

La sociologie du droit en Allemagne *

Droit et Société 11/12-1989
(p. 101-120)

Hubert ROTTLEUTHNER **

Résumé

Trois approches différentes ont marqué l'apparition de la sociologie du droit en Allemagne au début de ce siècle, avec des auteurs tels que Ehrlich (Mouvement du droit libre)*, Sinzheimer (dans le domaine du droit du travail) et Max Weber (application des théories générales évolutionnistes au champ du droit). L'on décrit ici la situation durant la République de Weimar et l'on s'interroge sur la place de la sociologie du droit dans l'Allemagne nazie. En République Fédérale Allemande, la recherche judiciaire devint le centre d'intérêt majeur lors du renouveau de la sociologie du droit (la situation en République Démocratique Allemande n'est pas abordée dans cet article). À l'heure actuelle, en RFA, l'on peut décrire la situation comme un schisme entre la recherche socio-empirique et un aspect purement théorique de la sociologie du droit (spécialement chez Luhmann, Teubner). Une approche commune peut cependant être faite pour les thèmes pointus que sont la juridicisation et la crise de la réglementation.

* en allemand : Freirechtsschule.

Summary

Sociology of Law in Germany starts at the beginning of this century with three different approaches which are represented by authors like Ehrlich (free-law movement)*, Sinzheimer (worker's movement) and Max Weber (with an application of general evolutionary theories to the field of law). The situation during the Weimar Republic is described and the assumption is discussed whether there was Sociology of Law during the Nazi Era. Judicial research became the major issue during the fresh start of Sociology of Law in the Federal Republic of Germany. (The situation in the German Democratic Republic is not discussed here). The recent situation in the FRG can be described by a schism between socio-empirical research and grand theories (especially by Luhmann, Teubner). A common focus can be found in the topics of legalization and of a regulatory crisis.

* in German : Freirechtsschule.

L'auteur

Il est né en 1944. Professeur de philosophie du droit. En 1972, il est Dr. phil. à l'Université de Francfort ; professeur de sociologie du droit à l'Université libre de Berlin en 1975. En 1980, il devient membre du Comité de Rédaction de la revue *Zeitschrift für Rechtssoziologie*.

Il a publié de nombreux ouvrages, notamment, *Richterliches Handeln*, 1973 ; *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973 ; *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 1981 (trad. italienne 1983) ; *Einführung in die Rechtssoziologie*, 1987 ; (en tant qu'éditeur) : *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, 1975 ; (en collaboration avec E. Blankenburg, E. Klaus) : « *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* », *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 6, 1980 ; (en collaboration avec R. Ellermann, H. Russig) : *Kündigungspraxis, Kündigungsschutz und Probleme der Arbeitsgerichtsbarkeit*, 1983 ; *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 1983 ; *Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit*, 1984.

Ses nombreux articles portent sur la sociologie du droit et la théorie juridique, les juridictions du travail, les théories du développement juridique, l'histoire de la sociologie du droit, le droit nazi.

* Traduit au Centre d'Étude, de Technique et d'Évaluation Législatives (Université de Genève), sous le contrôle de J.-F. Perrin.

** Université Libre de Berlin, R.F.A.

Pour écrire l'histoire d'une discipline scientifique, il faut d'abord en préciser les contours, le champ, les théories et les méthodes. Car c'est seulement sur la base de telles précisions qu'il est possible de découvrir, au cours de l'histoire, les « précurseurs », les « fondateurs » et les « adeptes » d'une science.

Dans le cas de l'Allemagne, on observe des traits qui sont de sociologie juridique déjà au XIX^e siècle – voire avant, pour certains – notamment chez Marx et Engels. Parmi les auteurs du XIX^e siècle qui sont aujourd'hui considérés comme les précurseurs de la sociologie, on trouve également un grand nombre de réflexions sur le droit, sans que l'on puisse, toutefois, parler ici d'une « concentration » disciplinaire. C'est ainsi que Marx n'aurait pas conçu de théorie du droit qui lui soit propre – comme beaucoup d'autres d'ailleurs.

À l'aube du XX^e siècle, la situation évolue, cependant, avec les premières tentatives pour fonder, sous le nom de « sociologie du droit » ou « sociologie juridique », une discipline scientifique autonome. Si Eugen Ehrlich¹ peut, à cet égard, être considéré rétrospectivement comme le « fondateur » de la sociologie du droit, on constate que, par-delà les frontières de l'Allemagne, des tentatives allant dans le même sens furent faites parallèlement par des auteurs comme L.V. Petrazycki, A. Hägerström, R. Pound, E. Durkheim ; mais aussi M. Hauriou et L. Duguit.

Les conditions dans lesquelles est née la « sociologie du droit » demeurent néanmoins incertaines, dans la mesure où les impulsions qui furent données à cette discipline étaient le fait à la fois de sociologues, dont la discipline commençait à s'institutionnaliser (création de chaires, d'organisations, d'organes de publication) et de juristes, les premiers possédant souvent une formation de juriste.

Dans bien des cas, les juristes sensibilisés par la sociologie se sont contentés de « sociologiser » la jurisprudence, d'en faire une « jurisprudence sociologique », en d'autres termes, de recommander l'usage des théories, connaissances et méthodes sociologiques dans l'application du droit, et, le cas échéant, aussi dans la législation, tout en refusant de considérer la « sociologie du droit » comme une discipline scientifique à part entière². Non moins complexes nous apparaissent aujourd'hui les motivations que l'on peut déceler chez les « fondateurs » de la sociologie du droit. J'ai tenté de décrire, dans d'autres ouvrages, les conditions dans lesquelles la sociologie juridique a vu le jour en Allemagne au début de ce siècle³, conditions que je tiens à rappeler brièvement ici.

1. Ainsi chez M. Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1967.

2. Parmi les tenants d'une « jurisprudence sociologique », citons avant tout H. Kantorowicz, E. Fuchs et E. Ehrlich. Pour plus de détails, voir aussi H. Rottleuthner, « Drei Rechtssoziologien : Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber » in E.V. Heyen (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., 1986, pp. 227-252 (p.228 et s.).

3. H. Rottleuthner, *op.cit.*.

Genèse de la sociologie juridique en Allemagne

Le jour de Noël, à Paris, Eugen Ehrlich met, avec sa célèbre préface, un point final à sa *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (*Fondement de la sociologie du droit*), qui paraîtra en 1913, à Leipzig. En 1906, Ehrlich avait déjà publié un essai sur « La sociologie et la jurisprudence »⁴. C'est précisément à cet essai que se réfère l'avocat Hugo Sinzheimer dans le discours qu'il tient en mai 1909 devant le *Sozialwissenschaftlicher Verein* de l'Université de Munich sur le thème de la « La méthode sociologique appliquée à la science du droit privé »⁵. Entre 1911 et 1913, c'est au tour de Max Weber d'écrire sa *Sociologie du droit*⁶. Ces trois auteurs sont à l'origine du « syndrome de la sociologie juridique », tel qu'il se manifeste au début de ce siècle en Allemagne, mais aussi de la diversité de ses origines et de ses directions.

La sociologie juridique « compensatoire » d'Eugen Ehrlich

Du point de vue de l'histoire des sciences, Eugen Ehrlich (1862-1922) peut être considéré, sans intervention malicieuse, comme le « fondateur » du *Freirechtsbewegung* (*Mouvement du droit libre*)⁷. Il s'élève contre la conception selon laquelle l'ordre juridique forme un *système* de normes codifiées exempt de toute lacune et contre celle qui veut que les décisions de justice résultent de la seule déduction logique des règles de droit. Loin de plaider en faveur de la liberté totale pour le juge d'apprécier, dans chaque cas qui lui est soumis, où se trouve la « justice », Ehrlich prône plutôt la probité méthodologique et l'orientation du juge et du spécialiste de la science du droit vers la prise en considération des normes sociales qui prévalent au-delà du droit étatique. Dans sa *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, le promoteur du *Freirechtsbewegung* radicalise cette option et il introduit une nouvelle notion, qui se fonde sur une définition de la nature du droit : le droit ne se manifesterait pas dans les « normes juridiques » du droit codifié, ni dans les « normes de décision judiciaire » ; la législation et la jurisprudence ne seraient que des phénomènes secondaires : et toute jurisprudence qui s'y référerait s'écarterait en fait du droit. La vraie science du droit, à savoir la sociologie juridique, doit appréhender le « droit vivant » au sein de la société, c'est-à-dire le droit existant dans l'ensemble des groupes humains. C'est de là seulement qu'émanent les normes de décision judiciaire et de celles-ci, éventuellement, les lois.

Ces hypothèses concernant la « nature », la genèse et l'évolution du droit, Ehrlich les rattache, à leur tour, aux recommandations qu'il a faites relativement à l'application du droit et à la

4. Oesterreichische Richter-Zeitung, 1906, pp. 57-72.

5. München, 1909, réimprimé dans H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, vol. 2, Frankfurt a.M./Köln, 1976, pp. 3-23.

6. Publiée, à titre posthume, dans *Economie et société* et indépendamment dans l'édition de J. Winckelmann, *Rechtssoziologie*, 1ère éd., Neuwied/Berlin, 1960, 2ème éd. 1967.

7. Avec l'essai « Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft », qu'il publia en 1903 ; réimprimé dans E. Ehrlich, *Recht und Leben*, hrsg. von M. Rehbinde, Berlin, 1967, pp. 170-202.

science du droit. Quand la loi n'apporte aucune aide au juge qui doit rendre une décision, l'application du droit doit se faire en fonction des normes sociales, des normes du droit vivant. La science du droit doit combler les lacunes en élargissant le champ du droit par l'observation des pratiques sociales. La sociologie du droit d'Ehrlich poursuit un but compensatoire, dans la mesure où elle cherche à pallier le manque d'information inhérent à une pratique juridique orientée seulement par les grandes codifications et par la théorie académique.

La sociologie juridique « critique » de Hugo Sinzheimer

Dans son discours de 1909, Hugo Sinzheimer (1875-1945) plaide, lui aussi, en faveur d'une appréhension de la « réalité juridique », de la « vie sociale ». Mais, à la différence d'Ehrlich, il n'y voit pas les vrais domaines du droit – au sens du « droit vivant » et le véritable objet de la science du droit – en tant que sociologie juridique. Pour Sinzheimer, la situation juridique d'un peuple découle bien davantage à la fois de la règle de droit, de la doctrine et des « choses de ce monde » qui sont pertinentes sur le plan juridique. Ces « choses », il s'agit de les prendre en compte, si l'on veut éviter que la règle de droit et la doctrine ne s'atrophient.

La méthode sociologique « n'est pas destinée à supplanter la méthode dogmatique. La pénétration et la maîtrise intellectuelle de l'ordre juridique existant demeurent à tout jamais indispensables et la méthode sociologique ne peut être appliquée que sur la base des travaux et des résultats fournis par la méthode dogmatique. Ce qui distingue la méthode sociologique, c'est qu'elle est employée pour un type de recherche auquel la méthode dogmatique ne peut pas s'appliquer. Ainsi, loin de s'exclure l'une l'autre, les deux approches poursuivent, chacune à sa manière, un seul et même but : déterminer l'état juridique d'un peuple régi par un ordre juridique donné. »⁸

La méthode sociologique a ainsi une fonction juridique qui lui est assignée par la législation et la jurisprudence. De ce point de vue, Sinzheimer apparaît donc davantage comme un défenseur de la jurisprudence sociologique que comme celui de la sociologie juridique. Cette position spécifiquement jurissociologique, par laquelle il se distingue nettement d'Ehrlich, s'affirme à partir du moment où nous lui reconnaissons une place de précurseur dans le domaine du droit du travail et de la science du droit du travail. Sinzheimer a, en effet, porté son attention sur un domaine particulier du « droit vivant » au sein de la société : les réglementations autonomes établies par les personnes ayant une part dans les relations de travail, c'est-à-dire les contrats individuels de travail et les contrats dits « contrats corporatifs » (qui s'apparentent aux

8. H. Sinzheimer, *op.cit.* note 5, p. 10.

conventions collectives de travail que nous connaissons aujourd'hui). À son époque, le droit du travail ne faisait l'objet d'aucune législation ni d'aucune jurisprudence, sans compter qu'un grand nombre des dispositions légales qui régissaient alors les relations de travail n'étaient pas mises en pratique⁹.

Alors qu'Ehrlich voyait dans ces phénomènes de la « vie » le noyau du droit, qu'il cherchait à débarrasser de ses connotations étatiques, Sinzheimer, lui, aspirait à intégrer ces phénomènes d'une formation sociale et « vivante » du droit dans le domaine traditionnel du droit étatique, ce qui suppose que l'on prenne aussi en compte les revendications des mouvements sociaux. Ehrlich s'efforçait de fonder pour la sociologie du droit une conception sociale du phénomène juridique, alors que Sinzheimer s'en tenait, même dans son analyse sociologique, à une notion fondée sur le juridique « étatique ». Si Sinzheimer cherche à intégrer cette notion, c'est dans un but politico-juridique, celui, en l'occurrence, de contribuer à la création du droit écrit étatique. Sinzheimer n'est pas un promoteur du *Freirechtsbewegung*.

Ses réflexions, il les destine au législateur, qui a pour tâche d'élaborer un droit du travail autonome.

Ces exigences – codification des rapports contractuels liant l'employeur et son salarié, réglementation du statut des syndicats et de la lutte ouvrière, création de tribunaux autonomes compétents pour juger les différends d'ordre professionnel – vont de pair avec une sévère critique du droit civil formel. La reconnaissance, sur le plan législatif, d'un droit du travail autonome, montre à l'évidence que le droit civil formel, avec ses cocontractants prétendument autonomes et égaux en droit, transforme ce qui constitue la base même des rapports de travail en rapports de domination. Pour que le fait social que constitue le travail dépendant puisse être intégré dans le droit étatique, il faut, d'après Sinzheimer, que cette discipline se libère au préalable de la tutelle du droit civil général. L'analyse que Sinzheimer fait des règles sociales régissant le travail dépendant met en lumière la contradiction inhérente au droit civil qui existe entre l'égalité et la liberté au plan normatif d'une part, et la dépendance et l'inégalité dans les domaines sociaux du travail soumis à ces réglementations d'autre part. C'est sur cette contradiction que repose la sociologie juridique de Sinzheimer qu'il est convenu d'appeler, dans ces conditions, critique.

La sociologie juridique « évolutionniste » de Max Weber

La sociologie du droit, au sens de Max Weber (1864-1920), peut apparaître – du moins dans les parties consacrées à l'étude des rapports entre le droit et l'économie – comme une critique plus ou moins explicite des conceptions marxistes ou marxistes du rôle

9. H. Sinzheimer, « Die Fortentwicklung der Arbeitsrechts und die Aufgabe der Rechtslehre », *Soziale Praxis und Archiv für Volkswohlfahrt*, 1911, pp. 1202-1206 (1205).

joué par le facteur économique. Mais on peut aussi y voir un diagnostic contemporain des défis auxquels le droit formel et rationnel devait faire face : défis que lui lançait le Mouvement du Droit Libre en faisant ressortir, dans l'application du droit, le rôle des éléments irrationnels ou encore la fonction des intérêts ou de l'idéologie juridique, en bref, de tous les impératifs matériels avec lesquels le droit civil était confronté. La sociologie du droit conçue par Max Weber ne se résume pas à ces quelques pages de l'histoire contemporaine, tant s'en faut. Elle marque, à la vérité, la fin des grandes théories sociales conçues par les sociologues du XIX^e siècle. La sociologie juridique de Weber atteint son point culminant avec la question de savoir dans quelles conditions peut naître et se développer une rationalité spécifiquement occidentale. Pour y répondre, Weber dispose avec le droit, auquel il faut ajouter l'économie, l'administration publique et la religion, de précieux indices.

C'est dans ces conditions seulement que l'on peut comprendre ses diagnostics et sa critique du *Freirechtsbewegung* comme des tendances à la « matérialisation », mais aussi sa critique quant à l'importance accordée aux facteurs économiques pour expliquer la voie suivie par l'Europe.

La sociologie juridique de Weber marque, comme nous l'avons déjà dit, la fin d'une tradition théorique.

Au lieu de « fonder », ou même de remodeler, une sociologie du droit, on se contentera désormais de faire la synthèse des grandes théories de conception universelle qui ont marqué le XIX^e siècle. Weber se situe, quant à lui, à la fin de ces grandes théories sociologiques, qui cesseront d'avoir un impact historique et philosophique avec la Première Guerre mondiale. Les sociologues qui suivront développeront, pour leur part, les grandes théories de l'évolution et ne s'intéresseront plus guère au droit.

La sociologie juridique de Weber marque aussi la fin d'une longue tradition de théorie du droit et de théorie sociale. De même que la théorie du droit devait peu à peu abandonner, au XIX^e siècle, l'héritage du droit naturel, de même les théories sociologiques allaient se détacher des théories sociales. Le droit avait joué un rôle non négligeable dans les grandes théories sociales qui restaient encore attachées à la philosophie normative de l'histoire et il n'allait disparaître des grands thèmes directeurs de la sociologie que sous l'effet conjugué de deux événements, au travers desquels la sociologie juridique de Weber marqua, par la même occasion, la fin d'une époque : (1) la professionnalisation et l'institutionnalisation de la sociologie, élevée, au début de ce siècle, au rang de discipline académique, s'accompagne d'une spécialisation, qui fera du droit un thème extérieur à la sociologie. Certes, Tönnies et Troeltsch avaient encore pu intégrer à la nouvelle sociologie la philosophie du droit et la philosophie sociale ; et Weber se considérait avant tout comme un juriste. Mais, avec la professionnalisation et

l'institutionnalisation de la sociologie, la théorie du droit, devenue discipline auxiliaire, n'a plus voix au chapitre (2). La Première Guerre mondiale sonne le glas des grandes théories du développement et, par là-même, de la croyance dans le progrès qui les sustentait, croyance que déjà Weber avait abandonnée. Il n'y a guère plus que dans les domaines de la technique et des sciences naturelles que l'on parle encore de développement et de progrès. Sinon, dans les domaines moral et juridique, c'est le pessimisme qui prévaut, du moins chez les théoriciens du droit bourgeois. Le droit ne permet plus d'expliquer autre chose que le « changement social ».

Pour Max Weber, la sociologie du droit s'est retrouvée presque exclusivement concentrée entre les mains de juristes. Il s'ensuit que, pour justifier son existence, la sociologie du droit s'est souvent vue réduite à une théorie sociologique du droit, c'est-à-dire à une théorie sociale compensatoire qui offre une connaissance susceptible d'être appliquée dans le contexte juridique. Dès lors, la sociologie du droit, ainsi conçue, doit faire face à une sévère critique de ses méthodes : on lui reprochera de confondre le « Sein » (les choses telles qu'elles sont) et le « Sollen » (les choses comme elles devraient être), le normatif et le factuel, et il n'est pas jusqu'à l'existence d'une notion de droit sociologique qui n'ait été contestée. Telle était en tout cas la dure critique que Kelsen formula à l'endroit d'Ehrlich et qui, selon ses propres dires, devait être à l'origine du revers qu'Ehrlich et, plus généralement, la sociologie du droit, allaient essayer en Allemagne¹⁰.

La sociologie du droit dans l'Allemagne nazie

Y a-t-il eu, dans l'Allemagne nazie, une place pour la sociologie du droit ? L'opinion la plus répandue, à ce sujet, est que la sociologie du droit a disparu en Allemagne en 1933 et qu'elle n'a subsisté qu'en tant que discipline d'émigrés. Telle est l'opinion répandue pour Hugo Sinzheimer et ses « disciples », Ernst Fraenkel, Otto Kahn-Freund et Franz Neumann, auxquels il faut encore ajouter Arthur Nussbaum, Theodor Geiger et Otto Kirchheimer. Ces auteurs, qui étaient tous membres ou, pour le moins, sympathisants du parti social-démocrate et/ou (à l'exception de Th. Geiger) juifs, furent contraints de quitter l'Allemagne dès 1933. Après le renouveau que devait connaître cette discipline en Allemagne fédérale dans les années soixante, ils allaient tous figurer parmi ses ancêtres.

S'il y eut, dans les années 20, une personnalité bien placée pour perpétuer la sociologie juridique d'Ehrlich, c'est bien Arthur Nussbaum (1877-1964), avec ses recherches portant sur la mise en œuvre du droit (« *Rechtstatsachenforschung* ») qu'il avait déjà commencé à propager en 1914. Avocat de profession, ce professeur extraordinaire de l'Université de Berlin voyait dans la « *Recht-*

10. Voir, au sujet de la discussion qui oppose Kelsen et Ehrlich, les arguments et les analyses proposés par H. Rottleuthner, « *Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915/17)* », *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, pp. 521- 551.

11. E. Fraenkel, « Zur Soziologie der Klassenjustiz » (1927), in *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise*, 1931-32, réimpression Darmstadt, 1968, pp. 1-41 ; F. Neumann, « Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung » (1929), in Th. Ramm (ed.), *Arbeitsrecht und Politik*. Quellentexte : 1918-1933, Neuwied/Berlin, 1966, pp. 113-147 ; O. Kahn-Freund, « Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts » (1931), *ibid.*, pp. 149-210.

12. H. Sinzheimer, « Die Aufgabe der Rechtssoziologie » (1935), in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, vol. 2, Frankfurt a.M./Köln 1976, pp. 85-148 ; « Der Hintergrund des Arbeitrechts » (1936), *ibid.*, pp. 149-163 ; « Eine Theorie des sozialen Rechts » (1936), *ibid.*, pp. 164-187 ; « Der junge Marx und die Soziologie des Rechts » (1937), *ibid.*, pp. 188-206 ; « Das Transformationsproblem in der Soziologie des Rechts » (1938), *ibid.*, pp. 207-218 ; « Theorie der Gesetzgebung », *ibid.*, pp. 245-309.

13. Voir Th. Geiger, « Gesellschaft und Recht als Aufgaben der Volkshochschul-Lehre », in *Die Arbeitsgemeinschaft*, vol. IV, Leipzig, 1923, pp. 33-54.

statsachenforschung » le complément indispensable de la dogmatique juridique, du moins dans les branches qui faisaient sa spécialité : droit commercial et économique, droit bancaire et boursier, droit processuel, arbitrage, etc. Le succès partiel que connaîtra, dès 1918, le mouvement ouvrier, allait permettre à Hugo Sinzheimer d'imposer sa conception d'un droit du travail autonome et d'une juridiction prud'homale. Ses élèves (Fraenkel, Kahn-Freund, Neumann) qui, sur le plan tant politique que juridique, militaient tous pour les syndicats, se montraient encore plus réceptifs aux idées marxistes que Sinzheimer lui-même et s'illustraient par les analyses qu'ils firent de la justice de Weimar et, plus particulièrement, des conseils de prud'hommes et de leur jurisprudence¹¹. Après leur émigration, Fraenkel (« Der Doppelstaat ») et Neumann (« Behemoth »), mais aussi O. Kirchheimer, publièrent d'importantes analyses de la dictature nazie qui, par leur impact politique et scientifique, contribuèrent également à enrichir, dans les années 60, la sociologie juridique. Hugo Sinzheimer lui-même ne s'adonna à la rédaction systématique de sa sociologie du droit que lors de son exil aux Pays-Bas¹².

Bien que juriste d'origine, Theodor Geiger ne se préoccupa guère, sous la République de Weimar, des questions d'ordre juridique¹³. Ce n'est, semble-t-il, que lors de son exil au Danemark qu'il fut au contact de l'École de la théorie juridique d'Uppsala qui lui inspirera ses *Vorstudien zur Soziologie des Rechts* (parues en 1947).

On voit ainsi que la sociologie du droit, après l'âge d'or qu'elle connut au début du XX^e siècle, subsiste tout de même sous la République de Weimar avec, en particulier, la tendance annoncée par Sinzheimer qui se confirme, la conception d'Ehrlich qui se perpétue jusqu'à un certain point dans les recherches portant sur la mise en œuvre du droit et, enfin, dans la sociologie de Weber, fondée sur l'histoire universelle qui, elle, semble bien être sur son déclin. On constate surtout que c'est seulement en exil que la tradition propre à la sociologie du droit a pu être perpétuée ou reprise.

On a dit parfois que la sociologie générale était une science d'émigrés. On affirme parfois encore que cette sociologie particulière que constitue la sociologie juridique n'aurait jamais existé. Pour vérifier, nous pourrions par exemple compter, pour ce qui est des années 20 et 30, les juristes (personnes jouissant d'une formation de juriste et enseignant dans une faculté) qui se considèrent également comme des « sociologues ». (De fait, le terme « sociologie du droit » ne fait pas encore partie de la nomenclature académique). Nous nous intéresserons donc aux juristes dans la mesure où, d'après Max Weber, les sociologues ont, d'une manière générale, renoncé à l'examen des questions juridiques (sauf peut-être Franz Oppenheimer dans *Der Staat* (1926). Sur la base de ce critère de sélection, nous pouvons retenir, dans les publications correspondantes du *Kuerschners Deutschem Gelehrten-Kalender* des an-

nées 1931, 1935 et 1940/41, quatre noms : Carl August Emge, Wilhelm Sauer, Max Rumpf et Franz Jerusalem. À la vérité, les deux premiers se sont – avant comme après 1933 – davantage distingués par leur œuvre de philosophe du droit (en devenant, par exemple, éditeurs de la revue *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*) : il reste donc, pour l'affirmation que nous cherchons à examiner de plus près, Franz Jerusalem et Max Rumpf, deux auteurs qui, sous la République de Weimar, furent à l'évidence aussi des sociologues du droit.

Franz Jerusalem (1883-1970) publia en 1925 une *Soziologie des Rechts* qui, du point de vue de l'histoire de la philosophie, représentait déjà à cette époque un fossile ; un ouvrage dans lequel l'auteur cherche – et trouve, bien sûr – dans toutes sortes de domaines de la nature et de la culture les indices qui lui permettront de bâtir une théorie générale de la société. D'abord juge, puis professeur dans des écoles supérieures de commerce, Max Rumpf (1878-1953) se fit connaître, sous le régime de Weimar, par les nombreux articles et ouvrages qu'il rédigea en rapport avec la sociologie du droit¹⁴. Mais sans doute serait-il plus connu de nos jours, si l'on savait qu'il fut le premier à employer, dans une acception qui nous est familière aujourd'hui, la notion de « Verrechtlichung » (que l'on pourrait traduire par « extension du droit formel à toutes les relations sociales ») et ce déjà en 1920¹⁵ !

Pourtant, ni Max Rumpf ni Franz Jerusalem ne figurent dans les annales de la sociologie du droit ; tout au plus, sont-ils mentionnés dans les bibliographies qui s'y rapportent. Ce qui nous intéresse avant tout ici est de savoir ce qu'il advint, après 1933, de ces deux auteurs en Allemagne. Devaient-ils se faire les défenseurs d'une sociologie juridique nationale-socialiste ? Ou alors, un régime comme celui-là pouvait-il seulement tolérer une discipline qui oppose, dès sa fondation, la norme et la réalité. Une discipline qui, en s'interrogeant sur l'application et l'applicabilité des dispositions légales, met en doute l'omnipotence des gouvernants ? Une discipline enfin qui s'enquiert de ce qui, par-delà toutes les règles édictées par l'État, se passe réellement au sein de la société ?

La réponse que j'apporterai à cette question diffère selon les auteurs : Max Rumpf s'était déjà tourné, bien avant 1933, vers le folklore, les « gens simples », en particulier les paysans, ce qui n'était pas pour déplaire, après 1933, au régime en place. Dans sa *Volkssoziologie* il n'est, par ailleurs, même plus question du droit.

Si Max Rumpf connaît une régression de ses théories et de ses thèmes, Franz Jerusalem, lui, continue de s'intéresser au droit après 1933. Reste que ses publications, qui se font de plus en plus rares – un livre traitant de la science politique et deux articles consacrés au droit administratif, datant respectivement de 1935 et 1938 – ne renferment plus aucun élément de sociologie. Dans ses deux articles, Franz Jerusalem – fervent partisan (en 1933) du nou-

14. Notamment « Was ist Rechtssoziologie ? *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 122, 1924, pp. 36-51 ; *Anwalt und Anwaltstand*, Leipzig 1926 ; *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft ?*, Nürnberg, 1929.

15. Dans *Wirtschafts-Rechts-Wissenschaft und Wirtschafts-Hochschule*, Berlin/Leipzig 1920, p. 8 ; voir également *Anwalt und Anwaltstand*, op.cit., p. 172.

veau régime et responsable, dans une large mesure, de la mise au pas de la Deutsche Gesellschaft für Soziologie – s’opposait à d’éminents spécialistes du droit public allemand. Si Jerusalem devait avoir par la suite quelques démêlés avec le régime en place, il conserva néanmoins sa chaire jusqu’au bout et retrouva, après 1945, très rapidement la place qui était la sienne.

En cherchant d’éventuels sociologues du droit sous le régime nazi, sans pour autant en trouver, nous sommes passés outre le fait qu’il y eut sans doute, entre 1933 et 1945, une multitude de *recherches intéressantes la sociologie du droit*. Dans sa dimension technocratique, l’État national-socialiste était on ne peut plus avide de faits et trouvait son intérêt dans un contrôle efficace. Du point de vue de la sociologie du droit, ce ne sont pas tant les données recueillies régulièrement par les administrations de l’État dans le but d’établir des statistiques démographiques, économiques ou judiciaires qui nous intéressent ici, mais bien plus les études effectuées, à l’époque, par les nombreux instituts de recherche spécialisés dans l’ergonomie et la sociologie industrielle (qui contiennent des informations sur le rôle du droit du travail). Quelles furent les études entreprises alors pour évaluer les effets de la législation dans le domaine de l’agriculture ? Que nous apprennent les rapports établis par le service de sécurité de la SS pour connaître l’opinion et l’attitude de la population vis-à-vis des institutions de l’État ? De l’activité menée dans toutes ces branches de la connaissance allait donc résulter un savoir dominant qui devrait être d’un grand intérêt pour la sociologie du droit et, plus particulièrement, pour le caractère ambivalent de la sociologie du droit, qui n’est *a priori* pas de celles qui critiquent l’ordre établi.

Renaissance et implantation de la sociologie juridique en Allemagne fédérale

C’est seulement au cours des années 60 que la sociologie du droit connaîtra un certain renouveau en Allemagne fédérale¹⁶, avec la création, à l’Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, en 1964, d’une nouvelle chaire au sein de l’unité d’enseignement et de recherche en matière de science du droit de l’Université de Berlin. Dès 1966, son titulaire, Ernst E. Hirsch (qui, en tant que juif, dut se réfugier, à partir de 1933, en Turquie) publiera, en collaboration avec M. Rehbinder, les écrits de l’Institut. Dans la foulée seront également réédités un certain nombre d’ouvrages anciens de sociologie juridique et de jurisprudence sociologique datant du début de ce siècle. En d’autres lieux, enfin, seront rééditées la *Grundlegung* d’Ehrlich et la *Rechtssoziologie* de Weber et, en 1964, sortiront, dans leur version allemande, les *Vorstudien* de Th. Geiger.

16. Je n’aborderai pas ici la situation en RDA. La théorie générale du droit marxiste-léniniste comporte aussi, certes, des éléments de sociologie juridique. Mais il faudra attendre les années 70 pour que le pas qui sépara jusqu’alors l’exégèse actualisante faite par les classiques des recherches empiriques plus spécifiques sur la genèse, l’évolution et l’incidence du droit soit enfin franchi. Il existe, depuis lors, des recherches spécifiques à la sociologie du droit, qui portent notamment sur l’effectivité du droit et sur le rôle joué par la conscience du droit.

Dès 1960 paraîtront des études empiriques consacrées à la recherche judiciaire, notamment à la sociologie de la justice, que viendront couronner, dans un premier temps, les travaux de Kaupen et de Rasehorn¹⁷. Ensuite, la sociologie de la justice allemande recevra, dès 1970, une impulsion supplémentaire sous l'influence de la recherche judiciaire américaine (judicial research). Au cœur de ces études, on trouve la question de l'origine sociale des juristes et, plus particulièrement, des juges et de l'incidence qu'elle aura par la suite sur leur opinion et leur attitude.

L'introduction de la sociologie du droit dans le débat sur la réforme de la formation des juristes, qui s'intensifia à partir de 1968, gardera, pour l'avenir de la sociologie du droit, une profonde ambivalence. Dans le cadre de ce débat, on réclama, en particulier, l'intégration de la formation théorique et pratique, de même qu'une meilleure prise en compte des sciences sociales¹⁸. Au bout de quelques années d'études réformées, on parvint à satisfaire, dans une certaine mesure, cette dernière revendication, avec l'incorporation d'éléments de sciences sociales dans le curriculum juridique et la création concomitante de nouvelles chaires. Pour obtenir ce succès institutionnel tout relatif (qui sera d'ailleurs totalement remis en question au début des années 80), il a cependant fallu accepter de placer les sciences sociales et, plus particulièrement, la sociologie du droit, dans l'hypothèse de leur utilité pour le droit. Ce n'est donc qu'en la forme réduite d'une théorie sociologique du droit que la sociologie du droit a pu justifier sa présence dans le contexte juridique. Et si elle parvint, malgré tout, à s'implanter dans de nombreuses universités, ce fut presque exclusivement dans des unités d'enseignement et de recherche juridiques où, de surcroît, elle ne joua, le plus souvent, qu'un rôle marginal par rapport au droit « dogmatique ». Quant aux sociologues, ils continuèrent à ignorer le droit.

Or l'expérience se solda par un échec. Car, si la théorie du droit se fit jamais science, ce fut d'abord et avant tout sous l'influence de la logique, de la théorie du langage et de la philosophie pratique (réunies en une théorie solidement argumentée), mais aussi, en fin de compte, dans des essais consacrés à l'analyse économique du droit.

Les tentatives faites pour « sociologiser » la formation de juriste ont aussi été difficiles, car les discussions autour de la réforme avaient une forte coloration politique, à la différence de celles qui s'étaient tenues sur ce même thème de l'introduction de la sociologie dans la formation de juriste au début du XX^e siècle. Bien souvent, on associait encore à la sociologie le « socialisme ».

Sur le plan institutionnel, la sociologie du droit parvint néanmoins à s'implanter davantage, avec la création d'une section « sociologie du droit » au sein de la Deutsche Gesellschaft für Soziologie (1972) et la fondation de la Vereinigung für Rechtssoziolo-

17. W. Kaupen, *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen - Eine soziologische Analyse*, Neuwied/Berlin, 1969 ; W. Kaupen/Th. Rasehorn, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen*, Neuwied/Berlin, 1971.

18. On demandera, avec plus de force encore, que la science du droit soit considérée comme une science sociale (Ehrlich l'avait d'ailleurs déjà fait en son temps). Il s'agissait, en l'occurrence, de transformer la théorie du droit en une science sur le modèle des sciences sociales, notamment de la sociologie (voir à ce sujet, H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a.M., 1973), de la même façon que l'avaient été, en priorité, au XIX^e siècle, les sciences de l'histoire, puis les sciences naturelles.

19. Si l'intérêt que l'Etat porte à la recherche *criminologique* permet à la criminologie/sociologie criminelle de subsister, il en fait aussi une discipline très convoitée. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles la sociologie criminelle a pu affirmer, dans une large mesure, sa spécificité par rapport à la sociologie juridique générale, spécificité à la fois thématique, personnelle et institutionnelle.

20. C'est un exemple révélateur des changements qui peuvent intervenir dans les thèmes d'une discipline. À cette question, la sociologie juridique allemande n'a jamais apporté de réponse satisfaisante, parce qu'elle s'est toujours bornée à relever, sous forme de questions, les caractéristiques de l'origine sociale et certaines attitudes/opinions, sans jamais mettre en lumière le véritable comportement du juge appelé à prononcer un jugement. Ainsi, la majorité des auteurs s'est tournée vers un nouveau thème à la mode. (Voir à ce sujet H. Rottleuthner, « Abschied von der Justizforschung ? Für eine Rechtssoziologie « mit mehr Recht » », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1982, pp. 82-119 ; H. Rottleuthner (ed.), *Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1984).

21. À l'appui des différents travaux de recherche, citons les ouvrages de K. F. Röhl, *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Köln, 1987 ; Th. Raiser, *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Frankfurt a.M., 1987 ; H. Rottleuthner, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Darmstadt, 1987.

gie (1976). Paraît, en outre, depuis 1970, le *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* et, depuis 1980, la *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (précédée, de 1972 à 1979, du *Bulletin d'information* de la section Rechtssoziologie) ; quant à la *Vereinigung*, elle a sa propre publication. Les deux associations organisent par ailleurs régulièrement des sessions de travail. Dès 1975, la fondation *Volkswagenwerk* fera figurer, l'espace de quelques années, la sociologie du droit parmi les principaux domaines de sa recherche ; la *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, à son tour, financera des projets empiriques ; enfin, le Ministère fédéral de la justice, ainsi que les ministères de la justice de plusieurs Länder, attribueront des contrats de recherche ¹⁹.

Ainsi implantée, la sociologie juridique ouest-allemande allait voir ses thèmes se modifier considérablement. Sous l'influence des Américains – qui furent les premiers à renoncer, en 1974/75, à la recherche judiciaire pour se consacrer à l'étude des conflits avant leur règlement judiciaire – les sociologues du droit ouest-allemands devaient, pour la plupart, abandonner, à leur tour, la recherche dirigée sur l'étude des juges pour s'intéresser à des thèmes comme les besoins juridiques, l'accès à la justice, la mobilisation du droit et la compétence des juridictions. À l'étude d'une profession allait par là-même se substituer l'étude des conflits, connue sous le nom de « Transformationsansatz », qui analyse les problèmes juridiques pouvant apparaître dans les différents domaines sociaux pour savoir ensuite ce qu'ils deviennent, une fois qu'ils sont « transformés » en conflits soumis à la justice. La sociologie du droit ouest-allemande allait ainsi pouvoir participer aux discussions, désormais internationales, sur le conseil juridique (« legal aid ») et l'accès à la justice (« access to justice »). Il faut encore mentionner les recherches faites sur le thème des « alternatives au droit » et sur les autres modes de solution des conflits, sans oublier les questions classiques que soulève l'étude de l'effectivité, enrichie des connaissances apportées par l'analyse de l'exécution des jugements. La question, pourtant essentielle, de la recherche judiciaire, à savoir l'influence qu'exerce sur le comportement du juge appelé à rendre des décisions son origine sociale, est encore quelque peu abordée ²⁰.

Toutes ces recherches forment la matière qui figurera, en fin de compte, dans les ouvrages de type didactique, et cette matière constitue une « discipline » scientifique qui parvient à sa maturité dès 1987 ²¹.

La sociologie juridique de nos jours : quelques remarques

L'histoire de la sociologie juridique, qui n'est pas vraiment ancienne, comporte plusieurs polarités qui, mises en évidence, feront

peut-être apparaître plus clairement les traits caractéristiques de cette discipline.

- 1) Ce qui ne saurait se dire de toute « sociologie de service » s'applique, en tout état de cause, à la sociologie du droit ; elle trouve sa source dans différentes professions, tantôt sociologiques, tantôt juridiques. Cette distinction se retrouve également au plan institutionnel et universitaire (même si l'on rencontre, parfois, dans les unités d'enseignement sociologique, des personnes jouissant d'une formation de juriste et, inversement, dans les unités d'enseignement juridique, des personnes possédant des qualifications en matière de sociologie).
- 2) En raison, peut-être, des professions qu'on y rencontre, la discipline oscille entre la sociologie juridique et la théorie sociologique du droit ; entre une discipline qui, de par son contenu et ses méthodes, se rattache à la discussion proprement sociologique et une discipline qui se fonde davantage sur les potentialités de la science du droit et de l'application du droit et de la législation.
- 3) Ce qui caractérise, en outre, la tradition qui est celle de la sociologie du droit, c'est qu'elle oscille entre une définition étatique du juridique et une définition non-étatique et, en corollaire, entre les champs de recherche qui leur correspondent : soit que l'on se consacre davantage au domaine de la justice (étatique), que l'on examine l'effectivité des normes étatiques ; soit que l'on considère – dans l'esprit d'un « legal pluralism » – les conflits, tels qu'ils existent, en dehors de la sphère de l'État, avec, notamment, le recours à d'autres modes de règlement.
- 4) À tout cela s'ajoute, depuis peu, en Allemagne fédérale, une orientation supplémentaire : l'opposition entre une sociologie du droit *empirique* et une sociologie du droit « *purement théorique* ». L'opposition n'est pas entre « empirie » et « théorie », car même une sociologie du droit empirique ne peut se passer d'hypothèses théoriques ni d'une définition préalable des notions. C'est pourquoi je lui préfère l'expression « purement théorique », qui implique que l'on formule de grandes hypothèses, sans pour autant les vérifier systématiquement à l'aide de méthodes empiriques, et que l'on ne définisse pas les notions de telle façon que les principaux concepts puissent être employés dans des recherches empiriques.

Cependant que la sociologie juridique s'imposait en tant que discipline empirique, Niklas Luhmann concevait sa propre sociologie du droit qui, si je ne m'abuse, eut un plus grand retentissement chez les juristes que chez les sociologues (qui, eux, semblaient davantage s'intéresser à la théorie générale des systèmes élaborée par Luhmann). Elle s'oppose aux innombrables contributions de la sociologie empirique du droit en ceci, précisément, qu'elle est « purement théorique ». J'aimerais m'arrêter plus longuement sur

ce type de sociologie du droit pour formuler, ensuite, quelques propositions qui permettraient de synthétiser les recherches empiriques et les recherches purement théoriques.

Dans sa *Rechtssoziologie*²², Luhmann renoue avec la tradition européenne déjà ancienne de la sociologie juridique évolutionniste que nous avons rencontrée, pour la dernière fois, chez Max Weber. Appliquant la méthode historico-comparative, Luhmann conçoit l'évolution du droit comme un programme par étapes : allant du droit des sociétés primitives au droit des sociétés industrielles modernes, en passant par celui des civilisations antiques et des sociétés féodales. De la biologie, il tire trois lois d'évolution : variation, sélection et stabilisation. La troisième et, pour l'instant, dernière étape de l'évolution du droit se caractérise, d'après Luhmann, par la « positivité » du droit. Ainsi consacre-t-il à la discussion des conditions et conséquences sociales de ce phénomène l'essentiel de sa *Rechtssoziologie*.

Dans l'optique d'une sociologie juridique orientée vers le contrôle empirique et une implantation historique, on critiquera en particulier les points suivants :

- 1) Si la conception d'une « évolution par étapes » donne de l'histoire universelle une représentation élégante, elle ne s'obtient, toutefois, qu'au prix d'un choix tout à fait arbitraire des preuves. Il en va ainsi de la caractérisation de la première étape, qui relève plutôt d'une « ethnologie académique » post-coloniale²³, choisissant les exemples qui lui conviennent comme dans un catalogue de vente par correspondance. En ce qui concerne le degré de saturation historique, Weber, lui, l'a justement placé très haut pour une théorie de l'évolution.
- 2) Luhmann emploie le terme « positivité » dans une acceptation pour le moins inhabituelle. Il y voit, semble-t-il, un ensemble de caractéristiques, qui sont les suivantes :
 - en législation, on voit apparaître des procédures qui lui sont propres ;
 - l'établissement de règles juridiques devient une espèce de routine ;
 - le droit est considéré comme un ensemble de règles susceptibles d'être modifiées en tout temps ;
 - on estime que le droit est à même de planifier le changement social ;
 - le droit tire sa validité de décisions, du choix entre les différentes possibilités qui se présentent, et non plus de valeurs suprêmes ;
 - le droit est réputé contraignant, parce qu'il est le fait d'organes compétents appliquant des règles de procédures déterminées. La « légitimité » légale en constitue le mode principal.

22. Reinbek, 1972 ; 2ème éd. (comprenant une nouvelle post-face), Opladen, 1983.

23. Cette « ethnologie académique » exista, bien entendu, déjà à l'époque coloniale chez les théoriciens restés en territoire métropolitain, qui cherchaient à sublimer, par des théories, le charme exotique des récits de voyages, et cela avant même Montesquieu.

L'auteur n'apporte aucune réponse aux questions qui se posent au sujet de ces caractéristiques : lesquelles d'entre-elles a-t-on pu relever ? À quel moment ? À quel endroit ? Dans quel domaine juridique ? Dans quel groupe social ? Sous quelle forme ? Quelle autre façon y aurait-il, sinon, de démontrer l'existence d'une « troisième étape » ?

L'analyse des fondements théoriques de la sociologie du droit conçue par Luhmann s'avère d'autant plus difficile qu'il a entrepris, depuis le début des années 80, de remodeler sa théorie générale des systèmes en y apportant des éléments de thermodynamique, de biologie, de neurophysiologie, de la théorie des cellules et de l'informatique ²⁴.

Toute grande théorie est forcément syncrétique : mais ce qui fait véritablement sa grandeur, c'est qu'elle ne laisse plus transparaître ce caractère. Quoi qu'il en soit, Luhmann a bâti une grande théorie compacte et hermétique, qu'il conçoit comme une théorie générale des systèmes autopoïétiques.

S'agissant d'une vaste théorie sociologique, l'analyse de la sociologie du droit conçue par Luhmann est rendue difficile non seulement par l'orientation autopoïétique qu'il a prise, mais aussi par le fait qu'il n'a pas encore suffisamment concrétisé sa métathéorie du point de vue sociologique ²⁵. Il s'en dégage néanmoins quelques principes de base, sur lesquels je porterai, dans la partie qui suit, un regard critique.

Si les systèmes autopoïétiques ont pour caractéristique d'être « opérationnellement fermés », en ce sens qu'ils engendrent eux-mêmes les éléments qui les composent, qu'ils ne tirent pas leurs opérations du monde qui les entoure, pas plus qu'ils ne les lui transmettent, et si l'on conçoit le droit comme un système autopoïétique, alors l'intérêt théorique d'une telle sociologie juridique autopoïétique se trouve nécessairement déplacé : d'un point de vue théorique, l'accent est mis non plus sur les thèmes traditionnels des rapports entre le droit et les autres domaines de la vie sociale, sur la question des facteurs sociaux intervenant dans l'évolution du droit, sur l'incidence des normes juridiques sur les rapports sociaux (leur contrôle, leur évolution), mais bien plutôt sur les processus, les opérations internes du système juridique lui-même. Loin de constituer une *structure* sociale globale qui pénètre tous les sous-systèmes sociaux, le droit apparaît désormais comme un *système* fermé qui se reproduit lui-même ²⁶. Ce faisant, Luhmann opère une approche immanente au droit. Kelsen nous en donne une version, en bien des points, plus subtile et plus claire, dans la *Reine Rechtslehre*. Alors que Marx affirmait, à l'encontre de l'École historique du droit, que le droit n'avait pas à proprement parler d'histoire, autrement dit qu'il ne trouvait pas sa source en lui-même, Luhmann semble bien retourner à une telle approche immanente au droit de l'évolution du droit.

24. Voir la synthèse qu'il a lui-même déjà faite : *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M., 1984, p. 27.

25. Sur ce sujet, et sur sa critique, on trouvera des commentaires chez G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law : a New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988.

26. Dans la sociologie du droit que Luhmann élabore en 1972, le droit est considéré tantôt comme un système, tantôt comme une structure globale d'attentes de la société. D'un point de vue autopoïétique, le droit ne se laisse plus concevoir comme une structure sociale globale : d'une part, parce que toutes les structures se décomposent, puis se diluent en des opérations auto-reproductrices ; d'autre part, parce que le droit, seulement rapporté à lui-même, n'existe plus en tant que tel dans d'autres systèmes.

Luhmann se devra sans doute de remodeler sa théorie de l'évolution du droit, telle qu'elle apparaît dans la version de 1972. Dans le cadre de sa reformulation autopoïétique, il conviendra, par ailleurs, de répondre à la question que voici : à quel moment ce grand événement que constitue, du point de vue de l'histoire du droit, la démarcation autopoïétique du droit (événement qui ne coïncide plus avec l'apparition de la « positivité ») s'est-il produit ? Un tournant aussi décisif doit forcément intervenir, dans la mesure où, soit les systèmes sont autopoïétiques, soit ils ne le sont pas. L'auteur n'envisage aucune solution intermédiaire.

Le tournant autopoïétique marqué en direction d'une sociologie juridique immanente au droit s'accompagne d'une réductionnisme conceptuel pour le moins rigide. L'unité (« unity ») du droit, en tant que système autopoïétique implique, selon Luhmann, l'existence d'unités (« units »), d'éléments irréductibles ; elle suppose que le système est muni d'un code déterminé, qu'on y trouve une forme particulière de programme juridique et que le système revêt une spécificité fonctionnelle.

Unités élémentaires : dans sa *Rechtssoziologie*, il semblait encore que le droit fût constitué d'attentes stabilisées sur le plan normatif, c'est-à-dire contre-factuel, et généralisées simultanément dans les dimensions sociale, temporelle et matérielle. Reste à savoir comment des normes juridiques pouvaient se généraliser à partir d'attentes²⁷. Désormais, Luhmann voit les éléments d'un système juridique dans des relations juridiques²⁸, liées à des attentes normatives en rapport avec l'adoption et la modification de normes juridiques. L'existence de normes juridiques ou d'un modèle juridique sur lesquels sont thématiques certaines attentes est, de toute évidence, déjà présumée.

Code : pour Luhmann, l'ordonnement des éléments juridiques se fait selon un schéma binaire : justice/injustice. Tout ce qui pénètre dans le système juridique est traité selon ce code. Pourtant la théorie et la pratique juridiques nous enseignent que la distinction entre justice et injustice (Luhmann parle parfois aussi de légalité et d'illégalité) ne constitue pas l'unique dichotomie importante. Ainsi en va-t-il de la notion de validité et d'invalidité (parce que certaines conditions n'ont pas été remplies, sans qu'une injustice ait, pour autant, été commise : c'est le cas, par exemple, lorsqu'un contrat, un testament, etc. n'ont pas vu le jour). La distinction entre validité légale/invalidité légale est donc tout aussi importante que celle entre justice/injustice.

Programmes juridiques : dans ses premiers travaux, Luhmann faisait encore la distinction entre les « Konditionalprogrammen » (programmes à conditions) et les « Zweckprogrammen » (programmes à finalités), c'est-à-dire entre une forme de règlement qui se fonde sur une « relation : si-alors » au sens de la relation qui existe entre un fait juridique et sa conséquence juridique, d'une

27. On se souvient, à cet égard, de la tentative avortée d'Ehrlich, qui avait cherché à introduire une notion juridique non-étatique sur la base d'une « gamme de sentiments », qui sont censés se manifester en réaction à une violation des normes.

28. Tout système social est constitué de relations sociales qui en forment le plus petit élément ; Luhmann cite parfois aussi, comme éléments du système juridique, les actes juridiques.

part, et une forme de règlement qui mentionne les objectifs, les finalités, tout en laissant à l'appréciation de celui qui l'applique le choix des moyens ou des mesures qui permettent de les atteindre, d'autre part²⁹. C'est dans la forme des seuls « Konditionalprogrammen » que Luhmann semble aujourd'hui voir l'unique programme juridique. Ce réductionnisme extrême, par lequel il parvient même à battre Kelsen³⁰, tient sans doute au fait que Luhmann a abouti à une interprétation très stricte de la fonction du droit.

Fonction du droit : les systèmes autopoïétiques se caractérisent par leur haute spécificité fonctionnelle, donc aussi par leur caractère irremplaçable. Si la théorie fonctionnelle et structurelle des systèmes élaborée naguère par Luhmann se distinguait encore par le fait qu'elle avait pour principe méthodique la recherche d'équivalents fonctionnels (et qu'elle contribuait par là-même à multiplier les associations technocratiques), l'accent repose désormais sur le caractère fonctionnellement irremplaçable des systèmes.

Ce caractère fonctionnellement irremplaçable d'un système est, bien sûr, plus facile à démontrer lorsqu'il n'est question que de l'une des fonctions que ce système remplit. C'est pourquoi Luhmann élimina plusieurs fonctions qu'il avait naguère reconnues au droit - comme celle de répondre aux attentes (« Erwartungssicherung ») ou celle d'orienter le comportement (« Verhaltenssteuerung ») - pour n'en conserver qu'une seule : le système juridique emploierait des attentes contradictoires pour constituer et reproduire des attentes de comportement simultanément généralisées (« kongruent generalisierte Verhaltenserwartungen »)³¹.

La justice - qui est l'instance chargée de « généraliser simultanément » les attentes du comportement, se retrouve ainsi au centre du système juridique, alors que la législation, elle, se rattache plutôt au système politique. En faisant du droit, par le recours à des mesures d'orientation législatives, un instrument politique, on tend à pervertir sa fonction telle que la définit Luhmann. Ce faisant, on rend également déficient ce qu'il considérait naguère comme le signe de la nouvelle évolution du droit, à savoir sa « positivité » au sens où nous l'entendons plus haut, sens qui se rapporte avant tout à la législation et non pas à la justice. Sa dénaturation menace l'autopoïésis du système juridique, que Luhmann voudrait voir clairement séparé du système politique. Des attentes comme éléments du système juridique on disait, autrefois, qu'elles étaient résolument orientées vers l'avenir. Avec la réduction des fonctions du droit à la justice et à la prédominance des « Konditionalprogrammen », qui reposent sur des attentes déjà existantes, le système juridique apparaît comme un système foncièrement tourné vers le passé. S'il peut, à la rigueur, répondre aux attentes du

29. Bien entendu, les « Zweckprogrammen » peuvent, eux-aussi, se présenter sous la forme « si-alors » : si tel ou tel objectif doit être atteint, alors c'est tel ou tel moyen qui s'avère nécessaire, suffisant, approprié, etc. La différence, avec les « Konditionalprogrammen » réside, en fait, dans ce qui lie, d'une façon ou d'une autre, telle ou telle chose à telle ou telle autre chose.

30. Qui, lui, fait malgré tout encore la distinction, dans sa *Reine Rechtslehre*, entre les préceptes, les permissions et les autorisations, même s'il introduit la forme standard de la règle juridique.

31. Voir N. Luhmann, « The Unity of the Legal System », in G. Teubner (ed.), *op.cit.* note 25, p. 27.

passé, il n'est plus à même de façonner l'environnement social conformément aux attentes du présent.

À l'opposé de la conception réductionniste et rigide de Luhmann, il y aurait une sociologie du droit qui analyserait les multiples dimensions du droit (dans la législation, dans les activités du modèle juridique et dans l'action sociale ayant un rapport au droit) de façon empirique ; qui accorderait aux différentes formes d'agrégation (personnes, actions, normes, rôles, organisations, etc.) une égale importance ; une sociologie du droit qui tendrait à une saturation historique ; qui, plutôt que de se borner, par purisme, à un seul type de réglementation, examinerait les différentes sortes de « formes juridiques » ; qui, enfin prendrait aussi en compte la diversité de ce que l'on considère, dans les débats théoriques, comme les fonctions du droit pour, ensuite, examiner empiriquement dans quelle mesure le droit parvient effectivement à remplir ces fonctions. Ce qui nous conduirait sur la voie de la connaissance serait cette curiosité qui chercherait avant tout à clarifier des concepts, et non pas à bâtir, pour tout phénomène social, une super-méga-théorie, qui se verrait ensuite contrainte, pour des raisons de construction, à des abstractions, des réductions, des purismes ne permettant plus l'analyse de la diversité de l'objet.

Une approche des deux types de théories, empiriques et « purement théoriques », peut nous être donnée par l'étude de deux grands thèmes, sur lesquels la sociologie juridique s'est penchée au cours des dernières années : la thèse de la « Verrechtlichung » (juridicisation) et celle de la « Regelungskrise » (crise de la réglementation).

On parle de « juridicisation », dans la mesure où le nombre d'actes normatifs, surtout de lois et de règlements, aurait considérablement augmenté, comme d'ailleurs la « densité réglementaire », c'est-à-dire le nombre de domaines de la vie sociale qui sont régis par le droit. À quoi s'ajoute le fait que la « profondeur réglementaire » des normes juridiques, leur degré de complexité, se seraient, eux aussi, accrus. Cette pénétration de la vie quotidienne par des normes formelles, on la retrouve également dans la dimension de la bureaucratie, dans la bureaucratisation de certains domaines de la vie sociale et, enfin, dans la multiplication des actions en justice, la « justicialisation » des conflits³². Même si elles conçoivent la « Verrechtlichung » comme un ensemble de processus, de successions dynamiques d'événements, les analyses dont nous disposons manquent, pour la plupart, d'une vision historique à plus long terme. Et celles qui osent, malgré tout, se pencher sur le passé, se montrent on ne peut plus sélectives dans le choix des informations historiques. Ce qu'il faudrait, en fait, c'est associer au débat sur la « juridicisation » une assise évolutionniste de la sociologie juridique qui réponde aussi aux critères d'une recherche empirique. Révélatrices devraient être, à cet égard, les analyses

32. Voir, sur les différents aspects de cette question, R. Voigt (ed.), *Verrechtlichung, Analysen zur Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, Königstein, 1980 ; idem (ed.), *Abschied vom Recht ?* Frankfurt a.M., 1983 ; idem, (ed.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, Opladen, 1983 ; F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Sicherheit. Vergleichende Analysen*, Baden-Baden, 1984 ; A. Görlitz/R. Voigt, *Rechtspolitologie*, Opladen, 1985, pp. 119-171.

quantitatives et qualitatives de la législation sous la République de Weimar, par comparaison avec l'évolution actuelle en Allemagne fédérale. Une telle comparaison historique permettrait, comme c'est d'ailleurs souvent le cas, de relativiser un grand nombre d'affirmations, selon lesquelles la réglementation croissante de la vie de tous les jours (« Verrechtlichung ») constituerait un phénomène entièrement nouveau. Encore s'agirait-il d'abord de montrer, sur la base d'analyses historiques à long terme, ce que ce phénomène a de vraiment nouveau.

Les deux grands thèmes de la toute nouvelle sociologie du droit – la juridicisation et la crise de la réglementation – sont liés, dans la mesure où certains estiment que la simple augmentation du nombre des réglementations juridiques nuirait déjà à leur effectivité. En surnombre, les réglementations juridiques seraient ineffectives. Mais d'autres auteurs (du côté « autopoïétique » en l'occurrence) soutiennent, à leur tour, la thèse générale selon laquelle les réglementations juridiques, par principe, ne seraient pas à même de diriger, d'influencer ou de contrôler d'autres sous-systèmes sociaux³³. Le scepticisme théorique dont il est fait preuve à l'égard des réglementations juridiques va souvent de pair avec une critique de l'hypothèse de causalité linéaire que contient, dit-on, le discours sur l'effet et l'efficacité du droit (mais les anti-causalistes n'ont, malheureusement, qu'une idée vague du sens que reçoivent, en sociologie empirique, les relations causales, les analyses causales, etc.). Si l'on se réfère à la conception fondamentale des systèmes autopoïétiques, les sous-systèmes sociaux comme le droit et l'économie ne peuvent que « s'irriter » mutuellement ou alors déclencher des processus d'auto-orientation (« Selbststeuerungsprozesse »)³⁴.

À nouveau, il paraît nécessaire, sur le plan tant empirique que théorique, de préciser davantage, d'intégrer les études existant sur l'effectivité et l'ineffectivité des réglementations juridiques – plutôt que de sanctifier, sur le plan théorique, les mots d'ordre lancés au sujet de la crise de la réglementation et les appels politiques faits en faveur d'une déréglementation (qui entraîne inévitablement de nouvelles réglementations), sans même s'être interrogé sur leur contenu véritable.

Autant de tâches qui représentent un défi tant pour le chercheur habitué à travailler « à petite échelle », sceptique qu'il se montre souvent à l'égard des grandes hypothèses, que pour le « pur théoricien », qui devrait davantage satisfaire aux exigences d'une saturation historique et d'une confirmation empirique.

Ainsi synthétisée, la sociologie juridique aurait, dès lors, un caractère évolutionniste à son tour, *compensatoire* ; elle chercherait aussi à combler les lacunes qui apparaissent, lors d'une analyse des normes de droit et des décisions d'une justice « en tant que telles ». Lors d'une telle analyse, on oublie, en effet, systématique-

33. Voir, par exemple, N. Luhmann, *Oekologische Kommunikation*, Opladen, 1986.

34. G. Teubner, « Das regulatorische Trilemma », *Quaderni Fiorentini*, 13, 1984, pp. 109-149 (en particulier p. 128).

ment les questions de la genèse et de l'incidence des normes juridiques, les conflits avant leur règlement judiciaire et l'exécution des jugements. La dimension « normative » que revêt l'analyse juridique du sens donné aux normes juridiques, aux décisions judiciaires et aux contrats se verrait complétée par l'étude des aspects « factuels » (genèse, application, observation, utilisation) ; l'analyse de l'aspect formel se trouverait « rafraîchie » par celle des normes et activités informelles. Une sociologie juridique de ce type devrait, enfin, constituer un détecteur *critique* des nouveaux défis sociaux que le droit se doit de relever. Alors que les revendications du mouvement ouvrier ont pu être intégrées dans le droit du travail – l'intégration de la classe ouvrière dans la société capitaliste passait aussi par l'intégration de ses principes dans le droit –, il y aurait lieu, aujourd'hui, d'examiner les « nouveaux défis », afin de savoir quel changement fondamental le système juridique devrait subir pour être à même de les prendre en compte et de les intégrer : comment, en effet, modifier le système juridique face aux revendications du mouvement féministe, aux défis que représentent l'écologie, le génie génétique et les techniques de l'information ?