Document generated on 10/12/2024 3:08 a.m.

Revue générale de droit

La vraie nature de la sociologie du droit

Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 6e édition, Paris, L.G.D.J., 1988, 384 pages, ISBN 2-275-00816-0

Jean Goulet

Volume 20, Number 4, December 1989

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1058351ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1058351ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this review

Goulet, J. (1989). Review of [La vraie nature de la sociologie du droit / Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 6e édition, Paris, L.G.D.J., 1988, 384 pages, ISBN 2-275-00816-0]. *Revue générale de droit*, *20*(4), 739–750. https://doi.org/10.7202/1058351ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1990

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

La vraie nature de la sociologie du droit

Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 6e édition, Paris, L.G.D.J., 1988, 384 pages, ISBN 2-275-00816-0.

SOMMAIRE

Introduction 739

I. Jean Carbonnier et la sociologie du droit 740

II. Georges Ripert et le positivisme juridique 742

III. La vraie nature de la sociologie du droit 745

A. La philosophie 745
B. La théorie 746
C. La jurisprudence 747
D. La méthodologie 748

Conclusion 749

INTRODUCTION

Le positivisme juridique et la sociologie juridique constituent sans doute les deux conceptions dominantes du droit du XXe siècle.

Comme nous le verrons plus loin, tout attire et tout sépare ces deux façons de percevoir l'être juridique. Traitant le thème du droit à sa manière, le positiviste limite sa compétence et son champ d'interprétation à la règle de droit édictée par le pouvoir politique. Le sociologue juriste, poursuivant une même activité, se fera au contraire un devoir de pousser plus loin sa recherche, la menant jusque dans son vécu pratique, évaluant même des fréquences statistiques, jugeant des effets de la loi sur les gens et leurs comportements.

L'un paraît structuré et rigoureux, mais un peu légaliste, un peu mécaniste, quant à la société dont il entend régler les rapports humains. L'autre semble au contraire accommodant, presque touche-à-tout, mais plus près de la réalité et du vécu des groupes qui dépendent du donné légal pour vivre en saine harmonie.

(1989) 20 *R.G.D.* 739-750

L'école la plus disciplinée serait-elle au fond la plus réaliste parce que la plus consciente de ses limitations? Celle dont l'objet de recherche paraît si ample, serait-elle la plus fiable scientifiquement en raison de la modernité de ses méthodes? Voilà autant de questions que soulève la comparaison des principes soutenus par ces deux groupes d'observateurs du droit, dont les mérites respectifs ont souvent fait l'objet d'études des commentateurs du monde juridique.

La question reste d'actualité et une bonne occasion s'offre aujourd'hui à nous d'amorcer une nouvelle réflexion sur ce thème toujours fécond.

La Librairie générale de droit et de jurisprudence a publié en effet en 1988 une sixième édition du *Flexible droit* de Jean Carbonnier, un livre que les juristes, chercheurs et étudiants, lisent pour leur profit depuis plus de vingt ans déjà.

I. JEAN CARBONNIER ET LA SOCIOLOGIE DU DROIT

Au cours des prochains paragraphes, nous allons feuilleter les pages de cette parution littéraire nouvelle. Nous allons tenter d'y repérer le sens et le contenu de la sociologie du droit, pour en faire ressortir ensuite la nature essentielle de cette démarche en la plaçant sous l'éclairage du positivisme juridique tel qu'exprimé par un autre grand civiliste, Georges Ripert.

Le *Flexible droit* de Jean Carbonnier a été publié pour la première fois par la Librairie générale de droit et de jurisprudence en 1969. Ce livre était réparti alors sur 278 pages, mais il en compte aujourd'hui 384. Neuf chapitres ont été ajoutés depuis à la publication originale [1], dont seule la conclusion a été entre-temps retranchée.

Le corps principal de l'ouvrage a donc peu changé, même si le texte a subi quelques retouches afin de tenir compte des nouveautés que la législation ou la jurisprudence ont pu apporter depuis à l'ensemble général du droit [2].

Le lecteur y retrouve le style clair et précis du pédagogue d'expérience qu'est Jean Carbonnier. Il y reconnaît à l'occasion un certain humour discret, une sérénité dans l'exposé qui rend la lecture du texte facile et agréable.

L'auteur y enseigne en effet la sociologie en douceur. Il professe, dit-il, une sociologie « sans risque », « littéraire », « comme il n'en faut plus faire » [3]. Il la range même dans le giron de la *scientia amabilis* [4], une discipline toute en civilité, prodiguée à l'heure du thé aux marquis et marquises curieux des choses de l'univers.

L'ouvrage est plaisant. Certes. Le succès de librairie dont il est l'objet le démontre d'ailleurs sans conteste.

---

1. Ce sont les chapitres V, VI, IX, X, XVI, XVII, XXII et XXV de l'édition de 1988. Le chapitre X de l'édition de 1969 a été remplacé par un nouveau texte sur la sociologie du couple.

2. Par exemple, la note 4 de la page 247 de l'édition de 1988, remplaçant celle de l'édition de 1969, disparue, qui renvoyait au mot « stationnement » de l'alinéa précédent.

3. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 6e édition, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 5; nous allons désormais citer cet ouvrage sous l'appellation de *Flexible droit*.

4. *Ibid.*

Tout ceci n'enlève pourtant rien à la valeur fondamentale de l'œuvre. Contrairement à ce qu'on semble parfois imaginer, la qualité d'un exposé ne souffre en rien de la clarté que le talent d'écrivain de l'auteur a su lui imprégner. Les travaux les plus abscons ne sont pas les plus profonds. *Flexible droit* vient témoigner ici au contraire.

La sociologie du droit, exposée et illustrée par Jean Carbonnier, se veut ainsi solide, prouvée, voire classique. Elle est en accord avec les enseignements d'Henri Lévy-Bruhl, par exemple [5].

Flexible droit doit peut-être en fait son succès au fait qu'il exprime avec un talent considérable, tous les aspects, positifs ou non, de cette sociologie juridique, souvent mal perçue et mal comprise, par les juristes qui la confondent volontiers avec le socialisme du droit [6].

Le phénomène de la sociologie du droit est important par son contenu même et par les conséquences de son hypothèse pluraliste qui apporte au Droit la dynamique d'une dimension étendue. Il mérite notre attention et une étude, si brève soit-elle, de ses postulats et méthodes.

La sociologie du droit est apparue vers la fin du XIXe siècle. Nombreux en sont les prétendants au titre de père fondateur. Durkheim?, Ehrlich?, Weber? Qui sait? Bien des auteurs, à commencer par le Français Duguit ou l'Américain Roscoe Pound, ont en fait contribué à l'enrichissement de ce courant de pensée qui étudie le droit en tant que *phénomène*.

Le droit émane du groupe social, y enseigne-t-on. Tout groupement de personnes est susceptible de se révéler créateur de droit, qu'il soit groupe sportif, société de commerce, syndicat ou nation. « Le droit est plus grand que les sources formelles du droit » [7], déclare un premier théorème de la sociologie juridique. *Droit* n'égale pas *loi*, comme le veulent les positivistes orthodoxes.

« Il est [cependant] plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes » déclare un second théorème [8], réfutant alors un panjuridisme que les sociologues seraient peut-être enclins à accepter. Il y a d'ailleurs plutôt trop de droit, selon Jean Carbonnier [9].

La sociologie juridique se construit d'ailleurs elle-même autour d'un nombre restreint de postulats. *Flexible droit* en rapporte deux, soit les postulats *organiciste* [10] et *évolutionniste* [11].

---

5. H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Collection « Que sais-je? » n° 951, Paris, P.U.F., 1971.

6. Le droit social provient de la sociologie plutôt que de la sociologie du droit, cette dernière aspirant à l'étude du prénomène juridique sans prétendre formuler de politiques sociales.
Au cours des prochains paragraphes, nous allons considérer interchangeables les expressions « sociologie juridique » et « sociologie du droit » (*cf* : J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972, n° 1, p. 16).

7. *Flexible droit*, p. 20.

8. *Id.*, p. 22.

9. *Id.*, p. 7.

10. *Id.*, p. 11.

11. *Id.*, p. 10.

L'institution est perçue dans le premier cas un peu comme un être vivant. Elle naît, se développe, vieillit et meurt. Elle est, en d'autres termes, en mouvement. Elle change.

Elle évolue, suivant le principe du premier postulat qui a la règle de droit pour objet. « Toutes [les] règles de droit ont un caractère essentiellement provisoire et relatif » [12].

La première source formelle du droit devient donc probablement la coutume [13], entendue ici comme porteuse de messages et interprète de l'état de la société. Elle se veut génératrice de normes juridiques obligatoires et autorise même, à l'inverse, l'abrogation tacite des lois notoirement inefficaces ou désuètes [14].

Après avoir indisposé les disciples de l'école du droit naturel par leur manie du changement, voici que les sociologues s'attireront maintenant les reproches des positivistes par leur façon de traiter l'ordre et les fonctions des sources formelles du droit.

Ces derniers voient en effet le droit d'un tout autre œil.

Adoptons maintenant cette autre perspective, envisageant le même tableau suivant le point de vue d'un positiviste, de talent lui aussi, soit Georges Ripert.

II. GEORGES RIPERT ET LE POSITIVISME JURIDIQUE

Georges Ripert a publié les *Forces créatrices du droit* [15] en 1955, quatre ans après qu'un groupe d'amis et d'admirateurs du grand civiliste aient publié un recueil d'études en son honneur.

L'ouvrage a vieilli. Un peu. Il explique toutefois avec clarté ce qu'est le positivisme juridique.

Le positivime juridique, enseigne Georges Ripert, est « la doctrine qui, rejetant l'idée d'un droit naturel, ne reconnaît d'autre droit que celui qui est donné par le pouvoir politique » [16].

Le premier adversaire de cette doctrine semble donc appartenir au monde des jusnaturalistes, surtout ancien [17], celui d'Aristote et de saint Thomas, fondé sur l'idée de justice [18].

---

12. *Id.*, p. 12.

13. *Id.*, pp. 99 et ss.

14. Voir : H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 5, p. 69; aussi : *Flexible droit*, c. IX sur l'efficacité et l'inefficacité de la règle de droit, p. 125.

15. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955; nous allons désormais citer cet ouvrage sous l'appellation de *Forces créatrices*.

16. *Id.*, n° 26, p. 74.

17. Il ne faut pas confondre cette doctrine avec celle du droit naturel moderne qui apparut au cours du XVIIe siècle (voir : L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1954 (réimp. 1986), p. 115); voir à ce sujet nos remarques, *infra*, note suivante.

18. La théorie du droit naturel « concerne les droits et les devoirs [...] du premier principe : faire le bien et éviter le mal, d'une manière nécessaire et du seul fait que

Le positivisme refuse en fait de reconnaître toute autre loi que la loi positive comme source première de droit. « Il n'est pour lui d'autre droit que celui qui résulte de la loi » [19] et l'idéalisme en cette matière est affaire personnelle.

Cet absolutisme oppose évidemment le positivisme juridique à la sociologie du droit.

Alors que la loi se révèle la pièce maîtresse de l'édifice positiviste, la société constitue la *ratio* de la sociologie du droit.

Alors que tout est changement pour le sociologue, tout est statisme pour le positiviste. « Tout juriste est un conservateur » affirme Ripert [20].

Le progrès social est d'ailleurs pour le positiviste bon teint un dangereux porteur de mythe. « [Il] berce l'espérance d'une génération nouvelle et lui fait perdre l'idée du temps et de la mesure. Il détruit à la fois la force de la religion révélée et la valeur du droit stable » [21].

La morale joue au contraire un rôle de premier plan dans le développement des règles de droit. Elle insuffle par la religion une âme au corps de ses normes. Elle imprègne le droit des valeurs que le passé légitime comme les étalons justes du comportement de la société, ceux que le législateur se doit d'ériger par la suite en contraintes légales.

On ne peut certes en dire autant de l'esprit scientifique. Il favorise le progrès qui relègue le passé à l'oubli et il dépersonnalise les rapports humains [22]. Les sciences exactes n'ont pas leur place en droit.

Jean Carbonnier, plus clairvoyant, ne partage naturellement pas cet avis. Non seulement juge-t-il sa sociologie un peu démodée, mais encore prévoit-il le jour où la faculté de droit se dotera d'un laboratoire permettant l'expérience et le calcul [23]. Pour un peu, il aurait parlé de jurimétrie [24] et prévu une réalité d'aujourd'hui, la salle réservée aux ordinateurs personnels.

Les sociologues du droit se montrent d'ailleurs judicieux en préconisant le renouvellement des méthodologies [25]. Le recours à la statistique, l'appel à la

---

l'homme est homme [...] » (J. MARITAIN, *Les Droits de l'Homme et la Loi naturelle*, New York, Éditions de la maison française, 1942, p. 88).
Pufendorf amorce au XVIIe siècle un virage décisif dans la conception du droit naturel. Pour lui, les maximes fondamentales du comportement humain ne proviennent plus de règles « écrites dans le cœur de l'homme » sous la dictée de la puissance divine; elles constituent plutôt des règles de conduite que « la droite Raison » peut elle-même appréhender en réfléchissant sur sa propre nature (« Droit de la nature et des gens », passage rapporté par B. HUISMAN et F. RIBES, *Les philosophes et le droit*, Paris, Bordas, 1988, pp. 118-135 (p. 128)).

19. *Forces créatrices*, n° 173, p. 430.
20. *Id.*, n° 3, p. 8.
21. *Id.*, n° 23, p. 64.
22. *Id.*, n° 15, p. 42.
23. *Flexible droit*, p. 300.
24. Carbonnier appelle sa faculté de l'avenir une faculté de psychologie juridique. La jurimétrie de Lee Loevinger se voulait une science capable de mesurer le droit et ses phénomènes.
25. Le thème des méthodologies revient fréquemment dans *Flexible droit* et il fait l'objet de longs développements dans la *Sociologie juridique* de Jean CARBONNIER (*op. cit.*, note 6, pp. 177-250).

psychologie[26], même par le biais de la littérature[27], assouplissent par leurs données nouvelles la rigidité des préjugés et l'esprit des fausses certitudes qu'engendre le repli sur soi-même.

L'ouverture d'esprit des adeptes de la sociologie juridique paraît leur donner jusqu'ici le droit de donner des leçons de réalisme à leurs collègues positivistes, mais il faut se méfier des qualifications à l'emporte-pièce. Un juriste de la qualité de Georges Ripert ne peut tomber aveuglément dans le piège de la négation têtue du changement. Toute la vie dit le contraire de l'immobilisme. Le soi-disant fétichisme de la loi n'empêche pas la critique et Ripert lui-même ne s'en abstient pas quand le besoin s'en fait sentir.

Le dernier chapitre des *Forces créatrices* s'avère sans doute le meilleur de cet ouvrage où l'auteur cède, d'ailleurs, à la tentation du prêchi-prêcha. Il fait bon retrouver en fin de course le Ripert technicien, civiliste méthodique et discipliné, que ses traités nous ont fait connaître, et qui démontre alors les vertus réelles du positivisme juridique.

Cette doctrine a le mérite de provoquer le recours à des méthodes d'analyse du droit fondées sur des classifications claires et précises. Elle a aussi pour qualité de s'identifier à une position épistémologique[28] sans ambiguïté, étant par essence foncièrement juridique.

Le visage sympathique de la flexibilité cache en effet des traits de personnalité décevants. À force d'accommodations généreuses, le droit, perçu de la sorte, se laisse finalement déposséder de sa vocation qui se veut par essence régulatrice et normative.

La sociologie du droit serait-elle dès lors déstructurante, un leurre sans réel contenu dans le monde du droit?

Elle se veut grande architecte du changement, mais les positivistes ne nient pas non plus le phénomène de l'évolution des lois. Ils le constatent plutôt en se plaignant de son intensité.

La sociologie du droit cherche à élargir l'éventail des sources du droit, mais elle en déborde peut-être tout simplement la compétence limitée.

Henri Lévy-Bruhl fait mieux encore, créant, à l'instar de Lee Loevinger une science juridique nouvelle, la juristique (voir : *op. cit.*, note 5, pp. 98 et ss).

26. Il faut reconnaître à Jean Carbonnier le mérite et le talent d'aborder avec finesse les sujets les plus inusités, celui de la folie, par exemple, où l'auteur traite successivement de la folie des juges, du fou juge, de la folie de légiférer et de la folie de plaider. Voir : chapitre XXIII, pp. 300 et ss.

27. Jean Carbonnier se réfère ici aux *Plaideurs* de Racine, au *Marchand de Venise* de Shakespeare et à d'autres œuvres théâtrales. Il aborde aussi le roman, avec Balzac par exemple, et il aurait pu le faire aussi pour la nouvelle avec Anatole France et ses juges intègres dont l'un est un positiviste avec de fortes tendances jusnaturalistes, et l'autre, un sociologue avant la lettre (voir : « Les juges intègres », dans *Crainquebille*, Paris, Calmann-Lévy, 1985, pp. 135-142).

28. C'est « à l'américaine » que nous concevons la science épistémologique, l'assimilant ainsi à la gnoséologie, ou théorie de la connaissance (voir : A. NOIRAY (dir.), *La philosophie*, Paris, Centre d'Études et de promotion de la lecture, 1969, p. 119; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13e édition, Paris, P.U.F., 1980, pp. 293-387. Voir aussi à ce sujet : C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985.

Il faudrait ici voir les choses clairement et nous proposons à cet effet une voie de recherche qui en vaut une autre, celle d'une typologie formelle de l'expression juridique.

Voyons si la sociologie du droit y trouvera sa place.

III. LA VRAIE NATURE DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT

Notre typologie n'a pas pour objet les ouvrages qui commentent ou expliquent les règles du droit positif, mais ceux qui en traitent l'idée ou l'*id est*.

Elle comporte quatre éléments, soit la philosophie, la théorie, la jurisprudence et la méthodologie.

Arrêtons-nous au sens qu'il faut donner à ces notions.

A. LA PHILOSOPHIE

La démarche de recherche destinée à découvrir les **principes premiers** d'une idée relève de la philosophie [29].

La philosophie se construit par le raisonnement.

Ses travaux s'articulent autour de certaines valeurs qui en légitiment le processus et les conclusions. Hobbes construit par exemple son argumentation à partir de la notion de sécurité, justifiant ainsi le contrat par lequel l'homme transmet ses droits à l'État dont il attend protection et défense [30].

Le philosophe est intéressé au premier chef par la connaissance [31].

Aristote et saint Thomas consacrent plusieurs pages au juste, au *dikaion*, pour connaître les fondements et la teneur de cette notion [32] et non pour expliquer un quelconque système de droit. C'est à partir de cette connaissance qu'ils s'estimeront ensuite capables et justifiés d'élaborer un ensemble d'hypothèses et de conclusions décrivant et exposant la doctrine philosophique du droit naturel [33].

Le droit naturel suscite la conception d'une philosophie du droit, et non d'une théorie juridique, parce qu'elle s'intéresse aux causes premières du droit.

---

29. « [La philosophie] est la recherche des « principes » premiers de toutes choses [...] » (L. STRAUSS, *op. cit.*, note 17, p. 84).

30. Voir à ce sujet les commentaires de HUISMAN et RIBES; *op. cit.*, note 17, p. 84.

31. Voir à ce sujet la définition de *philosophie* proposée par André LALANDE, *op. cit.*, note 28.

32. Ce qui est juste, *dikaion*, c'est de reconnaître à chacun son dû; tel est le contenu de la justice particulière, la justice générale se résolvant dans l'activité conforme à la loi morale. Le *dikaion* est la réalité même de ce juste; le *dikaion*, pour Aristote comme pour saint Thomas, est une chose et non un droit. Voir : M. VILLEY, « Torah-Dikaion I », dans *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, p. 19; *id.*, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, P.U.F., 1987, p. 117; B. HUISMAN, F. RIBES, *op. cit.*, note 18, pp. 39-40.

33. Voir nos remarques, *supra*, notes 17 et 18.

La sociologie du droit n'appartient donc pas au monde de la philosophie du droit, celle-ci restant d'ailleurs une affaire de philosophe plutôt qu'une entreprise de juriste [34].

B. LA THÉORIE

La démarche de recherche qui organise le **système** d'une idée, suite à l'identification et l'observation de ses éléments constitutifs essentiels, constitue une théorie.

Celle-ci vise à la représentation purement rationnelle [35] d'une idée.

Le schéma théorique ne connaît pas la notion de valeur. La théorie ne traite que d'**éléments.**

L'assemblage final de la théorie doit former un édifice dont l'agencement des matériaux s'explique par la logique du système. La théorie se justifie par la congruence de l'assemblage de ses éléments, réussie par la logique qui en assure l'uniformité [36]. Le système correct [37] est donc auto-suffisant, sans signifier pour autant qu'il soit nécessairement fermé [38].

La théorie pure du droit d'Hans Kelsen constitue un bon exemple de théorie. Elle expose le système des normes du droit, ordonnées en fonction d'une norme fondamentale dont elle tire leur validité, la norme constitutionnelle.

Dans la perspective kelsennienne, « aucune norme ne vaut par elle-même de façon isolée » comme l'expliquent Bruno Huisman et François Ribes, « c'est en tant qu'elles forment un système hiérarchisé [...] que les normes acquièrent un sens et une valeur [...] » [39]. Toutes les normes constituent donc par leurs inter-relations globales un système dont la congruence est assurée par la relation qui rattache chacun de ses éléments à la norme fondamentale commune.

Le système kelsennien est auto-suffisant, mais il est surtout théorique et idéal à tous les sens du terme [40].

---

34. Voir à cet effet : J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985, n° 4, p. 4.

35. Le système théorique est pure forme. Telle est d'ailleurs la démarche que nous avons suivie dans *La machine à faire le droit* (Québec, P.U.Q., 1987), où nous avons considéré le droit comme entité informationnelle au sens shannonnien du terme.

36. Encore une fois, tout ici est forme. « La méthode apparemment la plus appropriée pour la mise en évidence de la structure logique d'une théorie est la formalisation », dit J. LADRIÈRE, « La forme et le sens », dans *Encyclopédie Philosophique Universelle* (*L'univers philosophique*), André JACOB (dir.), Paris, P.U.F., 1989, pp. 475-492, col. 1, p. 483.

37. Peut-être devrait-on dire le système vrai, le vrai s'opposant au faux, les contraires/types de la logique formelle, familiers à ceux et celles qui s'intéressent aux processus complexes de l'intelligence artificielle ; dans le langage PROLOG, une proposition est vraie ou fausse.

38. Le système fermé est celui qui n'a pas d'échanges avec l'extérieur.
Tel ne peut être le système du droit, boîte noire placée dans l'environnement social, et en communication avec lui (voir : *La machine à faire le droit*, *op. cit.*, note 35).

39. B. HUISMAN, F. RIBES, *op. cit.*, note 18, p. 210.

40. Rappelons une dernière définition de la théorie. Elle constitue « une représentation rationelle ou idéale, en sous-entendant d'ordinaire que les faits (ou la pratique) ne lui

Le modèle théorique ne convient donc pas à la sociologie du droit qui se veut tellement pratique.

Est-elle donc plutôt jurisprudence?

C. LA JURISPRUDENCE

Nous récupérons la notion de jurisprudence de la typologie anglo-saxonne, les juristes formés à l'école de la common law l'ayant d'ailleurs empruntée eux-mêmes à nos ancêtres commun, les Romains.

La jurisprudence, d'après le *Digeste*, est « la science du juste et de l'injuste »[41], celle qui permet de dire le Droit.

Les Romains entendaient sans doute ce terme dans un sens pratique suivant leur disposition d'esprit naturelle. Les Anglo-saxons en ont infléchi toutefois la signification d'origine pour en faire la sous-discipline juridique qui se donne pour mission de réfléchir sur le droit. C'est dans cette optique que nous voyons aussi la jurisprudence, nous démarquant ainsi de la doctrine, entendue dans son sens étroit traditionnel, et, il va sans dire, de l'interprétation des tribunaux[42].

La jurisprudence se tient en périphérie du droit positif, en ayant le droit et non la loi pour objet. Elle en tente l'explication à partir d'un point de vue quelconque, positiviste, historiciste ou autre.

Elle constitue, en d'autres termes, une démarche de recherche destinée à expliquer l'idée du droit par l'**observation** critique de ses éléments constitutifs ou de ses manifestations extérieures.

Les exemples de tels travaux sont nombreux. *Les Forces créatrices du droit* de Georges Ripert constituent un archétype du genre.

Peu de juristes contesteront en effet que les formes diverses des ouvrages sur le positivisme juridique ne trouvent naturellement refuge dans ce type de démarche dite jurisprudentielle. Les ouvrages de théorie du droit en font unanimement mention.

La place de la sociologie juridique risque toutefois de ne pas être aussi facilement reconnue.

Certains pourraient la croire en effet plutôt affaire de sociologue qu'entreprise de juriste. Jean Carbonnier ne la définit-il pas lui-même comme « une branche de la sociologie en général [...] »[43].

---

correspondent pas exactement » (P. FOULQUIE, *Dictionnaire de la langue philosophique*, 3e édition, Paris, P.U.F., p. 586).

41. La définition est d'Ulpien (Dig., Livre I, Titre I, art. 1; voir M. BLONDEAU, *Institutes de l'Empereur Justinien*, Paris, Videcoq, 1839).

42. On aura compris aussi que nous n'employons pas l'expression théorie générale du droit qui pourrait faire confusion avec la théorie pure que nous connaissons déjà.

43. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 6, n° 1, p. 16.

D. LA MÉTHODOLOGIE

Doit-on se résoudre dès lors à exclure la sociologie juridique du champ de recherche pertinent au droit, puisque ce type de démarche ne semble pas appartenir vraiment aux disciplines méthodologiques, qui se veulent plutôt des moyens d'étude [44] de ce phénomène.

Mais comment devons-nous réagir alors devant la *sociological jurisprudence* [45] d'un Roscoe Pound? Cet auteur ne parle effectivement sur tous les tons que de droit. L'exemple qu'il apporte sur un plan pratique pour illustrer ce qu'on appelerait en droit français l'abus de droit, est précisément celui de la clôture hideuse qui déride les étudiants de nos facultés depuis déjà des décennies [46]. Les auteurs du *Dictionnaire d'Éguilles* [47] nient à la *sociological jurisprudence*, il est vrai, son appartenance à la sociologie du droit [48].

Mais Jean Carbonnier traite-t-il d'autre chose que d'affaires juridiques dans son *Flexible droit*? De quoi parle-t-on en effet lorsqu'on expose à longueur de page ses idées sur le droit objectif et le droit subjectif, la loi et la coutume, la propriété et le contrat? L'angle de vue peut-être spécialisé et le style d'expression inhabituel, mais le sujet reste toujours le même, celui du Droit.

Il faudrait savoir au surplus jusqu'à quel point le traitement des matières dont on parle, est vraiment sociologique, même quand on affirme qu'il l'est et surtout quand la prétention émane d'une personne d'une autre discipline que celle à laquelle on revendique appartenance. Il n'est jamais facile d'endosser complètement la peau de l'autre et je soupçonne fortement que les juristes, fondamentalement positivistes de formation, puissent vraiment s'intégrer dans ce monde aux contours un peu flous qu'est celui de la sociologie, sans apporter avec eux le bagage culturel de leur formation de base qui reste dominante.

Je crois que le juriste reste malgré lui ce qu'il est, un positiviste, que la sociologie juridique est avant tout une façon de voir le droit [49] et que la sociologie

---

44. La méthodologie constitue une démarche ayant pour objet de créer des modèles de l'idée du Droit dans un but pratique. Ces modèles peuvent être des représentations schématiques du Droit, telles les classifications arborescentes conçues pour l'ordonnancement des livres dans les bibliothèques, ou des processus de raisonnement, sous forme par exemple de scénarios « à la Roger Schank » en intelligence artificielle.

45. Roscoe Pound définit le droit comme une institution sociale destinée à satisfaire les besoins sociaux. Il évolue, et il est appliqué par les trinunaux, en fonction des directives qui lui proviennent des pressions de la société (*social control*) et dans le cadre de mécanismes assurant une réponse adéquate à la requête du groupe pour la justice et la paix sociale (*social engineering*). Voir : *An introduction to the Philosophy of Law*, (éd. revisée de 1954), New Haven, Yale University Press, 1922, pp. 47 et ss..

46. Il s'agit naturellement ici du problème soulevé par quelqu'un qui érige une clôture à dessein hideuse pour ennuyer son voisin (voir : R. POUND, *The Spirit of the common law*, Boston, Marshall James Company, 1921 (réimp. 1963), p. 196).

47. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean ARNAUD et als (dir.), Paris, L.G.D.J., 1988.

48. *Id.*, p. 379.

49. Voir à ce sujet les définitions de la sociologie du droit rapportées dans le *Dictionnaire d'Éguilles* (*op. cit.*, note 47, p. 382) et, plus particulièrement les trois dernières dues à Geiger, Selznick et Treves.

dont le juriste est capable, risque de se retrouver le plus souvent sans rigueur, dans ce monde où le contenant ne trouve pas toujours nécessairement un contenu d'indiscutable utilité sociale. Les thèses pertinentes au non-droit, pour brillantes qu'elles puissent être, laissent à ce chapitre au moins songeur.

CONCLUSION

La sociologie juridique de Jean Carbonnier n'est d'ailleurs pas sans rigueur parce qu'elle est littéraire ou parce qu'elle n'est pas chiffrée. Elle est telle parce qu'elle est sans structure.

L'exposé de *Flexible droit* se révèle riche d'observations et de commentaires, il est vrai. La science et le talent du grand juriste qu'est son auteur, attirent admiration et respect. Mais quelle architecture logique explique-t-elle l'ensemble des éléments de cet exposé, qui devraient être pourtant intimement reliés puisqu'unis par le thème commun du Droit traité sur fond de sociologie?

Une explication liante manque à tout cet ensemble au contenu si diversifié. L'ouvrage de Georges Ripert est en ce sens plus cohérent; il s'appuie sur la loi et s'oriente vers la méthode d'interprétation conçue par François Gény. La portée de vue qui oriente les positivistes purs, paraît bien un peu courte en dissociant si résolument le fait de la norme, mais cette école a au moins le mérite de s'expliquer à partir d'éléments constitutifs solides et identifiables.

La sociologie du droit nous semble par contre un peu fantaisiste.

Il paraît en effet hardi de vouloir assimiler les règles des jeux d'enfants à celles qui émanent du pouvoir politique. Si ces deux systèmes sont isomorphes, ils doivent ces ressemblances au hasard plus qu'à la parenté réelle de leurs principes fondamentaux propres. La distance qui sépare l'origine et la finalité de ces systèmes est telle, qu'on ne peut sérieusement conclure d'une autre façon.

Je pense qu'il faut être scientifiquement discipliné dans l'évaluation des phénomènes, surtout que la recherche moderne nous démontre la présence nécessaire de la structure dans l'ordre universel.

L'infiniment petit de Joël de Rosnay[50] est structuré. L'infiniment grand d'Hubert Reeves[51] est structuré.

La société l'est aussi. Le droit également.

Cet ordre de la substance s'affiche dans la forme de l'être. Forme et fond, même combat! Forme et fond, revers d'une même réalité, modèles interchangeables du même être, exprimé rationnellement ou concrètement.

En ce sens, le système de classification d'une bibliothèque de droit, se révèle ainsi une image de la discipline juridique elle-même, et on en apprend beaucoup sur le Droit en suivant le tronc et les branches de ses arbres hiérarchiques.

---

50. Le monde de Joël de Rosnay est celui, très organisé, de la cellule, cette « société de molécules » (voir : *L'aventure du vivant*, Paris, Seuil, 1988, pp. 40-41).

51. Le monde d'Hubert Reeves est celui de l'univers des astres, très organisé (en systèmes isomorphes?) depuis le minuscule atome jusqu'à la gigantesque galaxie (voir : *Patience dans l'azur*).

Sans doute restera-t-il néanmoins indiqué de choisir comme lecture à la prochaine fin de semaine pluvieuse, le *Flexible droit* de Jean Carbonnier, dont l'humour diffus et la sagesse évidente sauront certes combler le juriste lecteur.

Aix-en-Provence, décembre 1989

Jean GOULET
Professeur à la faculté de droit
de l'Université Laval