

PERCEPTION DE LA NORME DANS LA GENESE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

JEAN PAUL CHARNAY
Francia

La pratique conjugée du droit et de la sociologie incite à introduire dans le considération du droit les éléments concrets sans lesquels le droit ne serait souvent qu'une forme vide. Elle réactualise les interrogations sur la vieille antithèse scolastique entre nominalisme et réalisme: les normes sont-elles nominales ou réelles? En admettant leur réalité (leur existence en elles-mêmes), ne s'éloigne-t'on pas du concret postulé par le nominalisme pour qui les catégories ou les normes ne sont que des idées abstraites et non des êtres existants?

Or toute société est en perpétuel rééquilibrage entre ses diverses forces et tendances, entre ses systèmes de contrainte et de persuasion-intériorisation. Le pouvoir qu'elle secrète, ou qu'elle supporte, s'efforce obstinément d'y promouvoir un mouvement vers la cohérence; un ordonnancement normatif. Mais cette cohérence est toujours déstabilisée par les modifications, apparitions ou disparitions de certains éléments concrets. D'où la nécessité de transformer le droit. Transformations qui supposent la prise de conscience d'une double liaison; entre les séries d'évènements, et avec le discours juridique que l'on peut tenir sur eux. En d'autres termes: nécessité d'une théorie de l'être social en devenir afin de découvrir les concepts, ou au moins les modes, de ce devenir, dont on fera une transposition légale, orientatrice des comportements.

En réalité, les modes de raisonnement juridique se constituent rarement en systèmes de logique formelle, car les distorsions en fait et en droit sont vite perçues et utilisées par les praticiens. Ils ne coïncident pas fatalement aux diverses époques et entre les différentes civilisations. Il serait donc fructueux de rechercher s'ils assurent des fonctions homothétiques en des milieux différents par des mécanismes différents; et inversement si des mécanismes homologues n'assurent pas des fonctions différents en tel ou tel type d'ordonnancement juridique. D'autant plus que les praticiens, poussés par les intérêts et

les passions des justiciables, accentuent les écarts entre la rationalité logique de la norme positive et la rationalité sociale de l'ordre établi, et toujours plus ou moins contesté.

Sous cet angle recherche de la substance sociologique du vécu, sous le manteau normatif, on évoquera les diverses articulations mettant en rapport la juridicité et le concret.

Les dialectiques du droit.

Les dialectiques s'offrent comme modèles de transformation du monde, et de représentation de ces transformations. Elles veulent être à la fois ouverture sur les contenus, conceptualisation des confrontation et occultation des contraires en une nouvelle totalité. Elles postulent le possibilité d'introduire l'historicité dans les syllogistiques, et de dépasser la fermeture des tautologies.

1) Dialectique au sens original de l'École mégarostocienne (et qui surviva jusqu'au XVI^e siècle); en tant que mode de raisonnement logique. Mais mode de raisonnement logique qui, selon les tendances philosophiques ou juridiques, ou les systèmes de civilisation, peut soit s'abstraire vers la pure logique formelle, soit contenir des éléments de logique "matérielle", voire d'appréciation qualitative selon les vieilles techniques de la *phronésis* (*prudentia*) aristotélicienne (les *Topiques*: arguments probables ou plausibles) de l'argumentation antique, de la controverse des romanistes médiévaux, de la praxeologie juridique de Petrazyski ou de la nouvelle rhétorique de Perelman. Bref, la dialectique tenant à la spécificité de la finalité juridique: normaliser et apaiser le vécu.

2) Dialectique au sens hégélien en tant que tentative de construire une théorie de l'appréhension successive du devenir du monde par l'esprit. Donc, selon la théorie hégélienne du droit, passage du droit abstrait (prise de conscience par la personnalité individuelle ou collective de la règle juridique en tant que faculté ou permission positive ou négative) au droit de la moralité subjective (faculté ou permission donnant l'idée de la liberté), puis aux moeurs réglées: au droit objectif, positif, historiquement situé, enserrant la personnalité dans le concret, et s'élaborant progressivement à travers la famille, la société civile, et enfin l'Etat.

Hegel théorise en effet le passage de la société civile à l'Etat, qui est le rationnel "en soi et pour soi" en tant que nation-communauté spécifique poursuivant en elle la "haute réalité du vouloir universel" par une organisation totale d'elle-même-par une sorte de rationalisation globale, contenant aussi bien la calculabilité et la prévision de la

reproduction élargie que l'intériorisation des vœux individuels dans le vouloir collectif.

Non sans paradoxe, cette organisation successive sécurisante de la collectivité évoque en inversant sa dramatisation ("crainte et tremblement") la dialectique existentielle de Kierkegaard passant du stade esthétique (poursuite fugace toujours renouvelés et pourtant sans illusion de la beauté de l'instant qui passe (Don Juan, Faust), au stade de la résignation (postulat volontariste de l'acceptation d'une foi irrationnelle: Abraham) par le stade éthique (banalité et douce fidélité de la vie quotidienne: mariage): le moment du droit positif rationnel.

Le postulat de la réalisation hégélienne ne va donc pas sans contradictions profondes; il est susceptible de contenir injustices ou irrationalismes. Il impose la considération d'un double niveau dialectique: mouvement vers la rationalisation du droit en soi: des branches déduites des axiomes de base (cohérence interne). Et poursuite, au niveau du droit, d'une rationalisation (qu'il ne faut pas confondre avec la multiplication des prescriptions ou interdictions) de plus en plus poussée du réel par adéquation entre l'action et son efficacité; en d'autres termes, recherche des modèles de transformation, des règles de passage d'un état sociojuridique à un autre, donc introduction, dans la perception sociologique globale, de la "logique" du raisonnement juridique spécifique à la civilisation considérée (cf. 1).

3) Dialectique au sens marxiste. Mais sa perception sociologique globale réfère au fameux "retournement de la dialectique" de Hegel par Marx: donc à la recherche de la transposition des structures de production (économie de la possession réelle des moyens de production et leur adéquation aux forces productives) dans les structures juridiques tendant à substantialiser les rapports de production contingents. La dialectique du droit apparaît non plus mouvement vers la rationalisation en soi, mais projection des oppositions internes de la stratification sociale relativement à l'état historique de la division du travail, de l'avancée technique et des clivages sociaux. Dès lors, et sans entrer dans la controverse marxienne sur le point de savoir si les rapports juridiques ne sont que superstructure, ou si en des circonstances données certains éléments de la superstructure (donc: le droit) deviennent dominants par le développement de la formation économique-sociale —donc assez puissants pour réagir sur cette dernière—, on constate que le droit peut constituer un ensemble spécifique formellement cohérent (au sens premier, mégaro-stoïcien, de la dialectique), alors pourtant qu'il serait incohérent (irrationnel) par rapport au concret historique (au sens hégélien de la dialectique), et que son contenu serait a —rationnel, donc à dépasser (au sens marxiste de la dialectique).

La rationalité interne du droit n'est qu'une étape relative à un moment déterminé de l'évolution du travail social.

En d'autres termes, la vieille opposition entre fond et forme devrait être épistémologiquement dépassée, tel fond du système structuré par telle forme (en fonction, bien entendu du système de civilisation), tandis que la forme, transposition d'une certaine philosophie politique, ou religion... constitue, déjà, au fond, le reflet-contenu de l'ordonnement social sous-tendant cette philosophie politique ou cette religion.

Examiner sous cet angle les positions de quelques auteurs illustres à l'apogée de l'Etat nationaliste et de la première révolution industrielle n'est point sans intérêt. Ils seront regroupés en quatre grandes tendances.

La norme hors de l'Etat

Au-deçà de la sphère d'émission du droit étatique occidental, les premières perceptions modernes de la norme juridique en tant que phénomène social reflètent deux mouvements planétaires: les prises de conscience de la classe ouvrière contre l'ordre juridique bourgeois; les prises de conscience ethnologiques consécutives à l'expansion sociale.

Certes Bentham, par son principe d'utilité fondé sur la considération des plaisirs et des peines, avait voulu construire une législation positive non contraignante, éloignée du principe d'ascétisme, et rationalisant les comportements de sympathie ou d'antipathie. Il représentait surtout l'individualisme de la bourgeoisie libérale, voire radicale, mais économiquement conquérante et ressentant le besoin, en dernier horizon, d'une puissance publique, étatique, capable de suppléer à la faiblesse lumière des hommes dans l'appréciation de leur propre intérêt: "c'est là que l'application des peines devient vraiment utile, parce que la rigueur exercée sur un seul devient la sûreté de tous".¹ La limite, la prison moderne le *Panoptique*, permet par sa position centrale, de surveiller tous les détenus à la fois. . .

Partant de la bonté de la bature humaine, Bentham parvenait à la force. La démarche de Proudhon est inverse. Bâtissant une manière de psycho-sociologie juridique, Proudhon décrit mouvements inverses, l'un de sublimation, l'autre de dégradation de la norme juridique. "L'homme est porté à la Justice, d'abord par les considérations inférieures de l'intérêt, puis par le sentiment plus honorable, mais encore insuffisant, de la sociabilité, enfin par un attrait purement spi-

¹ *Principes de législation et d'économie politique*, chap. 12.

rituel, dont le principe est dans la liberté et qui, élevant l'homme au-dessus des sens, lui rend tout chose méprisable hors le beauté; et par l'impression de la beauté l'enchaîne à la justice, la plus belle de toutes les belles choses".²

Dans cette transfiguration progressive, l'étape de la sociabilité est particulièrement importante: certes, "le devoir et le droit naissent en nous du besoin": donc des nécessités naturelles et des aptitudes capables de les satisfaire. Mais ce besoin "selon qu'on le considère par rapport aux êtres extérieurs est *droit*, et par rapport à nous-mêmes, *devoir*".³

De cette considération simultanée de la nature (physique et sociale) et de la juridicisation des aspirations éthiques et esthétiques, Proudhon déduit sa construction d'un nouveau droit; basé sur le droit au travail d'où découle le droit d'échange et le droit de possession, lequel fonde la liberté et exclut la propriété: le vol. "Toute capacité de travail étant, de même que tout instrument de travail, un capital accumulé, . . ." il en résulte que "toute propriété devient. . . collective et indivise",⁴ et que, doit s'établir "un droit équitable et proportionnel" au sein de la société: "l'association libre assurant seule l'équivalence des échanges". L'échange normatif parce que librement volontaire et égalitaire assure la transparence juridique des rapports sociaux.

Mais historiquement, apparaît la dégradation du droit. Car à l'origine se trouve la force: le "droit de la force". Certes le mouvement conjoint de la sociabilité et de la morale le transforme en "droit de la ruse"; mais celui-ci n'est que la transposition de la force dans l'ordre des qualités psychiques. Alors se bloque le processus de transfiguration du droit. Entravé dans son développement normal par les phénomènes d'inégalité et d'exploitation, le droit se moule à cette situation intermédiaire et se fonde non pas sur l'aspiration éthique mais sur un élément matériel solide, immédiatement mesurable, cause de dénivèlement social mais acquérant cependant valeur de symbole: la richesse —la propriété, qui se protège par l'Etat, qui lui-même dégrade les communautés naturelles: la famille, la cité. . .

Dès lors les individus versent dans le doute et le mépris des lois, et de la nature humaine corrompue. Le droit est perçu comme "un système de transactions, plus ou moins bien exprimées et garanties par l'Etat, que chacun est censé promettre de respecter, et qu'il respectera

² *De la Justice dans la révolution et dans l'église*, 1858; éd. Marcel Rivière, Paris, 1932, T. III, p. 529.

³ *Qu'est-ce que la propriété?*, 1840; éd. Marcel Rivière, Paris, 1926, p. 343.

⁴ *Op. cit.*, p. 346.

en effet, autant que son *intérêt* et la *risque de l'infraction* l'y détermineront".⁵

Et conscient de cet usage utilitaire, stratégique, du droit, l'Etat basé sur la propriété multiplie les lois afin que s'affrontent les passions et les intérêts déchainés: "*in pessima republica, plurime leges*".

Pour Proudhon, donc, l'efflorescence normative constitue une prolifération cancéreuse occultant les rapports juridiques réels. La norme établie bloque la société, et sa critique constitue une thérapeutique révolutionnaire plus qu'elle n'autorise un décodage sociologique. Il n'en est pas absolument de même dans la seconde des grandes conceptions socialistes du droit légués par le 19^e siècle: celle de Lassalle.

Lassalle en effet se reconnaît héritier de la double tradition juridique allemande: historique de Savigny, mais aussi idéaliste: jusnaturaliste de Thomas Wolff et des Kantiens, rationaliste des hégéliens de gauche. Comme David Strauss et Ludwig Feuerbach s'efforçaient de le faire pour la religion, il tend de les harmoniser dans sa vision du droit, dont il tire essentiellement les illustrations du droit romain.⁶ Reprenant en partie la théorie romantique du droit, il décrit la prise de conscience collective de la norme sous la pression des nécessités, des transformations sociales, mais aussi sa rationalisation de plus en plus poussée par des volontés individuelles éclairées: par les organes politiques de la société.

La rationalisation de la norme est donc le plus souvent en retard sur l'évolution des besoins, qui apparaissent le plus crûment dans la sphère économique: Lassalle a théorisé la fameuse "loi d'airain" des salaires. Pourtant, dans la contingence, contre les grandes fluctuations économiques, le droit peut parfois protéger l'individu en organisant juridiquement les solidarités socio-économiques. Le droit devient la "chaîne orphique" capable d'adoucir le jeu de la "loi d'airain". Ainsi Lassalle perçoit la norme comme un instrument reflétant sociologiquement un état politique et économique dépassé, mais dont la maîtrise peut être utilisée d'une manière défensive par l'individu pour sa propre survie, et dont les groupes recherchent offensivement la modification pour établir un nouvel ordre politique et économique. . .

Cette organisation de la norme comme défensive et contre-offensive sociale à l'encontre du droit figé de l'Etat bourgeois demeura l'une des constantes des juristes socialistes: Emmanuel Lévy. . . Mais parallèlement se poursuivent l'expansion coloniale et l'investigation

⁵ *De la justice*. . . , op. cit., T. III, p. 532.

⁶ Ferdinand Lassalle, *Théorie systématique des droits acquis. Conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, 1861; 2^e éd. 1880; trad. française, 2 vol., 1864.

ethnographique, qui donnent conscience de systèmes normatifs non étatiques, “coutumiers”, “traditionnels” fondés sur des relations écologiques “nécessaires” bien que souvent culturellement sublimées, plus que sur le développement d’une logique formelle.

Marcel Mauss décrit dans sa célèbre étude sur le don la normativité se forgeant à partir des attitudes morales subsumant les échanges économiques; Malinowsky précise les comportements individuels à travers les ensembles sociaux; Louis Gernet décode la genèse des relations sociales de la Grèce archaïque à partir des transformations du droit: chaque modification normative reflète un changement social. Summer Maines recherche les racines des institutions en Inde et en Europe. . . Tous montent leur dialectique spécifique entre le changement social, la juridicité (le passage à l’obligatoire collectivement sanctionné) et les attitudes individuelles aléatoires. Dernier en date des juristes-ethnologues, Henri Lévy-Brühl propose, parallèlement à l’observation des sociétés “primitives”, mais en cours de mutation rapide du fait de l’impact colonial et industriel, l’étude des “pré-droits primitifs” européens antérieurs aux droits romain ou germanique pour comprendre les droits occidentaux modernes. Par ce prodigieux bond dans le temps, par cette prise de conscience élargie de la continuité ou des ruptures historiques, il préfigurait l’actuelle efflorescence de l’anthropologie juridique.

Mais, à la charnière des 19e et 20e siècles, la coagulation du droit par l’instance étatique s’impose à tous les esprits, à des auteurs aussi différents que Gabriel Tarde reconnaissant *Les lois de l’imitation* dans les processus d’extension et d’unification, de *Transformation du droit*, et que les grands représentants de l’école germanique: romanistes tels Mommsen et Macquart, ou tenants de la théorie de l’organe tels Jellinek (*L’Etat moderne et son droit*) ou Laband (*Droit public de l’empire allemand*).

Le passage du fait au droit.

En conséquence, les premiers interrogations sociologiques se sont efforcés de répondre à cette question: d’où vient la norme qui va être entérinée par la puissance publique?

C’est le problème de l’apparition du droit: comment passe-t-on du fait à la norme; comment, de la multitude des conduites individuelles et collectives s’extériorisant dans la surface morphologique et écologique, s’élabore, en fonction du régime économique-politique, un système juridique autonome, et comment, sous le flux du devenir, il évolue. Une telle tendance est représentée en France par Hauriou et Duguit, en Allemagne par Weber.

Pour Hauriou, le droit dérive de l' "Institution", définie comme "une idée d'oeuvre qui ce réalise": "un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures".⁷ Ainsi, à côté des "institutions-personnes" ou "institutions-corporatives" secrétant un droit "statutaire", il y a des "institutions-choses", dont les principales sont les règles de droit dégagées par les organes socialement puis juridiquement compétents de l'institution corporative envisagée, et destinées à régler les rapports des membres de cette dernière en fonction de l'équilibre contingent des forces. Mais, les "formes les plus hautes selon lesquelles l'idée directrice d'une institution tend à s'exprimer. . . ne sont pas, à proprement parler, juridiques; elles sont morales ou intellectuelles ou, si elles deviennent juridiques, c'est en qualité de principes supérieurs du droit" (1): en pratique donc, l'élaboration ultérieure du droit doit s'effectuer au moins autant dans la logique de ces formes, que sous la pression des transformations plus ou moins lentes intervenues, par le jeu des individus ou des groupes, dans la société envisagée.

Au contraire —et en principe— Duguit met l'accent, dans le passage du fait au droit, sur le rôle de la conscience collective. Partant de la notion positiviste d'un ordre des choses sociales conçu comme le prolongement de l'ordre des choses physiques, il estime que les normes à leur tout découlent de l'état social. Elles sont extériorisation, grâce à une technique juridique qui va s'affinant, des grandes règles de conduite dont la violation doit être sanctionnée, selon le sentiment de la masse des individus, par une réaction sociale. En pratique, en raison du caractère incertain de ce sentiment, et en dépit des précautions accumulées par Duguit (les règles adoptées par le pouvoir politique ne doivent avoir valeur positive que si elles sont conformes à ces impératifs enfouis dans la conscience collective), l'Etat est à peu près maître de créer du droit, selon ce qu'il appréhends des mouvements intervenant dans le phénomène social considéré —comme dans la théorie d'Hauriou. Et l'objectivisme de celui-là, comme le subjectivisme de celui-ci ne donnent qu'une explication logique (au sens, pourrait-on dire, où Rousseau explique la formation des sociétés organisées par le contrat social) de la construction d'un système juridique spécifique: celui de l'Etat nationaliste unifié, se référant au capitalisme.

Une telle optique apparaît encore plus fortement chez Weber: la

⁷ Maurice Hauriou, "La cité moderne et les transformations du droit: la théorie de l'institution et de la fondation", *Cahiers de la Nouvelle Journée*, IV, Paris, 1925.

sociologie du droit consiste moins dans l'observation de l'influence des structures sociales que dans celle de l'orientation de la pensée juridique, qui, à partir des règles éparses données à l'origine par un substratum d'essence mystique (loi de Manou, droit des pontifes, droit canonique, coran), et actuellement, par les conduites de les rapports nouveaux mais dispersés coexistant dans les sociétés industrielles différenciées (action des syndicats, des trusts, conventions collectives, etc.), doit construire un système juridique rationnel. L'élaboration d'une telle construction rationnelle (dans laquelle d'ailleurs, en vertu de la tradition juridique germanique, différente de la tradition révolutionnaire française, un large pouvoir est réservé au juge constitue l'essence même de l'évolution générale du droit.

Ainsi, pour ces trois auteurs, et en dépit de leur volonté d'intégrer les réactions sociales dans les transformations d'un système juridique donné, la sociologie du droit débouche, en quelque sorte, sur le droit lui-même, et lui seul. Univoque, elle n'envisage guère le passage du droit au fait ou, si l'on préfère, le remodelage du fait par le droit. Ce faisant, elle favorise la tendance à considérer le droit comme un univers autonome, susceptible de vivre et de se développer d'une façon interne, par le jeu de ses propres catégories qui apparaissent supérieures aux réalités concrètes, à la vie des individus, des groupes et des masses (passifs, même si dits inspirateurs) qu'il doit régler. Elle est parallèle aux théories générales du droit d'essence "technique", telle la "Stufentheorie" (théorie de la formation du droit par degré, de Merkl), dont le plus illustre représentant en France fut Carré de Malberg: la hiérarchie des organes constitués dont émanent les diverses normes justifie à elle seule l'étagement pyramidal de ces diverses normes, donc leur puissance respective. Pour Carré de Malberg, la science du droit ne peut être que celle des techniques: elle ne saurait comprendre celle des buts.

Ce normativisme logistique à dynamisme interne c'est même transcendé pour Kelsen, appliquant à la matière juridique la distinction kantienne entre monde nouménal et monde phénoménal, en un panthéisme idéaliste: au monde physique, le *Sein*, soumis à des lois de causalité et d'effectivité, nécessaires et indépendantes de toute norme créé par l'homme, il oppose le *Sollen*, le monde "social" dans lequel la relation unissant deux faits résulte de la norme qui consiste en un sens (direction), en l'impoutation volontaire selon laquelle tel acte humain doit être suivi de telle conséquence. La norme tire toute sa valeur de sa force obligatoire: le but de la norme est bien son effet, la contrainte d'action sur une volonté. D'ailleurs, "même la norme qui ne produit pas d'effet reste norme: pour la

validité spécifique du *Soll* de la norme, la réalisation de son but reste sans importance”. L’ordre juridique est un impératif catégorique de la raison. Le droit positif étant la voie de réalisation de la norme est déjà une réalité par rapport à la philosophie politique et sociale, mais pourrait demeurer une apparence par rapport à la réalité concrète. Aussi logiquement Kelsen, après Hegel, postule l’identification de l’Etat et du droit: car l’Etat, placé non dans le domaine de la nature mais dans celui de l’esprit, peut seul construire, et être un ordonnancement idéal de normes spécifiques. Là encore, mais par des voies tout autres que dans l’école française on aboutit à une description de l’Etat unifié nationaliste et capitaliste, dans lequel les pouvoirs constitués peuvent seuls créer du droit.

Mais ce monisme juridique entraîne une coupure radicale entre droit et sociologie juridique: celle-ci, écrit Kelsen, “ne s’intéresse pas aux normes formant l’ordre juridique, mais aux actes par lesquels ces normes sont créés, à leur causes et à leurs effets dans la conscience des hommes”.⁸

Ainsi, chez tous ces auteurs (nous systématisons évidemment), la sociologie juridique consiste essentiellement dans l’étude logique du passage du fait au droit: elle est plus un “moment” de la théorie du droit à sa naissance, que cette continuité que postule l’incessante destruction-réfection du devenir des individus et des groupes humains. Et pourtant, que serait le droit s’il n’était pas utilisé, sinon une construction intellectuelle, à demi-rationnelle, et irréaliste? Or, l’application érigit sur la norme; la “masse” n’est pas soumise d’une façon passive au droit: elle seule est capable de lui donner efficacité concrète, en fonction des processus par lesquels elle l’accepte: le recours à la justice; les usages se transformant en coutume, l’ignorance volontaire ou inconsciente de certaines règles textuelles étant quelques-unes des principales manifestations par lesquelles on peut saisir ces processus.

Les rôles sociaux du droit.

Aussi, dans la seconde tendance principale de la sociologie juridique, l’accent est mis sur la fonction sociale du droit: son rôle d’organisation et de régulation d’un certain nombre d’activités humaines —en nombre d’ailleurs variable selon les civilisations.

Très paradoxalement, Marx, par le mouvement logique de son système, fait lui aussi dériver la sociologie juridique de l’étude de l’ap-

⁸ Kelsen, *Théorie pure du droit*, ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953.

parition des normes, vers celle du jeu du *corpus* des normes ainsi apparues: au départ, il affirme bien un réalisme radical entraînant un monisme juridique invers de celui de Kelsen, le droit émane moins de l'Etat (qui n'en est que l'organe "extériorisateur", soumis à la classe qui en dirige l'appareil) que des divers cadres sociaux. Dans la sphère des faits réels, seul compte le contenu vivant et fluctuant au gré des rapports de force dans le phénomène social total considéré. La forme, l'ordonnancement juridique officiel ne sont qu'une croûte, une superstructure. Mais précisément, dans l'Etat bourgeois, cette superstructure se durcit, devient un système à vie autonome, qui devra être brisé, les masses qu'elle enserme ne pouvant le faire évoluer de l'intérieur.

En fait les comportements des groupes et des individus ont, profondément, modifié, sans entraîner sa disparition, la législation bourgeoise de l'époque (rapports entre le capital et le travail: ou entre les individus; reconnaissance partielle de l'union libre par les tribunaux et certaines dispositions législatives, etc.). La théorie marxiste exige donc la détermination des niveaux différents de la superstructure qui, en fonction de la rationalité sociale globale, sous-tendue par le régime économique, et l'idéologie établie, peuvent devenir dominants, donc influencer sur les rapports de production, Puis sur les structures socio-économiques elles-mêmes. Et les régimes communistes s'efforcent, en principe, ayant effectivement brisé le système juridique antérieur, d'éviter que la "croûte" juridique ne se solidifie à nouveau, en définissant un droit plastique aux multiples organes d'émission et de réformation se contrôlant mutuellement, afin que le mouvement général du droit, fragmenté en de multiples ordonnancements juridiques relatifs à l'Etat, au parti, aux nationalités, aux divers étages de la vie économique, etc., se poursuive en fonction de la réalité sociale, vers la "légalité socialiste".

En ce sens, ce système s'efforce d'éviter cette coupure du droit et de la sociologie juridique que, une fois réglé, en logique ou par empirisme, le problème du passage du fait au droit, les écoles française et allemande ont eu tendance à réaliser.

Ainsi pour Durkheim, le droit (c'est-à-dire, selon sa définition, la "règle à sanction organisée" établissant les institutions et les contraintes qui permettent le développement d'une société), joue un rôle capital: il est un "symbole visible de la solidarité sociale". Mais lui aussi, après avoir étudié les rapports entre l'homme et la religion, entre l'homme et la base morpho-démographique, entre l'homme et les groupes plus ou moins organisés auxquels il appartient, et après avoir recherché les diverses sortes de droit (à sanctions répressives,

ou à sanctions restitutives) créés en fonction de sa distinction fondamentale entre solidarité mécanique et solidarité organique, a su tendance —en passant des sociétés archaïques à la société moderne— à reconnaître à l'Etat seul la capacité de “dire” le droit, à partir du fait, en raison de l'amorphisme des individus et des groupes sociaux. Amorphisme indubitable certes, sur le plan de la création “officielle” du droit: mais non sur celui de son effectivité —donc de son existence concrète.

D'ailleurs après Durkheim, l'école de sociologie juridique française, dans sa majorité, s'est davantage penchée sur les droits des “anciennes” sociétés (primitives, romaine, germanique, africaines ou océaniques, “usages locaux”, voire folklore juridique que sur ceux des sociétés manufacturières: elle se distinguait parfois assez mal de l'ethnologie juridique. Certains auteurs, notamment en sociologie industrielle, en droit du travail et en droit pénal se sont préoccupés cependant de l'action du droit sur les comportements.

Ehrlich au contraire, à côté du droit “officiel” élaboré en fonction de trois principes contingents, relatifs au seul Etat unifié, mais indûment crus absolus: émission du droit par l'Etat, donc position subordonnée du juge cantonné dans l'application, et affirmation de la cohérence du droit étatique, veut réintroduire “le droit aménageant la société dans un ordre pacifique interne”. Bref, il faut procéder à l'étude des buts variables des divers groupes sociaux, et des règles de comportement et de rapports que leur action (ou celle de leurs membres) secrètent et imposent.

Alors la sociologie juridique n'est plus simple réflexion sur le passage du fait au droit: elle tente de réintégrer le nombre et la diversité des conduites, de montrer cette interaction réciproque et continue qui s'exerce entre le droit existant, sa modification par les organes habilités (étatiques ou non) et par l'action de la “classe” juridique (magistrat, officiers ministériels, hommes de loi, conseillers juridiques des syndicats, des partis, des trusts, des entreprises, des groupes de pression, bureau des ministères, etc.); et aussi son utilisation quotidienne et souvent inconsciente par la pluralité des individus et des groupes sociaux. Car l'intensité de cette utilisation, le degré implicite d'acceptation du droit, le volume de relations juridiques nouées, donnent seuls la véritable dimension en profondeur du système juridique considéré, et contribuent à transformer en droit “vécu” le droit “officiel” décrit et appliqué, telle une épure, par la “classe” juridique.

La question de la diversification des conduites et des actions réciproques qui en résultent entre le droit et le comportement des in-

dividus et des groupes, est également abordée par l'école américaine des "contrôles sociaux" (Roscoe Pound. . .) Cependant, et par inversion des auteurs de la première tendance, cette école met surtout l'accent sur les problèmes de contrainte (matérielle ou morale) par lesquels l'"agence", le foyer suscitateur de normes fera observer la norme ambiante.

La recherche porte donc moins sur le passage du droit au fait, envisagé d'une façon neutre, en tant que phénomène, que comme moyen de faire persévérer dans l'être un *état de droit* existant. Car Ehrlich mésestime peut-être l'influence du droit étatique de la société globale considérée, droit qui, en dépit des dégradations subies par les codifications des pays de droit écrit, y demeure encore cependant fondamental; et est précisément en extension dans les pays de *common law*: ce qui est l'une des raisons pour lesquelles l'école américaine insiste surtout sur le droit apparaissant effectivement devant les tribunaux, qui disposent de moyens de contrainte visibles. . .

Pour une sociologie juridique totale

Gurvitch⁹ a donc refusé cette coupure entre droit au sens pur, et sociologie du droit, en donnant pour champ à cette dernière "l'étude de la plénitude de la réalité sociale du droit, qui met les genres, les ordonnancements et les systèmes de droit, ainsi que ses formes de constatation et d'expression, en corrélations fonctionnelles avec les types de cadres sociaux appropriés; elle recherche en même temps les variations de l'importance du droit, la fluctuation de ses techniques et doctrines, le rôle diversifié des groupes de juristes, enfin les régulations tendanciennes de la genèse du droit et des facteurs de celle-ci à l'intérieur des structures globales et partielles". Il nuance et assouplit, en fonction de l'étagement des divers groupes sociaux et de l'effervescence des conduites, le problème classique de la sociologie juridique: l'élaboration du droit, et sa floraison dans les cadres les plus différents.

Enrichissant Weber et Ehrlich, il veut dégager le rôle des "groupes de juristes" (souvent diversifiés, voire opposés, à l'intérieur d'une société globale) dans le devenir juridique, et montrer que ce rôle n'est pas de pure technique juridique. Il fait enfin apparaître le facteur, capital, des variations de l'importance du droit.

Or, ces variations résultent d'abord de l'amplitude du droit, c'est-à-

⁹ G. Gurvitch, *Problèmes de sociologie du droit*, in *Traité de sociologie*, t. II, p. 173, Paris, 1963, PUF.

dire de sa capacité, à un moment donné, à canaliser par la combinaison et le contenu des normes établies ou proches de l'être, un nombre fini d'activités, de relations interindividuelles, intergroupales ou interétatiques. Mais ces variations résultent aussi de l'application consciente ou volontaire, que font, des normes composant les divers ordonnancements juridiques coexistant dans telle société globale, la multitude des usagers, individuels ou collectifs: ce que Jean Carbonnier a nommé l'effectivité ou l'ineffectivité du droit.

Car la règle de droit, à la fois conséquence et cause du concret discontinu, n'est qu'un moyen de diriger le vie des individus et de maintenir les structures sociales: mais la direction de la vie et le jeu des structures résultent de l'ensemble de l'activité humaine. C'est donc dans l'infinie diversité des relations nouées entre sujets et objets de droit, que ces variations pourraient être appréhendées dans leur totalité. On mesure les travaux qu'une telle recherche exigerait et la nécessité de transformer les données concrètes en données statistiques: d'abord, définition des multiples rapports d'ordre juridique qui, dans un phénomène social total, relie les participants entre eux, ou avec l'extérieur. Puis mise en série des rapports homologues, avec pondération toutefois de leurs particularités (par exemple: divorce avec ou sans incidents pécuniaires, contrat de tel type avec telle clause ou non, etc.). Enfin essais de définition des *patterns*, des standards juridiques qui, expression des comportements et régulations sociologiques majoritaires, erratiques ou anomaux dans une société donnée, constituent en réalité sa vraie structure normative, s'imposant à la fois par contrainte de l'Etat, du groupe ou du milieu, et par intériorisation éthique et psychologique.

Structure normative que l'on peut définir: l'ensemble des préceptes et conduites, effectivement appliquées dans un milieu et pour une activité déterminés; elle est résultat de l'équilibre qui s'établit entre le droit "formulé d'avance", quel que soient son origine, son degré d'élaboration et son aire d'application (textes étatiques, coutume, précédents, pratiques, conventions, statuts de groupes. . .) et le foisonnement et la répétition des comportements rendus habituels par le poids des moeurs, les manières d'agir individuelles et les stratégies des groupes. Elle varie selon le lieu, la classe ou la strate, les ordres juridiques coexistant dans une société globale et les genres de droit qui y sont prédominants, le refus total ou partiel du système juridique. Elle est donc, par définition, plastique; mais, sauf effervescence contingente ou révolution, le visage qu'elle donne de la réalité (plus complexe évidemment), dont elle est à la fois calque et modèle, demeure "vrai" un temps assez long —sous réserve des conduites

déroatoires, et étant bien entendu que ce temps n'est pas le même pour toutes les parties de cette structure; il varie en fonction des tensions perpétuelles qui s'exaspèrent, s'assoupissent momentanément ou se remplacent dans et entre les divers types de cadres sociaux.

S'efforçant de préserver le vécu, la structure normative ne correspond donc point au droit dynamique issu du groupe tel que l'a proposé à la loi statique le "sociologisme" juridique. Immanente à la réalité sociale, elle ignore les critères non seulement du droit élaboré: conceptualisation, formulation et mise en oeuvre selon une particulière technique; mais aussi "jurisdicité": caractère obligatoire. Elle rend compte des règles du droit observées et des actions et usages doués d'une certaine régularité qui appliquent, ignorent, tournent ces règles, suppléent à leurs lacunes. Elle est phénomène social, non catégorie juridique. Mais elle s'efforce de ne pas évacuer la spécificité du juridique.