

Guy Rocher et Robert Vandycke  
sociologues, Université de Montréal  
(1986)

“Présentation.  
Des sources de la sociologie  
du droit à quelques  
questionnements actuels”

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,  
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: [jmt\\_sociologue@videotron.ca](mailto:jmt_sociologue@videotron.ca)  
Site web: <http://pages.infinit.net/sociojmt>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"  
Site web: [http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques\\_des\\_sciences\\_sociales/index.html](http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html)

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque  
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi  
Site web: <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de l'article de :

“Présentation. Des sources de la sociologie du droit à quelques questionnements actuels”. Un article publié dans la revue *Sociologie et Sociétés*, vol. 18, no 1, avril 1986, pp. 3-10. Montréal: PUM.

M. Guy Rocher (1924 - ) professeur de sociologie et chercheur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

M. Robert Vandycke est sociologue. Il enseigne la sociologie au département de sociologie de l'Université de Montréal.

[Autorisation formelle réitérée par M. Rocher le 15 mars 2004 de diffuser cet article et plusieurs autres.]

[guy.rocher@umontreal.ca](mailto:guy.rocher@umontreal.ca)  
[robert.vandycke@umontreal.ca](mailto:robert.vandycke@umontreal.ca)

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times, 12 points.  
Pour les citations : Times 10 points.  
Pour les notes de bas de page : Times, 10 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2001 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format  
LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

Édition complétée le 12 avril 2004 à Chicoutimi, Québec.



Les origines de la sociologie du droit se confondent avec celles de la sociologie. On peut en effet considérer *l'Esprit des Lois* (1748) de Montesquieu comme étant à la fois la première entreprise majeure de sociologie du droit et la première grande œuvre sociologique. Montesquieu y adoptait une vision empirique et relativiste du droit, qui lui valut d'ailleurs, dès la parution de l'ouvrage, de subir les foudres de théologiens, de jansénistes et d'évêques, d'être censuré par la Sorbonne, mis à l'Index par Rome. Les attaques étaient si nombreuses et si virulentes que Montesquieu se vit obligé de publier dès 1750 une *Défense de l'Esprit des Lois*. Adversaires et défenseurs de *l'Esprit des Lois* avaient les uns et les autres bien compris que Montesquieu introduisait un « esprit » nouveau dans la réflexion sur le droit positif et ses rapports avec le droit naturel. Cet « esprit » nouveau consistait à rechercher l'ensemble des rapports que les lois peuvent avoir avec les conditions climatiques et géographiques, les genres de vie, la religion, le commerce, les mœurs, tout autant que les rapports que les lois ont entre elles et avec l'intention du législateur. « *L'esprit des lois* » c'était, en d'autres termes, la mise en rapport du droit avec tous les éléments du contexte politique, social, économique et culturel, autant que physique et géographique. C'était bien la sociologie du droit, enveloppée dans le langage du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Dans la Préface qui précède l'ouvrage, Montesquieu résume ce qu'on appellerait aujourd'hui sa méthodologie:

J'ai d'abord examiné les hommes, et j'ai cru que, dans cette infinie diversité de lois et de mœurs, ils n'étaient pas uniquement conduits par leurs fantaisies. J'ai posé les principes, et j'ai vu les cas particuliers s'y plier comme d'eux-mêmes; les histoires de toutes les nations n'en être que les suites; et chaque loi particulière liée avec une

autre loi, ou dépendre d'une autre plus générale... Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses <sup>1</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, une telle déclaration de foi empiriste et positiviste était évidemment de nature à en faire sourciller un bon nombre. En la relisant aujourd'hui, on y retrouve les fondements de la méthode sociologique.

Tout comme Montesquieu, qu'il admirait beaucoup, Alexis de Tocqueville était juriste. C'est d'ailleurs sous le prétexte de faire une étude des institutions pénitentiaires qu'il entreprit son périple à travers les États-Unis en 1830. Mais son véritable objectif était, comme on sait bien, de rechercher l'explication, qui allait finalement être profondément sociologique, des fondements et du fonctionnement de la démocratie américaine. Dans tout ce qui a été écrit sur cette œuvre, on n'a pas encore mis en lumière la sociologie du droit qu'on y trouve. Elle y est pourtant bien présente. Un des buts explicites que poursuivait en effet de Tocqueville, en tant que juriste, était de déceler le poids relatif du droit dans les institutions démocratiques américaines. Dans une page où il fait ce qu'il appelle lui-même une « espèce de résumé » de son intention et de sa pensée, de Tocqueville écrit:

La république démocratique subsiste aux États-Unis. Le but principal de ce livre a été de faire comprendre les causes de ce phénomène... J'ai pensé que toutes les causes qui tendent au maintien de la république démocratique aux États-Unis pouvaient se réduire à trois:

- la situation particulière et accidentelle dans laquelle la Providence a placé les Américains forme la première;
- la deuxième provient des lois;
- la troisième découle des habitudes et des mœurs <sup>2</sup>.

Ce résumé correspond bien à l'ouvrage: tout le premier volume *de la Démocratie en Amérique* (1835) est une analyse du poids relatif de ces trois facteurs.

Pour leur part, Marx et Engels ont, en bien des endroits dans leurs écrits, jeté les bases d'une sociologie du droit, dans le cadre de leurs analyses soit de l'État, soit des rapports de production. Récemment, deux ouvrages, celui de Maureen Cain et Alan Hunt <sup>3</sup> et celui de Paul Phillips, ont fait un relevé des

<sup>1</sup> Montesquieu, Oeuvres complètes. Présentation et notes de Daniel Oster, Paris, Seuil, « l'Intégrale », 1964, p. 529. [Voir [Les Classiques des sciences sociales](#)]

<sup>2</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, dans les *Oeuvres complètes*, publiées sous la direction de J.-P. Mayer, Paris, Gallimard, 1961, tome I, vol. 1, p. 289. Œuvre disponible en version intégrale dans [Les Classiques des sciences sociales](#) [JMT]

<sup>3</sup> Maureen Cain et Alan Hunt, *Marx and Engels on Law*, Londres, New York et San Francisco, Academic Press, 1979.

principaux extraits des textes où Marx et Engels ont traité du droit<sup>4</sup> ; Pierres Lascoumes et Hartwig Zander ont, pour leur part, retraduit et analysé les premiers articles juridiques du jeune Marx, encore marqué par ses études de droit<sup>5</sup>. Ces extraits font voir comment Marx et Engels ont posé les jalons d'une analyse sociologique du droit dans les rapports de production, les luttes de classes, l'évolution du capitalisme, les fonctions de l'État. Ces textes de Marx et Engels ont d'ailleurs été à l'origine d'une longue et riche tradition d'analyses marxistes ou marxiennes du droit, depuis celles de Pashukanis et de Karl Renner jusqu'à celles des néo-marxistes contemporains.

Quant à Émile Durkheim, bien qu'il ne fût pas juriste, on sait l'importance qu'il accorda au droit dans sa théorie de la conscience collective et des solidarités sociales<sup>6</sup>. C'est par le type de droit que, selon Durkheim, l'on peut concrètement, empiriquement distinguer la solidarité mécanique et la solidarité organique: la première est dominée par le droit répressif, la seconde se caractérise par le droit restitutif. Le droit répressif est l'expression d'une conscience collective forte; le droit restitutif se développe dans les sociétés où la conscience individuelle grandit et repousse l'empire de la conscience collective.

Non seulement le droit permet-il, selon Durkheim, de distinguer les deux types fondamentaux de solidarité sociale, mais il permet aussi de suivre l'évolution des sociétés. Le passage du droit répressif au droit restitutif est l'indice de la transition d'un type de société archaïque à un type de société où la division du travail devient plus élaborée, dans laquelle par conséquent la solidarité organique se substitue à la solidarité mécanique.

Il est également important de rappeler que la chronique des ouvrages de droit a toujours eu sa place dans *l'Année sociologique*, que fonda Durkheim et qu'il dirigea durant plusieurs années. À travers cette publication, tout autant que par ses ouvrages et son enseignement, Durkheim exerça une profonde influence sur un certain nombre de juristes comme Hauriou, Duguit, Renard, Lévy-Bruhl, Carbonnier, qui cherchèrent à interpréter le droit dans une perspective sociologique. Émile Durkheim est, sans conteste, le père de la sociologie française du droit.

Des fondateurs de la sociologie, c'est cependant Max Weber qui porta au droit la plus grande attention. On lui doit les premiers éléments d'une théorie

---

<sup>4</sup> Paul Phillips, *Marx and Engels on Law and Laws*, Totowa, New Jersey, Barnes and Noble, 1970.

<sup>5</sup> Pierre Lascoumes et Hartwig Zander. *Marx: « du vol de bois » à la « critique du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1984. Voir aussi J. Michel, *Marx et la société juridique*, Paris, Publisud, 1983.

<sup>6</sup> Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 7e éd. 1960 (1re éd., Alcan, 1893). [Texte disponible, en version intégrale, dans [Les Classiques des sciences sociales](#), JMT]

de la sociologie du droit<sup>7</sup>, dont l'influence a été et demeure déterminante. On peut même dire que la sociologie du droit a occupé dans la théorie sociologique générale de Weber une place que ses commentateurs ont beaucoup trop négligée. C'est ce qu'un de ces principaux commentateurs, Talcott Parsons, a lui-même reconnu. Il écrivait en 1965: « À mon avis, on n'a pas bien apprécié que, dans une large mesure, c'est dans sa sociologie du droit que se trouve le noyau central de la théorie sociologique générale de Weber<sup>8</sup>. » Il revient de nouveau à la charge en 1971: « Je voudrais suggérer avec force que le noyau central de la théorie sociologique générale de Weber ne se trouve ni dans son traitement des problèmes économiques et politiques, ni dans sa sociologie de la religion, mais bien plutôt dans sa sociologie du droit<sup>9</sup>. » Sans nous engager ici dans la poursuite de cette idée, soulignons seulement que c'est à Weber que l'on doit les premières tentatives d'une typologie sociologique du droit, et surtout la mise en lumière du rôle joué par le droit dans la montée de la rationalité économique et du capitalisme en Occident, ainsi que des rapports du droit et du pouvoir. C'est aussi à lui qu'on doit, dans un article trop peu connu, la première réflexion théorique sur une sociologie du droit qui ne serait dominée ni par le déterminisme économique trop étroit d'un certain marxisme, ni par l'idéalisme juridique qui se voulait en être la contrepartie<sup>10</sup>.

Il faudrait évoquer encore les noms de trois initiateurs de la sociologie du droit, qui furent aussi, comme Weber et Durkheim, associés aux origines de la sociologie. Le premier en date est l'historien anglais du droit, Henry Sumner Maine, dont l'œuvre principale *Ancient Law* (1861) ouvrait la voie à l'histoire sociologique du droit des pays occidentaux<sup>11</sup>. Sa théorie évolutionniste du passage de la société du statut à la société du contrat allait inspirer à Durkheim sa théorie de l'évolution des sociétés à solidarité mécanique et au droit répressif vers les sociétés à solidarité organique et au droit restitutif.

Leon Petrazycki (1876-1931) exerça sur la sociologie polonaise une influence au moins égale à celle qu'eut Durkheim sur la sociologie française.

<sup>7</sup> Il s'agit principalement (mais non exclusivement) du septième chapitre, intitulé « Sociologie du droit » (*Rechtssoziologie*) du grand ouvrage de Max Weber, *Économie et Société* (*Wirtschaft und Gesellschaft*) qui fut d'abord publié en 1922. Max Rheinstein et Edward Shils en ont fait la traduction anglaise: *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1954. Il en existe une traduction française: *Sociologie du droit*, traduction française par J. Grosclaude. thèse de droit, Strasbourg, 1960. Mais aucune maison d'édition n'a encore cru utile de la publier.

<sup>8</sup> Talcott Parsons, « Max Weber, 1864-1964 », *American Sociological Review*, 30 (1965), 2, 174-175.

<sup>9</sup> Talcott Parsons, « Value-freedom and Objectivity », dans *Max Weber and Sociology Today*, sous la direction d'Otto Stammer, Oxford, Blackwell, 1971, p. 40.

<sup>10</sup> Il s'agit d'une longue critique de l'ouvrage du philosophe allemand du droit R. Stammler que Max Weber publia en 1907. Il en existe une traduction anglaise de Martin Albrow, « R. Stammler's "Surmounting" of the Materialist Conception of History », *British Journal of Law and Society*, 2 (1975), 2, 129-152 et 3 (1976), 1, 17-43.

<sup>11</sup> Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Mens*, Londres, 1861.

Il est le père et de la sociologie et de la sociologie du droit polonaises. Son influence s'étendit hors de Pologne par ses élèves Sorokin, Gurvitch, Timasheff, et par ses nombreux disciples, notamment J. Lande, J. Górecki et Adam Podgórecki. Écrites en allemand, en russe et en polonais, ses œuvres sont malheureusement trop peu connues parce qu'elles ont été trop peu traduites<sup>12</sup>. Mais il est possible, comme le souligne Podgórecki, qu'il ait influencé Weber et Durkheim, dont il était contemporain. À cause de Petrazycki et de ses élèves et disciples, c'est probablement en Pologne que la sociologie du droit a été, dans l'entre-deux-guerres, la plus productive d'études théoriques et de recherches empiriques.

Enfin, Eugen Ehrlich publia en allemand en 1913 le premier traité de sociologie du droit<sup>13</sup>, qui lui vaut qu'on lui reconnaisse parfois le titre de père de la sociologie du droit: il fut le premier à employer cette dénomination pour désigner l'analyse du droit vivant, c'est-à-dire du droit tel qu'il est appliqué et utilisé, par opposition au droit écrit ou théorique.

\* \* \*

Ce qui précède ne voulait que rappeler la place qu'occupait le droit dans la pensée et les théories des précurseurs (Montesquieu, Marx et Engels, de Tocqueville) et des fondateurs (Durkheim, Weber) de la sociologie. Mais c'est un fait paradoxal que cet intérêt pour la sociologie du droit ne connut guère de suite. Les sociologues ont paru perdre intérêt au droit, malgré quelques ouvrages, demeurés d'ailleurs isolés, notamment ceux de Gurvitch<sup>14</sup>, Henri Lévy-Bruhl<sup>15</sup> et Timasheff<sup>16</sup>. En réalité, c'est en criminologie que la sociologie du droit a continué d'être pratiquée, principalement aux États-Unis, mais elle

<sup>12</sup> De Leon Petrazycki, on ne connaît en anglais que *Law and Morality*, traduction anglaise de H. W. Babb, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1955. On peut cependant avoir une vue d'ensemble sur la sociologie de Petrazycki grâce à l'ouvrage publié sous la direction de J. Górecki, *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazcki*, Urbana, University of Illinois Press, 1976. À quoi s'ajoutent aussi les commentaires d'Adam Podgórecki sur cet ouvrage: « Unrecognized Father of Sociology of Law: Reflections based on Jan Gorecki's *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazcki* », *Law and Society Review*, 15 (1980-1981), 1, 183-202. Sur l'influence de L. Petrazycki sur la sociologie et la sociologie du droit en Pologne, voir aussi Andrzej Kojder et Jerzy Kwasniewski (trad. par Margaret Watson), « The Development of the Sociology of Law in Poland », *International Journal of the Sociology of Law*, 13 (1985), 3, 261-272.

<sup>13</sup> Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, traduction anglaise par L. Moll, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936.

<sup>14</sup> Georges Gurvitch, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932; *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940; *Sociology of Law*, New York. Philosophical Library, 1942.

<sup>15</sup> Henri Lévy-Bruhl, *Aspects sociologiques du droit*, Paris. Rivière, 1955; *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, « Que sais-je ? », 1961.

<sup>16</sup> N.S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1939.

n'eut cependant à peu près que le droit pénal comme objet d'étude. Elle fut toutefois active et productive sous le vocable de « Law and Society ». On lui doit un grand nombre de recherches empiriques, notamment sur le fonctionnement des tribunaux pénaux<sup>17</sup>. Mais le vaste champ de la sociologie du droit public, du droit privé, du droit commercial et du droit international demeurait en friche. Du moins de la part des sociologues. Car il ne faut pas sous-estimer les travaux importants de quelques éminents juristes américains de la première moitié du siècle, notamment Roscoe Pound et Karl Llewellyn<sup>18</sup>. Leurs nombreux écrits exercèrent une influence marquée chez les juristes américains. Par ailleurs, Llewellyn ouvrit aussi la voie de l'anthropologie du droit, grâce à son association avec E. A. Hoebel<sup>19</sup>.

Mais ces travaux n'exercèrent pas d'influence profonde en sociologie: ils ne donnèrent pas lieu à une sociologie du droit active. C'est là un phénomène que ceux qui s'intéressent à la sociologie de la sociologie nous expliqueront peut-être un jour. Alan Hunt nous en a pour sa part déjà donné une explication: il a développé la thèse voulant que ce qu'il appelle « un mouvement sociologique dans le droit », auquel il associe principalement Pound, Llewellyn, Weber et Durkheim, ait préparé les voies à la sociologie du droit<sup>20</sup>.

Ce n'est, à vrai dire, que depuis la fin des années 1960 que les sociologues ont entrepris de renouer sérieusement avec la tradition des précurseurs et des fondateurs. Un regain d'intérêt pour une sociologie du droit qui ne fût pas que celle du droit pénal s'est fait jour et progressivement répandue en Italie, en France, en Grande-Bretagne, en Suisse, en Belgique, dans les pays scandinaves aussi bien qu'aux États-Unis.

Aujourd'hui, la sociologie du droit est bien vivante. On peut le constater au nombre croissant d'ouvrages, d'articles et de revues spécialisées qui y sont consacrés. Parmi les revues spécialisées, la plus ancienne est la *Law and Society Review*, fondée en 1966, mais qui traite surtout de sociologie du droit pénal. Au cours des quinze dernières années, des revues plus générales de sociologie du droit ont vu le jour dans divers pays. Depuis 1972, on publie en Angleterre *l'International Journal of the Sociology of Law*; depuis 1973, en Italie, *Sociologia del diritto* et en Angleterre le *Journal of Law and Society* (qui fut d'abord pendant huit ans le *British Journal of Law and Society*). Depuis 1978 paraît en Belgique la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*

---

<sup>17</sup> C'est principalement dans *Law and Society Review* qu'on trouve la plupart de ces recherches.

<sup>18</sup> Sur Pound et Llewellyn, voir notamment Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, Londres, Macmillan, 1978, chap. 1 et 2.

<sup>19</sup> K. N. Llewellyn et E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Norman*. University of Oklahoma Press, 1941. Pour sa part, E. A. Hoebel publia plus tard le premier traité d'anthropologie du droit: *The Law of Primitive Man*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1954.

<sup>20</sup> Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, *op. cit.*

et, en France, de façon irrégulière cependant, la revue *Procès*. Depuis 1985, sous l'inspiration d'André-Jean Arnaud paraît *Droit et société*, qui porte en sous-titre *Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* pour indiquer son intention de continuité avec la *Revue internationale de théorie du droit* qui avait été fondée en 1926 par Léon Duguit, Hans Kelsen et Franz Weyr. Et la sociologie canadienne du droit vient à son tour de se doter d'une *Revue canadienne de droit et société*. Sans compter des revues qui s'intéressent plus particulièrement à la sociologie criminologique, comme *Déviance et Société* et *Criminologie*, cette dernière publiée à l'Université de Montréal.

Depuis quelques années, ceux qui s'intéressent à la sociologie du droit tiennent maintenant régulièrement des colloques. Aux États-Unis, la *Law and Society Association* a déjà une assez longue tradition derrière elle. Sur le plan international, l'Association internationale de sociologie a créé un « Comité de recherche en sociologie du droit » qui tient un colloque annuel. Le dernier en date, tenu en août 1985 à Aix-en-Provence, réunissait des représentants de trente-huit pays. Pour la francophonie, André-Jean Arnaud anime un *Cercle de sociologie et nomologie juridiques* qui a déjà mis en train plusieurs projets en voie de réalisation. Au Canada, une toute nouvelle Association du droit et de la société a été créée en 1985 et publie la revue canadienne bilingue dont nous avons parlé plus haut.

\* \* \*

Le présent numéro de *Sociologie et sociétés* témoigne précisément de cette vitalité de la sociologie du droit. Il en témoigne d'abord par le caractère international des collègues qui ont accepté généreusement d'y collaborer; il regroupe en effet des contributions venant de France, de Belgique, d'Allemagne de l'Ouest, des États-Unis et du Canada. Il en témoigne également par la diversité des sujets dont traitent les articles qu'on y trouvera. Cependant, au sein de ce foisonnement, il est possible de dégager quelques grands thèmes, comme la régulation sociale par le droit, à laquelle est consacré ce numéro. Plus spécifiquement, les contributions sont centrées sur deux ensembles d'interrogations: d'une part, la spécificité des normes juridiques, les distinctions à opérer parmi elles et les relations qu'elles entretiennent les unes avec les autres; d'autre part, le rapport du droit au pouvoir, qui peut être envisagé au niveau de l'élaboration de la règle juridique, de son administration ou de son application à des cas litigieux, et qui soulève la question des appareils qui procèdent à ces opérations. Nous nous interrogeons d'abord sur les normes.

R. A. Macdonald montre bien comment le positivisme qu'il appelle institutionnel met l'accent sur les propriétés formelles des normes et leur rapport aux

appareils de l'État. La proposition formalisée émanant d'un organe législatif jouit d'un tel prestige aux yeux des théoriciens positivistes qu'ils n'arrivent pratiquement à considérer la coutume ou la jurisprudence qu'en abolissant plus ou moins artificiellement ce qui les différencie de la norme légale formalisée, dans leur mode de présentation et dans leur élaboration. L'auteur propose une typologie des normes qui serait, au contraire, fondée sur ces deux derniers critères et qui permettrait d'effectuer des analyses moins réductionnistes. Elle aurait aussi le grand mérite de porter l'attention sur ces normes qui sont à la fois « inférentielles » (c'est-à-dire que leur sens n'est pas transparent et appelle une évaluation) et implicites (elles émanent de l'interaction sociale plutôt que de la décision d'une institution compétente): notions-cadres de bonne moralité, d'ordre public, etc. De telles normes représenteraient l'aspect dynamique de la normativité: c'est elles qu'il faut chercher derrière les solutions formelles, qui tout bien considéré ne sont pas réellement normatives.

Que les critères formalisés n'épuisent pas la réalité complexe du droit, cela ressort encore des articles de François Ost et de Michel van de Kerchove. Le premier s'interroge sur ce qui détermine l'appartenance d'une norme ou d'une solution à un système juridique donné. Le jugement de validité juridique, qu'il met en parallèle avec le jugement d'acceptabilité d'un mot ou d'une tournure dans le domaine linguistique, repose sur des règles internes du système, mais aussi sur des critères externes, axiologiques ou d'effectivité. Mais alors que l'usage est roi (ou presque) en matière de langage, le caractère très institutionnalisé du droit entraîne une normativité plus légalisée. Différence de degré plus que de nature: dans l'un et l'autre cas les critères d'appartenance au système sont multiples, à la fois internes et externes. La normativité lexicale est soit dominée par l'usage et dépourvue de sanction contraignante, soit officielle et réglementaire et garantie par un appareil de sanctions. De leur côté, les conditions de validité d'une règle juridique sont certes d'ordre formel, mais la réalisation de celles-ci n'entraîne, contrairement à ce que soutiennent les positivistes, rien d'autre qu'une simple présomption de l'effectivité et de la légitimité de cette règle. Or, si la validité de la loi s'évalue d'abord - mais non exclusivement comme on l'a vu - en termes de légalité, il n'en va pas de même pour la coutume et la jurisprudence, qui reposent d'abord sur ces critères externes « sociaux ». Bref, en droit comme en matière de lexique, des principes moins explicites que les règles de reconnaissance interne du système, et de plus dépourvus de sanction et pas toujours convergents entre eux, acquièrent une autorité et entrent en interaction avec ces règles plus formalisées. Pour s'imposer, la norme légale demande en effet à être confirmée par les organes d'application du droit, y inclus les simples citoyens.

Le texte de Michel van de Kerchove permet de vérifier le rôle que jouent de telles normes non formalisées pour suppléer au silence, parfois inévitable, de la loi. En Belgique, le ministère public jouit du droit d'apprécier librement l'opportunité des poursuites en matière pénale. Il ne s'ensuit cependant pas que

l'exercice de cette discrétion s'exerce indépendamment de toute régulation: à côté de certaines limites externes prévues, la pratique et certains efforts de rationalisation des prises de décision permettent de dégager quelques critères généraux internes. Parmi ceux-ci on peut relever la gravité des faits ou la dangerosité de leur auteur, qui guident la décision du ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'abandonner une poursuite. Il apparaît clairement que ce mécanisme d'autorégulation repose sur de simples « référents décisionnels », beaucoup moins formalisés ou contraignants que la loi, mais qui, selon van de Kerchove, font réellement partie d'un système juridique.

Si la conception de la norme affichée par les positivistes apparaît critiquable, comme on vient de le voir, on peut aussi questionner le monopole du droit que cette école de pensée attribue à l'État. La notion de pluralisme juridique, dont Jean-Guy Belley retrace l'histoire en relation avec le phénomène de l'étatisation du droit, a été tout d'abord un rappel de ce que le droit s'exprime aussi bien à l'extérieur de l'État, dans la société civile, qu'à l'intérieur de celui-ci: « droit social » de Gurvitch, « droit vivant » d'Ehrlich, autant d'ordres juridiques spontanés créés par les groupes et les associations ou encore les institutions et les collectivités, et qui constitueraient le véritable soubassement du droit étatique rationalisé. Avec l'extension de la sphère d'intervention de l'État qui caractérise l'État-providence, la notion de pluralisme juridique prendra cependant un autre sens, plus wébérien, et tendra à désigner une diversité interne, cette fois, à l'ordre juridique étatique: ce sont les droits spéciaux - du travail, de la sécurité sociale, etc. - reconnus par l'État et qui substituent un droit de protection au droit plus spontané, axé sur la participation et le contrôle, qui avait émergé en réponse aux problèmes liés à l'industrialisation et à l'urbanisation. La définition opératoire du droit que nous propose Belley tient à la fois de l'une et de l'autre de ces conceptions. Pour lui, le droit englobe toutes les pratiques de régulation sociale qui se révèlent de type à la fois politique (intervention de détenteurs de pouvoir) et rationnel (suivant un modèle préétabli). Au centre de sa problématique, il place les effets de l'étatisation sur le partage de la régulation juridique entre l'État et les centres non étatiques de pouvoir.

Le texte de Denise Couture illustre bien l'extension du pouvoir de régulation de l'État et les limites de cette intervention lorsqu'elle vise à encadrer le pouvoir de contrôle plus « spontané » d'une corporation professionnelle comme celle des médecins. Au Québec, le Code des professions de 1973 encadre la fonction disciplinaire de la corporation envers ses membres, ainsi que, dans une moindre mesure, celle de surveillance et d'inspection, plus préventive ou correctrice que répressive. Cependant, la corporation a maintenu en activité un comité des plaintes qui accomplit sensiblement les mêmes tâches que le comité de discipline tout en mettant davantage l'accent sur l'incitation; il a surtout l'avantage de procéder en dehors des règles précises et explicitées dans

la loi, qui régissent l'activité du comité de discipline. Or, de plus en plus de plaintes auraient progressivement été acheminées vers ce comité des plaintes, alors que le nombre de cas tranchés par le comité de discipline restait stationnaire. La régulation étatique aura finalement eu pour effet de calquer davantage le fonctionnement corporatif sur le modèle de la légalité et de limiter l'arbitraire et le caractère discrétionnaire et secret du processus décisionnel. Par contre, certains mécanismes de contrôle de la corporation échappent à cet encadrement légal, quand ce dernier ne suscite pas lui-même, indirectement, leur développement.

C'est aussi d'une certaine forme de pluralisme que nous entretenit Jacques Commaille: celui des régulations sociales appliquées à la famille, en France. Ainsi, la notion juridique du couple, et en particulier le statut légal accordé ou non aux concubins, varie dans le droit civil, le droit fiscal et le droit social. De telles incohérences et contradictions, que l'on observe notamment à l'intérieur du droit étatique, doivent être reliées aux difficultés d'ajustement entre le système de régulations sociales et des structures familiales en pleine mutation. La pluralité des logiques mises en oeuvre dans les instances productrices de normes ou l'institution judiciaire serait une manifestation de cette incertitude. À l'encontre de l'esprit qui animait le Code civil de 1804, l'État-providence socialise le droit, plus axé désormais sur les groupes et les catégories sociales et sur une recherche d'égalité. Cependant les deux logiques coexistent: la loi vise encore souvent à régir les comportements et à sanctionner les écarts à la norme mais, à côté de cela, elle tend aussi à constater une évolution (le nombre de divorces, par exemple) et à chercher à en contrôler les effets sociaux; le juge se trouve devant le même type de double logique, normative et sociale: il se réfère à la règle de droit de façon stricte dans certaines causes, alors que dans d'autres ce sont des notions-cadres, comme l'intérêt de l'enfant, auxquelles renvoie son argumentation. Cette façon de décider en fonction des effets sociaux d'une solution, qui entraîne facilement le recours aux experts des sciences humaines, favorise l'émergence de conceptions et de solutions divergentes. Or, face à ces diverses logiques institutionnelles il ne suffit pas d'invoquer le manque de direction politique. En fait, cette incohérence de logiques au niveau des instances de production ou d'application du droit doit être rapportée à la pluralité des « logiques » et des attentes sociales et au jeu des multiples acteurs qui développent des relations et des stratégies de pouvoir ayant la régulation sociale pour enjeu.

Dans un texte plus historique, Jean-Marie Fecteau tente d'élucider les rapports, trop souvent implicites, du droit et de l'État. Question qu'il faut poser dès lors que l'on considère le juridique non comme un champ spécifique isolable des autres modes de régulation sociale, mais comme une des formes d'existence des relations sociales (Correas) dans une formation sociale donnée et, plus spécifiquement, comme un mode d'expression du pouvoir d'État. Fecteau repousse l'illusion selon laquelle il existerait une séparation autre que

politique entre le privé et le public dans le système libéral. Il avance qu'au Québec comme ailleurs, la naissance du modèle libéral de régulation a été concomitante avec l'émergence de la forme administrative moderne de la capacité d'intervention de l'État. On peut alors montrer comment le mode de régulation propre au libéralisme, à la fois juridique et très autonomisé par rapport au fonctionnement de la « société civile », correspond au Québec à un type d'État dont la démocratie fonde la légitimité: la création d'un espace public apparaît comme la condition nécessaire de la constitution d'un espace privé. On peut voir aussi comment, par la suite, le développement du droit public ébranle le droit privé comme catégorie juridique autonome, évolution qui accompagne la contestation par les mouvements sociaux de la fonction supplétive attribuée à l'intervention de l'État.

L'analyse que mène Fecteau sous l'angle historique, à partir d'une conception qui voit dans le droit le mode d'expression du pouvoir d'État, appelle une théorisation sociologique des rapports entre droit et pouvoir. Deux concepts sur la définition desquels il paraît difficile sinon impossible de s'entendre, soutient Guy Rocher, car ils participent de l'univers des valeurs par leur fonction normative et instituante. La distinction, trop souvent ignorée, de Weber entre *herrschaft* et *macht*, domination et pouvoir, ouvre cependant une avenue prometteuse pour la recherche. La notion wébérienne de pouvoir renvoie à une relation asymétrique mais indéterminée, amorphe. Le concept de domination spécifie ce pouvoir, qui s'exerce alors selon des règles reconnues; c'est le pouvoir dans sa forme institutionnalisée. Dès lors, pour Rocher, le droit, en tant que fondement de légitimité, donc d'institutionnalisation, s'analyse comme ce qui permet au pouvoir de s'exercer sous la forme de la domination et, plus précisément, de la domination rationnelle-légale. Le droit est donc un discours de pouvoir-et de pouvoirs si l'on se réfère à la sphère juridique extra-étatique: convention collective et autres. Mais si le pouvoir (*macht*) est inhérent à la définition du droit, il ne s'ensuit pas que l'on ne puisse les distinguer l'un de l'autre et analyser leurs rapports. On voit alors que le droit se nourrit du pouvoir, tandis que ce dernier est tributaire du droit. Par ailleurs, les nombreux symboles dont le droit est revêtu ont le pouvoir pour signifiant, tandis que le droit apparaît lui-même comme une manifestation symbolique du pouvoir détenu par un acteur social.

Les liens du droit avec des intérêts dominants sont aussi analysés dans les articles de Robert Vandycke et Steven Barkan. Tous deux s'intéressent au rôle politique de la justice, le premier au Québec et au Canada, le second aux États-Unis. Vandycke montre comment une Charte des droits peut être connotée par des stratégies politiques dans son élaboration. Il souligne que l'intervention judiciaire au nom de critères comme les droits de l'homme, aussi légitimes que susceptibles de conduire à des applications nombreuses et indéterminées, confère un pouvoir d'arbitrage essentiellement politique à cet appareil de l'État, réduit l'espace public et risque beaucoup de nuire aux

mouvements sociaux et nationaux. Barkan s'intéresse spécifiquement à la justice politique aux États-Unis, dont il examine le rôle dans la répression des mouvements sociaux ou de la contestation politique. Si, dans le sud des États-Unis, le judiciaire a été un rouage essentiel de la répression, le mouvement hostile à la guerre du Vietnam a par contre connu quelques succès devant les tribunaux, qui lui ont aussi servi de tribune. Dans une société démocratique, soutient Barkan, on ne peut considérer l'appareil judiciaire comme un simple instrument d'une domination, non plus que comme l'organe neutre qui traduirait l'équilibre des pouvoirs entre de nombreux groupes, dont aucun ne serait dominant: le droit appliqué par les tribunaux favorise souvent la classe dominante, mais il peut parfois aussi s'inscrire dans la stratégie des contestataires et leur procurer quelques victoires significatives.

Enfin, l'impact des nouvelles technologies sur le contrôle social est examiné dans ce numéro à partir du cas allemand. Opposant deux fictions littéraires, 1984 et *le Meilleur des mondes*, György Széll pense que l'œuvre de A. Huxley représente mieux l'évolution en cours que le 1984 d'Orwell. Il évoque en particulier l'ébauche d'un système préventif d'hygiène sociale en R.F.A., qu'il met en relation avec la fin du consensus fondamental qu'a connu l'Allemagne dans l'après-guerre, et avec les stratégies de dépassement de la crise de l'État-providence. Pour cet auteur, les structures actuelles des nouvelles technologies, et plus spécialement leurs programmes, produisent une centralisation croissante et peuvent mener au contrôle de l'ensemble des relations sociales par l'État. Par contre, on peut aussi déceler certaines amorces d'un contrôle plus démocratique de systèmes informatiques, et une première loi protégeant les citoyens contre l'utilisation par l'État de données personnelles accumulées dans les banques de données a été votée en 1970 dans le *Land* de Hesse.

L'ordre des articles qui composent ce numéro ne correspond pas tout à fait à celui que nous avons suivi dans cette présentation. Il nous a semblé préférable, en effet, d'introduire le lecteur à un champ de recherche qu'il connaît souvent mal par deux textes assez généraux, qui couvrent bien l'ensemble des thèmes abordés dans ce numéro. Par la suite, l'ordre de la présentation et celui des textes coïncident.

Fin du texte