctionnement spécifique : le droit est normatif, ses énoncés prescrivent des comportements déterminés même s'ils sont écrits au mode indicatif. Autrement dit, le langage juridique est performatif, l'énoncé juridique produit par lui-même des effets de droit parce que l'énoncé juridique contient par définition une force juridique. Par exemple, « *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.* », article 711 du code civil.

► Le droit est vu comme un discours artificiel sur la réalité, par exemple, la théorie de l'apparence en matière de propriété ou celle de la fiction en matière successorale (continuation de la personne décédée par ses héritiers). Le droit cherche à dominer les faits pour les soumettre à sa propre logique. Si la dogmatique juridique veut épurer les faits, en ne retenant d'eux que l'opération de qualification juridique (application d'un régime juridique à une situation juridique), la sociologie du droit rompt l'opposition dualiste entre le droit et les faits en analysant en profondeur leurs interactions.

► On peut dire de manière schématique que le droit adopte une vision statique des faits et que la sociologie du droit en adopte une vision dynamique, ce qui lui permet d'introduire de nouveaux concepts comme ceux de :

► juridicisation qui désigne le processus par lequel les faits deviennent de plus en plus soumis au droit ;

► juridictionnalisation qui est le processus par lequel les litiges sont de plus en plus souvent portés devant des juridictions.

2. Les rapports entre le droit et la société

► La sociologie du droit est elle-même influencée par le système juridique qu'elle étudie.

	Common Law	Droit romano-germanique
Sources du droit	Jurisprudence (<i>stare decisis</i>) Coutume	Loi principalement Principes théoriques émanant des textes écrits
Importance des droits	Droit substantiel et droit procéduraux	Droit substantiel
Caractère du droit	<i>Case law</i> , pratique, empirique	Abstrait, général, codifié

► Dans les pays de droit romano-germanique, l'Etat est considéré comme antérieur à la société, il en est aussi sa condition de possibilité, partant, la sociologie du droit de ces pays étudiera soit la légitimité de l'autorité de l'Etat sur la société civile soit la dénonciation de l'intervention de l'Etat. Le droit se veut perçu comme étant clair et simple. Il a pour mission de réguler une société civile qui, elle, est complexe

et mouvante, d'où deux sortes de catégories juridiques, celles pour lesquelles à un mot correspond un seul sens (par exemple le dol, l'expropriation, les nullités) et celles qui sont des standards ou des notions à contenu variable (par exemple la bonne foi, l'intérêt général, l'ordre public).

► Dans les pays de *common law*, la sociologie du droit s'intéresse plus à la confiance déposée par les personnes dans les juges ou à une approche pragmatique du droit. La sociologie du droit comparé peut montrer que, sous l'influence de la mondialisation, les diverses familles de droit s'influencent réciproquement. Le droit des pays de *common law* tend à devenir de plus en plus écrit et parfois conceptuel, tandis que le droit des pays romano-germanique est travaillé par deux influences : il commence à donner une importance aux droits procéduraux et il cherche à prendre en compte l'efficacité de la règle de droit sur les réalités sociales.

► La quantité et la qualité de normes dans la société deviennent un objet de la sociologie du droit.

► Une question fondamentale traverse cette discipline depuis sa naissance : le droit est-il extérieur à la société ou s'en différencie-t-il de l'intérieur ?

3. Les effets sociaux du droit

► Le droit est analysé dans ses effets intégrateurs ou non qui viennent compléter la régulation sociale.

► Le droit, pris à la fois dans ses aspects théoriques et dans ses aspects pratiques, fait l'objet d'un usage différencié suivant les personnes, c'est la sociologie de l'acteur juridique. Cette approche est convoquée lorsqu'une situation juridique est appréhendée par plusieurs traitements juridiques possibles, par exemple en droit de la famille (mariage, Pacs, concubinage).

4. La vie de la norme

► La sociologie du droit s'intéresse aux quatre stades du vécu des normes.

► La production de la règle de droit appelée « avant dire le droit » : les normes sociales influençant les normes juridiques, les influences des groupes de pression et des experts, les stratégies de négociation lors de la phase préparant la prise de décision.

► La phase du « dire droit » des normes juridiques au sens large, droit recommandatoire compris. Le critère de l'obligatorité est ainsi mis en question, la sociologie du droit parle, à l'inverse des juristes positivistes, de degrés de normativité, elle inclut la *soft law* (droit souple) et le droit vivant (non formulé juridiquement).

► La fin de la règle de droit, de manière juridique (annulation, abrogation) ou sociale (refus, oubli).

► Enfin, l'effectivité de droit qui permet de mesurer la plus ou moins grande application concrète des règles de droit. Ici encore, pour le sociologue du droit, il n'y a pas d'effectivité ou de non-effectivité radicale, mais une plus ou moins grande application du droit.

► Pour finir, l'analyse peut être complétée par la perception qu'ont les individus de la norme juridique.

C. MÉTHODES

► Ce sont principalement celles de la sociologie générale, à savoir :

► l'exploitation d'archives juridictionnelles ou administratives ;

► les questionnaires, les entretiens, les sondages d'opinion, les statistiques ;

► l'expérimentation normative ou l'expérimentation de laboratoire ;

► l'analyse sociologique de la jurisprudence et des textes normatifs.

► Quelques méthodes issues de la science politique sont convoquées :

► l'évaluation ;

► l'étude d'impact.

D. FINALITÉS

La sociologie du droit est une discipline scientifique qui n'a pas (encore) trouvé intrinsèquement ses propres raisons d'être, celles-ci lui sont déterminées extérieurement par la discipline juridique.

1. Auxiliaire

- Du droit positif : par une meilleure connaissance du contexte social et des pratiques et par une évaluation des conditions concrètes de mise en œuvre du droit, la sociologie du droit va permettre à la science juridique de s'améliorer et de s'adapter aux évolutions des mœurs et des techniques.
- Des autorités chargées de dire et d'appliquer le droit peuvent procéder à son adaptation.

2. Critique

De la dogmatique juridique en lui reprochant son caractère désincarné, sa proximité voire son identité avec le pouvoir politique, son lien avec l'idée de contrainte.

3. Nouveau dogmatisme

Cela s'adresse encore une fois au droit positif, qui ne voit pas ses présupposés de base atteints, tout au contraire, ces derniers peuvent sortir renforcés d'une analyse qui les conforte. Le phénomène juridique est ici présenté comme non seulement nécessaire, mais aussi comme perfectible.

	Définition du droit	Rôle du droit	Statut de la société
Sociologie du droit des juristes	Ensemble de normes contraignantes Rapport de pouvoir	Qualifie une situation de juridique ou non	A intégrer dans le droit
Sociologie du droit des sociologues	Institution sociale Perte de sa substance juridique	Dire ce qu'il en est dans le milieu social	A analyser dans sa complexité

E. OBJET

- Les sciences sociales, pour accéder au statut de discipline scientifique, se construisent chacune leur propre objet scientifique. Ainsi, l'objet de la sociologie est la société, l'objet du droit est la norme juridique.
- Ces objets sont étudiés grâce à des outils intellectuels propres à chaque science. Les outils intellectuels de la sociologie sont les concepts sociologiques, qui sont des notions rendant capable de comprendre la réalité sociale (acteur, rôle, coercition) ; ceux du droit sont les catégories juridiques, c'est-à-dire des notions auxquelles on applique un régime juridique et qui produisent des effets juridiques (personnes mineures, décentralisation, domaine public).
- La sociologie du droit cherche aussi à se construire son propre objet : les rapports droit-société, par le moyen de concepts qu'elle construit. Ces concepts sont de cinq sortes :
 - ceux empruntés à la sociologie (les normes, les institutions, le conflit) ;

- ceux qui lui sont propres dans un premier temps et qui seront ensuite juridicisés, ou dit autrement, ceux qui correspondent d'abord à un besoin social et seront dans un second temps consacrés par le droit (la qualité, la sécurité juridique, le risque juridique) ;
 - ceux qui lui sont propres et qui fonctionnent par paire en désignant leurs effets réciproques (centre-périphérie, officiel-alternatif, efficacité-inefficacité) ;
 - ceux qui lui sont propres et qui désignent un processus (institutionnalisation, procéduralisation, bureaucratisation) ;
 - ceux qui lui sont propres (le flou du droit, le pluralisme juridique, le droit réflexif).
- Tout cela montre que la sociologie du droit est une science en train de s'autonomiser parmi les sciences sociales, mais aujourd'hui, elle a encore le statut de science carrefour.

II. LE DROIT, OBJET DE LA SOCIOLOGIE

Durkheim et Weber sont les deux principaux fondateurs de la sociologie comme science autonome, ils ont aussi ramifié leur science et ont élaboré les bases conceptuelles de la sociologie du droit.

A. ÉMILE DURKHEIM

Sociologue, 1858-1917.

La Division du travail social, 1893.

Les Règles de la méthode sociologique, 1895.

1. Le fait social

a. Définition

La sociologie est la science des faits sociaux. Un fait social est un phénomène que l'on peut observer et expliquer. La méthode scientifique de la sociologie consiste à prendre les faits sociaux comme des choses.

b. Propriété

- Le fait social est externe aux individus, il est entièrement objectif (non interindividuel). Il est aussi contraignant à l'égard des individus.
- Pour cela, la sociologie de Durkheim est appelée « holiste » et « déterministe », celui-ci donne la priorité à l'influence de structures sociales sur lesquelles les volontés individuelles ne peuvent pas avoir de prise.

2. Le droit comme fait social

- Une partie de la sociologie appelée « la physiologie sociale » étudie les institutions. Une institution est une organisation qui a une fonction sociale, autrement dit, c'est un fait social qui regroupe des idées et des actes qui s'imposent aux membres de l'institution en raison de leur caractère collectif donc coercitif.
- Une norme sociale est un fait social, elle est produite par la société, elle se fonde sur des valeurs partagées par le groupe et s'impose aux individus concernés par la force du contrôle social ; ce dernier peut être formel ou informel.

Dans le premier cas, il s'agit d'une répression spontanée, dans le second cas, d'une répression organisée.

Les normes sociales regroupent les normes de conduite et les normes juridiques. Comment les distinguer ?

Au sein des normes sociales, il convient de faire une distinction entre leur base constituée par les mœurs et leur expression symbolique reflétée par le droit.

► Le droit se définit comme une structure intégratrice qui renforce la solidarité sociale des sociétés modernes fragmentées par une répartition fonctionnelle des tâches.

► L'Etat désigne les institutions qui ont compétence pour agir et parler au nom de la société. Comment s'articulent les rapports entre l'Etat et le milieu social ?

Ce sont des rapports d'interactions complémentaires. D'un côté, l'Etat permet à la société de ne plus être mise en tutelle par les corps intermédiaires, mais, d'un autre côté, l'Etat peut apparaître comme lointain et, à ce titre, éloigner des réalités sociales.

3. Evolution des sociétés et évolution du droit

► Ces deux phénomènes vont suivre des mouvements parallèles.

► Durkheim va chercher à distinguer les caractéristiques du droit et des sociétés modernes par opposition au droit et aux sociétés qu'il appelle « traditionnelles ».

	Sociétés traditionnelles	Sociétés modernes
Type de solidarité	Mécanique	Organique
Moyen	Par similitude	Par différenciation
Fonctionnement	Partage de valeurs communes	Division du travail
Type de droit	Droit répressif	Droit restitutif
Fondement	Outrage à la société	Réparation du dommage subi par l'individu

► Durkheim a été le premier à démontrer qu'il était possible de poser un regard extra-juridique sur les phénomènes juridiques.

B. MAX WEBER

Sociologue, 1864-1920.

Sociologie du droit, 1913.

Economie et société, 1922.

1. La sociologie générale webérienne

► La sociologie est la science des phénomènes sociaux qui s'expriment à travers le sens que les individus vont leur donner. Il y a deux opérations intellectuelles successives et complémentaires à effectuer pour saisir ce qu'est une activité sociale :

► la première est la compréhension : il s'agit de connaître, d'analyser le fait social ;

► la seconde est l'explication : il faut ensuite lui donner un sens, ce sens va advenir des enchaînements de causes à effets produits par les relations entre les faits sociaux.

► Pour ces raisons, la sociologie de Weber est qualifiée de « compréhensive » et d'« interindividuelle ».

2. La rationalisation des sociétés modernes

► Weber procède à une analyse synchrone des sociétés occidentales et en repère les principales phases d'évolution auxquelles va correspondre un type de droit particulier.

Type de domination	Type de droit	Autorité énonçant le droit
Traditionnelle	Coutume	Anciens
Charismatique	Droit révélé	Prophètes
Idéologique	Droit empirique	Notables
Rationalité matérielle	Jurisprudence	Fonctionnaires spécialisés
Rationalité légale	Systématique et spécialisé	Professionnels du droit

- Les caractéristiques du droit moderne sont :
 - des règles déduites de principes généraux ;
 - un droit abstrait, impersonnel et codifié ;
 - les règles de droit sont des ressources efficaces pour les besoins économiques et sociaux.
- L'acmé de cette rationalisation du droit se trouve dans la bureaucratie, définie par des rapports fondés uniquement sur les compétences, la hiérarchisation des organes, la centralisation de la prise de décision et le contrôle des agents publics. Michel Crozier montrera que l'organisation bureaucratique génère par elle-même des dysfonctionnements qu'elle est incapable de corriger, c'est le « cercle vicieux bureaucratique ».
- L'excès de rationalisation peut aboutir à une perte de sens de l'activité publique et à un désenchantement à l'égard du droit.

3. Les relations entre le droit et la société

- La réalité apparaît complexe, instable, d'où cette nécessité, pour maîtriser les faits sociaux, d'avoir recours à des règles stables, cohérentes et générales.
- La réalité sociale est constituée par le sens que les gens donnent à leurs actions. L'usage d'une règle de droit par un individu en vue d'une action produit un sens. Les règles de droit sont des moyens que les personnes peuvent utiliser de différentes manières selon le but qu'elles assignent à leurs actions ; l'important pour le sociologue est de découvrir le sens qu'elles entendent donner à leurs actions.
- La finalité ultime de l'ensemble des règles de droit est de garantir l'ordre social et l'efficacité économique. Ainsi, le droit a partie liée avec les idées de contrainte et de domination.
- Le droit est en relation dialectique avec le pouvoir : le droit émane du pouvoir et le pouvoir respecte le droit.
- Le pouvoir se comprend comme étant pris dans un réseau de relations verticales : du bas vers le haut, l'obéissance, du haut vers le bas, le commandement.
- Chez Weber, il y a une confusion entre la légalité et la légitimité. La légalité est la caractéristique première du droit émanant d'une autorité compétente, la légitimité est la recherche par l'autorité politique de l'adhésion des citoyens. La légitimité peut provenir de deux sources, soit émaner lors de la mise en place du pouvoir, soit résider dans la finalité de l'action des pouvoirs publics.

4. La sociologie du droit distincte de la science du droit

► Weber considère que ces deux disciplines ont des finalités propres ; la première étudie les règles de droit en tant que règles ayant une influence sur la conduite des personnes tandis que la seconde les étudie pour elle-même.

Pour illustrer cette dichotomie, il donne l'exemple d'une double définition de l'Etat.

► Définition sociologique de l'Etat : l'Etat détient « le monopole de la violence physique légitime ».

► Définition juridique de l'Etat : « Communauté humaine dans les limites d'un territoire déterminé. »

III. LES JURISTES-SOCIOLOGUES

Deux grands juristes du début du xx^e siècle ont eu pour ambition de construire une nouvelle théorie du droit en y intégrant les contributions méthodologiques et notionnelles de la sociologie.

A. LÉON DUGUIT

Juriste, 1859-1928.

L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901.

Traité de droit constitutionnel, 1921-1925, 2^e édition.

1. Un nouveau fondement au droit, la solidarité sociale

L'être humain est par essence un être social. Lorsque l'homme entre en relation avec ses semblables, il réalise des faits sociaux. L'ensemble des faits sociaux s'appelle l'« interdépendance sociale ».

a. Un fondement social au droit

► Cette nouvelle base résulte d'un constat : il existe une norme sociale objective dont le but est de réaliser l'ordre social. Ce constat seul de l'existence de la loi sociologique de la solidarité sociale, sans la définir par son contenu sociologique ou par une mise en forme juridique, suffit à Duguit pour lui servir de nouveau point d'ancrage pour reconstruire une nouvelle vision du droit.

► S'inscrivant dans le courant solidariste (Léon Bourgeois), il considère que les hommes ont des droits, mais aussi des devoirs. Ces derniers consistent en l'obligation de coopérer à la loi sociale de solidarité sociale.

b. De la réalité sociale à la norme juridique

► L'activité des hommes est à la fois orientée et limitée par la norme sociale fondamentale et par des normes sociales particulières qu'est la solidarité sociale.

► Une norme sociale peut devenir une norme juridique lorsque « la masse des esprits » des gouvernés prend conscience qu'une sanction organisée devient nécessaire, il n'est pas besoin que les gouvernants la reconnaissent comme telle.

► La norme juridique se reconnaît par l'intensité de la réaction sociale lors de sa transgression, elle est identique à la norme sociale dans son fondement (la solidarité sociale) et dans son objet.

► Les gouvernants ne créent pas du droit, ils le constatent ou l'expriment en forme juridique, car la règle de droit est déjà dans la « conscience » des individus.

2. Une nouvelle définition de l'Etat

Cette définition est issue directement de sa conception du droit comme droit objectif.

a. Critique des idées classiques de droit subjectif, personne morale

- Chez Duguit, le droit est nécessairement immanent aux personnes, et toute notion juridique qui ne correspond pas à une réalité sociale doit être détruite, par exemple, l'idée de droit subjectif ou l'attribution d'une personnalité morale aux groupements. Il nie l'existence de l'Etat en tant qu'idée.
- Ces notions sont aussi détruites, car elles évoquent l'idée de puissance. Or, une personne ne peut avoir de la puissance sur une autre ni l'Etat commander aux citoyens. L'idée de propriété comme droit absolu est supprimée pour être remplacée par la notion de fonction sociale attribuée à la propriété.

b. Conception matérielle de l'Etat

« L'Etat n'est pas une puissance qui commande, mais une coopération de services publics organisés », l'Etat est donc un fait sans *imperium*. Il n'est pas une volonté qui commande, mais une réponse aux besoins collectifs des gouvernés.

3. Le droit, une science sociale

- Dans ses méthodes, le droit doit devenir une science d'observation.
- Dans son objet, il lui est ôté tout aspect directif, décisoire, volontaire, individuel.
- La prise en compte des effets sociaux des faits juridiques prime sur le caractère formel de la règle juridique.

B. MAURICE HAURIU

Juriste, 1856-1929.

La Science sociale traditionnelle, 1896.

Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté, 1933.

1. L'institution et l'analyse institutionnelle

a. Fusion de l'objet étudié et de la méthode d'étude

- Hauriou applique à la discipline juridique un nouvel outil méthodologique : l'analyse institutionnelle est une technique d'analyse des institutions qui englobe le point de vue juridique, le point de vue social et parfois aussi le point de vue politique.

© GROUPE STUDYRAMA

34 / 38 rue Camille-Pelletan - 92309 Levallois-Perret cedex

Imprimerie Darantière

Imprimé en France - 1^{er} trimestre 2008

Auteur : Florence Boizard

Collection Droit dirigée par : Guillaume Bernard

Service éditorial : Elsa Goisnard, Manuella Guillot, Marie Tourat

Conception graphique : Frédéric Vagney (<http://frederic.vagney.club.fr>)

Dépôt légal à parution : ISBN 978-2-7590-0308-2



5€

- L'innovation réside dans la combinaison de perspectives sur les objets étudiés qui, jusque-là, étaient en opposition :
- l'approche interne (ou juridique) et l'approche externe (ou sociale voire politique) ;
- la théorie et la pratique ;
- la convocation conjointe de plusieurs branches du droit.
- Le but est d'arriver à une étude la plus riche possible des réalités juridiques.

b. L'institution

- Définition d'Hauriou : « *Idee d'œuvre* [qui] se réalise juridiquement dans un milieu social » et qui nécessite une organisation et un pouvoir pour s'établir dans la durée.
- C'est une organisation construite à partir des réalités sociales.
- L'idée d'œuvre est une finalité objective et interne au projet.
- Cette finalité va progressivement s'incorporer dans les membres, c'est le passage du projet objectif à l'action subjective des personnes.
- Ce sont les personnes (les sujets) qui agissent et non les institutions qui, elles, réagissent.
- L'institution se distingue de ses membres, elle a une identité et une vie propres.

c. L'institutionnalisation

- C'est le processus dynamique par lequel une réalité sociale organisée (l'institué) accède au statut d'institution (point d'achèvement statique) par le moyen d'un agent instituant qui peut être une force sociale ou une « *idée d'œuvre* ».
- La société contemporaine se caractérise par un mouvement d'institutionnalisation (l'accroissement du nombre de services publics par exemple) tempéré cependant par un mouvement contraire de désinstitutionnalisation (recours à la médiation dans le traitement de certains litiges).

2. La puissance publique et l'Etat

- Hauriou cherche à concilier la paix sociale et la complexité de la réalité sociale, autrement dit « l'ordre » et « le mouvement ». Pour ce faire, il va combiner l'analyse statique de l'institution et l'analyse dynamique de l'institutionnalisation.
- C'est la puissance publique, la contrainte étatique, qui va assurer la cohésion de la société, hétérogène par nature. La force publique a une fonction de cohésion sociale.
- L'Etat est la première des institutions, ou l'institution primaire, d'où procèdent les autres institutions (secondaires). L'Etat les crée et les englobe à la fois. Il illustre l'idée dynamique du passage de la multiplicité des individus à l'unité du pouvoir en passant par l'ensemble des institutions intermédiaires.
- L'Etat a une fonction d'intégration sociale globale du fait de sa nature de puissance étatique.

3. La substance sociale du droit

- « *Un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup y ramène* », dit Hauriou.
- Le droit a une substance sociale et prend une forme juridique.
- Les règles de droit ont pour but de veiller à la cohésion de l'ensemble de la société en intégrant les individus. Par exemple, en matière de fonction publique, le droit statutaire régit la carrière des fonctionnaires en tant qu'agents individuels, et le droit disciplinaire vise à souder le groupe des fonctionnaires pris comme un ensemble indépendant de ses membres.

Le développement des sciences sociales et leur impact sur l'opinion publique ont eu pour effet de mettre en crise la substance même du droit, celui-ci devenant une science sociale parmi d'autres en perdant son caractère distinctif : la juridicité.

A. GEORGES GURVITCH

Sociologue, 1894-1965.

Idée du droit social, 1932.

Éléments de sociologie juridique, 1940.

1. Le pluralisme

a. Définition

- ▶ Le pluralisme en sociologie du droit est la cohabitation de plusieurs ordres juridiques sur un même territoire pour régir un même groupe de personnes.
- ▶ Il ne faut pas le confondre avec le pluralisme en droit qui peut signifier deux choses :
 - ▶ le pluralisme des sources du droit (loi, coutume, doctrine) ;
 - ▶ le pluralisme des modes de résolutions des litiges (juridictionnels, non juridictionnels).

b. Le pluralisme dans la pensée de Gurvitch

- ▶ Gurvitch met en cause le monopole de l'Etat dans la gestion du social.
- ▶ Pour lui, la société est capable de se réguler en produisant son propre droit.
- ▶ Le droit étatique et le droit sécrété par les individus devraient coexister.

2. Le droit social

- ▶ Il y a trois sortes de droit chez Gurvitch :
 - ▶ le droit étatique et sa propension au monopole ;
 - ▶ le droit intermédiaire (les contrats) qui trouve son fondement dans le droit étatique, mais qui permet aux cocontractants de créer leur propre droit ;
 - ▶ le droit social qui est un droit spontané.
- ▶ Le droit social est un droit qui fait l'objet d'une reconnaissance intuitive directe par les personnes.
- ▶ Ce n'est pas un droit créé par la raison humaine ni lié au pouvoir politique.
- ▶ Le droit social est collectif, il fait sens pour le groupe :
 - ▶ pacifique, il ne règle pas les litiges, mais suppose au contraire une réconciliation préalable ;
 - ▶ intégrateur, il permet de penser le passage de l'individu au groupe.

3. Le fait normatif

a. Définition

Cette expression désigne la source primaire de droit, c'est-à-dire le sentiment de justice qui est gravé en chacun et qui fait expérimenter le droit spontané.

b. Conséquences

- ▶ Il s'agit d'établir un lien entre la théorie et la pratique.
- ▶ La réalité sociale est étudiée dans toute sa plénitude.
- ▶ La substance du droit positif (source secondaire) est diluée dans le droit spontané, voire niée.
- ▶ Méthode de Gurvitch :
 - ▶ élaboration de typologies pour catégoriser la réalité sociale ;
 - ▶ approche qualitative en réaction à une approche estimée trop quantitative en sociologie.

B. JEAN CARBONNIER

Juriste, 1908-2003.

Sociologie juridique, 1968.

Flou du droit, 1971.

1. Sociologie du droit, droit et sociologie

- ▶ Carbonnier récuse aux sociologues leur légitimité scientifique à étudier le droit ; la sociologie ne peut saisir le propre du fait juridique, elle y intègre nécessairement des jugements de valeur.
- ▶ C'est aux juristes seuls que revient la tâche d'analyser sociologiquement le droit. La sociologie du droit est une discipline juridique et non sociologique.
- ▶ Carbonnier a institutionnalisé cette discipline en France dans les facultés de droit. Il a pratiqué la sociologie législative.
- ▶ Dans ses productions scientifiques, il avait soin de préciser à quel titre il intervenait, celui de juriste ou celui de sociologue du droit ; pour lui, les deux statuts sont distincts.

2. Internormativité

- ▶ La sociologie du droit montre que le phénomène normatif ne se limite pas au droit positif.
- ▶ Il existe des normes d'une nature autre que juridique, et le droit entretient avec ces normes des relations, c'est l'internormativité. Celle-ci se décline en plusieurs modalités.

a. Droit et non-droit

- ▶ Le critère de distinction entre le juridique et ce qui n'en est pas est appelé le « critère de juridicité ».
- ▶ C'est un critère difficile à saisir. Le travail du juriste est de déterminer ce qui relève du droit ou non.
- ▶ Le sociologue du droit étudie les influences réciproques entre les normes sociales et les normes juridiques.
- ▶ Selon Carbonnier juriste, le critère de juridicité est la sanction.
- ▶ Selon Carbonnier sociologue du droit, le critère de juridicité est ce qu'en dit le juge.

b. Droit et pré-droit

- ▶ Le pré-droit désigne une règle sociale qui a vocation à accéder au statut de norme juridique.
- ▶ Les rapports entre le droit et le pré-droit sont soit marqués par une rupture soit progressifs.
- ▶ Le passage du pré-droit au droit peut résulter d'une évolution nécessaire ou artificielle.

c. Droit et infra-droit

- ▶ L'infra-droit regroupe les normes qui ne sont pas des normes juridiques, mais dans le caractère obligatoire desquelles l'on croit.
- ▶ Les rapports entre l'infra-droit et le droit sont soit des rapports de concurrence horizontale soit des rapports d'inclusion partielle. Il existe un dialogue entre le droit spontané et le droit ordonné, entre le droit informel et le droit formel.

3. L'effectivité du droit

- ▶ Il s'agit du degré de pénétration du droit dans la société. Ce n'est pas un concept binaire (effectivité/non-effectivité), l'effectivité du droit se mesure et est susceptible de degrés. On évalue quantitativement et qualitativement le respect ou la transgression de la règle de droit.
- ▶ Une des causes de l'ineffectivité du droit réside dans la force des nécessités sociales, ces dernières supplantent la logique déductive formelle du syllogisme juridique.
- ▶ Carbonnier a effectué des travaux de recherche en sociologie du droit de la famille, il a montré qu'il y avait une dialectique entre le droit et la société :
 - ▶ dans un premier temps, le droit veut régir les comportements sociaux (textes normatifs) ;
 - ▶ dans un second temps, la société tente d'échapper au droit (refus partiel du mariage par exemple) ;
 - ▶ dans un troisième temps, le droit réajuste ses textes en fonction des attentes de la société (création du Pacte), il ne laisse pas la société lui échapper.
- ▶ Le terme d'« effectivité », ainsi que celui de « production du droit », appartient au domaine de la sociologie du droit, les juristes parlent d'« application du droit » ou d'« élaboration du droit », à l'exception du droit international qui connaît la catégorie juridique « nationalité effective ».

4. La flexibilité du droit

- ▶ Le droit est devenu moins rigide et hétérogène. Il tente d'être en harmonie avec la société civile qui elle-même est souple et multiforme.
- ▶ Le nombre de normes juridiques a augmenté, c'est le phénomène d'inflation normative.

V. LA SOCIOLOGIE DU DROIT, ANALYSE CRITIQUE DU DROIT

- ▶ La sociologie du droit est un discours juridique ou sociologique sur le droit positif.
- ▶ Elle adopte de ce fait une posture idéologique qui ne peut être neutre, soit elle élève une critique sur le droit comme Bourdieu, soit elle retourne les critiques en légitimant l'ordre établi comme Lhumann.

A. PIERRE BOURDIEU

Sociologue, 1930-2002.

Questions sociologiques, 1981.

Raisons pratiques, sur la théorie de l'action, 1993.

1. La violence symbolique

- ▶ Bourdieu étudie les rapports entre les personnes. Il les appelle des « configurations de relations ».
- ▶ Ce sont majoritairement des rapports de domination entre des dominés et des dominants.

- ▶ La domination peut être sociale, politique, économique, culturelle ou symbolique.
- ▶ Le symbolique chez Bourdieu désigne ce qui cherche à dissimuler les rapports de force, l'implicite qui se traduit par des actes dont le sens n'est pas immédiatement perçu comme une domination.
- ▶ Les moyens dont disposent les dominants sont :
 - ▶ la détention d'un capital économique, politique, social, culturel ;
 - ▶ la violence symbolique.
- ▶ Il s'agit de faire reconnaître comme légitime une domination, de faire intérioriser et accepter par les dominants les rapports de force (par exemple, le qualificatif de « scolaire » employé par les enseignants pour apprécier le travail d'un élève est en réalité un jugement dépréciatif).
- ▶ Le droit lui-même pratique la violence symbolique pour se faire reconnaître comme tel. Il est un mécanisme de domination et les institutions ont pour fonction de reproduire la domination entre les dominants et les dominés.

2. L'habitus

a. Définition

C'est un ensemble de dispositions durables issues de la pratique, incorporées dans les individus.

b. Caractéristiques

- ▶ Ces pratiques sont à la fois objectives (comme un fait social chez Durkheim) et subjectives.
- ▶ Elles permettent aux agents en position de domination d'imposer leur violence symbolique.
- ▶ Bourdieu parle d'« agent » pour montrer que, à la fois, les individus agissent et sont agis par les autres et les structures sociales.
- ▶ Lorsque les *habitus* ne régulent plus la société, le droit prend le relais.

3. Le champ juridique

- ▶ La société dans son ensemble est constituée de plusieurs champs en interaction.
- ▶ Il y a le champ politique, le champ économique, le champ social, le champ culturel et le champ juridique.

a. Définition du champ

C'est un lieu structuré par un réseau de positions qu'occupent des agents et des institutions et par une distribution inégale de capital entre les agents.

b. Conséquences

- ▶ Au sein du champ, les agents en position dominante cherchent à conserver leur capital, les agents en position dominée luttent pour tenter d'obtenir une meilleure position.
- ▶ A l'extérieur, le champ délimite ses frontières avec les autres champs et lutte pour son identité.
- ▶ Le champ juridique est dominé par des professionnels du droit qui entendent monopoliser le savoir sur leur discipline. Il a une autonomie relative par rapport aux autres champs.
- ▶ Bourdieu dénonce aussi le « juridisme » qui est pour lui l'importance excessive accordée au droit dans nos sociétés contemporaines. Il voudrait diluer le champ juridique dans le champ social.

Sociologue, 1927-1998.

Le Droit comme système social, 1993.

Politique et complexité, les contributions de la théorie générale des systèmes, 1999.

1. La complexité et les systèmes sociaux

- ▶ Lhumann est un fonctionnaliste, et sa pensée ne laisse pas de place à l'action individuelle.
- ▶ La société est un système social qui est composé de sous-systèmes.
- ▶ Le droit est un sous-système.
- ▶ Les systèmes entrent en relation entre eux sous forme d'influence réciproque.
- ▶ Ainsi, la société fait pression sur le droit qui, en retour, réagit à cette influence.
- ▶ La société est de plus en plus complexe, et cette complexité atteint le droit lui-même.
- ▶ La réaction du système juridique va s'effectuer en deux temps :
 - une complexification du droit ;
 - une régulation de cette complexité.
- ▶ Les institutions et le droit vont gérer et mettre en ordre la complexité sociale.
- ▶ Le point d'intersection entre le système juridique et le système social est le procès.

2. L'auto-poïétique du droit

a. Définition

- ▶ Le système juridique a la capacité de s'engendrer lui-même, autrement dit, seul le droit déjà existant peut être la condition de production de nouvelles règles juridiques. Le droit règle lui-même les modalités de création des normes juridiques à venir.

b. Conséquences

- ▶ Le système juridique est auto-référentiel, il ne fait pas sens pour les autres systèmes.
- ▶ Le système juridique s'auto-légitime, la légitimation est interne au droit. La légitimité du système juridique provient du respect des règles de procédure mises en œuvre et non de principes généraux qui tireraient le droit vers un idéal. Légitimité et légalité sont confondues chez Lhumann.
- ▶ Le critère de juridicité est déterminé à l'intérieur du système juridique.
- ▶ La clôture du système juridique est construite par lui, elle se matérialise par l'action en justice.
- ▶ Les normes juridiques se distinguent des normes sociales en ceci qu'elles produisent une attente légitime de comportement ou une attente contentieuse en cas de non-respect de ce qui a été convenu.
- ▶ La confiance des individus entre eux et dans le système juridique est aussi un réducteur de complexité.