

L'UTILISATION DE L'OUTIL SOCIOLOGIQUE DANS L'ÉLABORATION DE LA JURISPRUDENCE

Par

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur à l'Université d'Angers (France)

L'idée même d'une utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence doit être justifiée. Il y a en effet quelque paradoxe à utiliser l'expression "outil sociologique" comme matériau d'un phénomène social quel qu'il soit. Le terme "outil" évoque la technique alors que la sociologie est une méthode de connaissance, ce qui évoque la science. La science n'est pas un outil car elle n'est pas un moyen au service d'autre chose qu'elle-même : la connaissance n'a pour fin que la connaissance, d'une façon essentiellement tautologique. Sa vassalisation à un autre objectif qu'elle-même la dégrade et la dénature.

A première vue, la sociologie s'apparente à la science et non à la technique en ce qu'elle est un instrument de mesure et de connaissance de la réalité sociale, grâce à l'élaboration d'archétypes théoriques dans la confrontation desquels le réel concret prend un sens. La sociologie nécessite certes une méthode d'appréhension de l'objet social qu'elle a constitué théoriquement mais elle n'a normalement pas de fin extérieure à elle-même. Elle ne pourrait donc pas être à proprement parler un outil.

L'on peut certes développer une conception sociologique de la jurisprudence par une représentation théorique que l'on vérifie par examens et expériences répétées. Cette théorisation peut aller dans le sens d'une jurisprudence comme mode de reproduction des règles favorables à la classe sociale s'incarnant dans le corps des magistrats, ou comme occupation de parts du marché du droit dans une conception économiciste des choses (1), ou encore comme puissance d'exécution spontanée de choix politiques (2), ou encore comme corps massif de jugements indistincts par lesquels les juges se situent les uns par rapport aux autres, au-delà d'une conception trop

(1) Y. Dezalay, *Marchands de droit*, Fayard, 1992.

(2) A. Bancaud, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des valeurs moyennes*, coll. "Droit et société", L.G.D.J., 1993.

simple de la hiérarchie (3). L'on conçoit plus difficilement que la sociologie puisse être un matériau de construction du réel jurisprudentiel, son propre objet d'étude.

Mais on sait d'une façon générale que les méthodes d'analyse contribuent à constituer l'objet observé. Plus encore, les méthodes d'observation du réel social peuvent devenir matériau du social si les connaissances auxquelles elles aboutissent sont maîtrisées par les acteurs sociaux eux-mêmes. La connaissance du réel devient alors un moyen de domination et de manipulation du réel. La sociologie juridique devient ainsi technique pratique d'efficacité de l'action sociale. C'est à ce titre que la sociologie juridique connaît un développement aux États-Unis en tant qu'elle participe à l'art législatif et jurisprudentiel tandis que le vieux continent, moins utilitariste, en a une conception plus pure et, de fait, une pratique moins active.

Le thème est classique en ce qui concerne le phénomène législatif. En effet, le législateur désireux de concevoir une loi satisfaisant les attentes sociales (conception sociologique d'une bonne loi, quant à son contenu) et désireux d'avoir une loi efficace et appliquée (conception sociologique d'une bonne loi, quant à son autorité) fait procéder à des enquêtes sociologiques "pré-réforme", puis s'astreint à un suivi par les enquêtes "post-réforme", dans une démarche quasi médicale. L'idée de loi expérimentale accroît la pertinence de ces perspectives et intègre le maniement de l'outil sociologique dans la création législative (4).

Mais la sociologie est aussi en train de devenir un outil de travail dans la jurisprudence, qui se développe, en prenant notamment en considération, implicitement ou expressément, la théorie sociologique de la réception. Cela ne manque ni d'ingéniosité ni d'à propos, mais cela n'est pas non plus sans effet pervers et danger potentiel.

I - L'UTILISATION APPROPRIÉE DE LA THÉORIE SOCIOLOGIQUE DE LA RÉCEPTION DANS L'ÉLABORATION DE LA JURISPRUDENCE

Il est de bonne politique de se soucier de la façon dont la décision est reçue par ses destinataires. Cette préoccupation légitime donne une nouvelle dimension à l'exigence de motivation.

A - LA JUSTESSE D'UNE DÉCISION MESURÉE À SON ACCEPTABILITÉ SOCIALE

1 - L'autorité des décisions de justice

Le législateur exprime par représentation la volonté générale. La légitimité de la loi est donc donnée *a priori*. La jurisprudence ne peut se prévaloir de cette source politique première. La jurisprudence ne peut avoir qu'une autorité médiate au regard de l'autorité immédiate de la loi. Par contre-coup, la jurisprudence souffre d'une certaine faiblesse et doit, en quelque sorte, faire ses preuves. Certes, l'autorité de la chose jugée interdit au justiciable de saisir de nouveau un premier juge pour réouvrir l'abcès du litige. Se construit ainsi procéduralement, et au fur et à mesure que l'exercice ou l'abandon des voies de recours épuise le litige, une incontestabilité de la jurisprudence. Superbe jurisprudence qui peut se parer d'une "vérité légale".

(3) M.-A. Frison-Roche et S. Bories, *La jurisprudence massive*, D. 1993, Chron., p. 287 s.

(4) Sous la direction de Ch.-E. Morand, *Évaluation législative et lois expérimentales*, P.U.A.M., 1993.

2 - L'insuffisance de l'autorité procédurale

Mais cette assurance n'est pas un gage intangible d'apaisement du litige, ce vers quoi tend classiquement l'office du juge. La partie condamnée rechignera à exécuter le jugement, luxe que l'absence de procédures vraiment efficaces pour cela est susceptible de lui offrir (5). A supposer que la contrainte puisse être mise en jeu, cette mise en œuvre représente un nouveau coût social. En toute hypothèse, si la partie condamnée n'est pas convaincue de la justesse de la décision, le risque se précise d'une résurgence de la dispute en dehors de l'enceinte judiciaire : le remède est alors pire que le mal, puisque le contrôle de l'institution ne pourra plus jouer si la dispute est identique, ou aura de plus en plus de mal à jouer si la dispute est déplacée. La récidive pénale, résurgence de la dispute qui oppose le délinquant à la société, et l'incertitude pour l'institution de choisir une solution appropriée qui ne soit pas une aggravation croissante d'une sanction que le condamné se refuse à intérioriser, en sont une illustration.

Il faut alors prendre en considération la théorie de la réception, qui mesure la justesse de la décision au bon accueil qu'en font ses destinataires, seule conception qui satisfait la définition classique de l'office du juge comme celui de mettre fin au litige, en épuisant non seulement le différent juridique mais encore la dispute sociale, pour ramener la véritable concorde sans se limiter à instaurer une paix formelle, factice (6).

B - LA RÉCEPTION DE LA JURISPRUDENCE PAR SES DESTINATAIRES

1 - La recherche de l'adhésion des destinataires

La jurisprudence, dans son action de paix sociale, doit être reçue. Pour cela, elle doit convaincre par le bien-fondé des décisions de justice. On quitte alors une conception procédurale de l'autorité pour adopter une conception substantielle de l'autorité : c'est par la justesse de son contenu que la décision, démunie de légitimité *a priori*, serait bonne. Ce n'est donc plus tant aux parties de convaincre le juge du bien-fondé de leur prétention pour obtenir satisfaction mais au juge de convaincre son auditoire de la rationalité et de l'opportunité de son jugement.

Cet auditoire qui va, au sens plein du terme, éprouver le jugement est constitué par cercles concentriques. Il s'agit en effet des parties à l'instance, mais aussi des personnes présentes dans la salle d'audience, mais encore des groupes sociaux sensibles à la question abordée par le juge et enfin le corps social en son entier. Ainsi, Chaim Perelman, cherchant le critère du raisonnable à propos du jugement, finit par se référer à un auditoire universel dont l'adhésion théorique au jugement permet d'affirmer son caractère juste (7). On notera que Michel Villey reprochait alors à cet auteur son sociologisme.

2 - La nécessité d'une justification, traduite dans la motivation

Mais comment obtenir l'adhésion de la partie condamnée à un tel jugement, adhésion dont dépend l'autorité de la jurisprudence ? Il y a alors nécessité d'une justi-

(5) Travaux Association H. Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, Economica, 1987.

(6) J.-G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique*, Thèse Paris II, 1977. P. Drai, *Discours à l'audience solennelle de début d'année judiciaire*, 6 janvier 1992, Documentation Française, p. 11 s., spéc. p. 18.

(7) *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Dalloz, 1979.

fication, au sens sociologique du terme (8). La justification prend comme point d'appui un mécanisme d'économie dans des échelles de valeurs hiérarchisées. Il suffit que les parties en cause se placent elles-mêmes dans une telle "économie de la grandeur" (9) pour que la soumission intervienne et que la dispute prenne fin.

Mais cela supposerait au départ une unité de valeurs partagées entre le juge et les justiciables. Il faut ainsi que le délinquant accorde la même valeur à la propriété que celle que lui accordent le législateur et le juge pour qu'il adhère à sa condamnation pour vol. Or les disputes, surtout lorsqu'elles prennent un tour pénal, tiennent souvent à une divergence profonde des valeurs auxquelles adhèrent les parties prenantes. Dès l'instant qu'intervient une jurisprudence qui a l'autorité procédurale de son côté, celle-ci risquerait de l'utiliser pour affirmer des valeurs non partagées.

La jurisprudence deviendrait alors une machine d'exclusion des justiciables non conformes. S'apparentant ainsi à ce que la terminologie marxiste désigne comme une superstructure, elle agirait comme redondance de l'exclusion sociale. Elle se limiterait à être la courroie de transmission du pouvoir politique dans "le culte des valeurs moyennes" (10).

Mais il existe une troisième voie : le jugement peut opérer le dépassement de l'opposition de valeurs entre les justiciables, entre ces derniers et le droit, grâce à sa puissance pédagogique. C'est pour instruire que le juge doit s'expliquer. Ainsi l'arrêt de principe, dans lequel s'incarne la jurisprudence normative, doit se définir avant tout comme une leçon. C'est sa clarté, sa rationalité pratique, son opportunité, qui en font la mesure, bien plus qu'une conformité formelle aux textes. Son efficacité est alors égale à celle d'un arrêt de règlement (11). C'est pourquoi la doctrine peut contribuer à constituer un arrêt de principe, en ce qu'elle développe cette rationalité dans laquelle réside sa portée (12).

La justesse des décisions de justice, l'autorité de la jurisprudence tiennent alors dans sa capacité à motiver les décisions, afin de convaincre rationnellement leurs destinataires, pour les amener à partager les valeurs incarnées par le droit objectif. C'est pour cela que le langage judiciaire doit se simplifier et se rapprocher de la langue commune (13). Les systèmes romanistes ne sont pas en la matière aussi avancés que les systèmes anglo-saxons (14), sans doute parce que l'exigence de motivation est encore perçue à travers l'impératif hiérarchique, autre système d'autorité formelle, moyen de contrôle du juge inférieur par le juge supérieur. Mais loin d'être liée à une contrainte appuyée sur une défiance à l'égard du juge inférieur, la motivation doit être analysée aujourd'hui comme un discours de rationalité pratique adressé, et aux parties et aux autres juges (15), postulant la bonne foi rationnelle des destinataires. C'est cet optimisme qui anime, par exemple, l'école de *La défense sociale nouvelle* (16). Dans ces conditions, la méthode de l'avis dissident, loin de diminuer l'autorité d'une décision, l'accroît en ce qu'elle reproduit la discussion contradictoire, armature logique et rationnelle du procès.

Cette nouvelle conception des choses implique un renouvellement de la place du juge.

(8) L. Boltanski et L. Thevenot, *De la justification*, Gallimard, 1991.

(9) L. Thevenot, *Les économies de la grandeur*, PUF, 1988.

(10) A. Bancaud, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des valeurs moyennes*, préc.

(11) F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991.

(12) Ch. Atias, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*, J.C.P. 1984, I, 3145.

(13) F.-M. Schroeder, *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, 1978.

(14) A. Touffait et A. Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, RTD civ., 1974.

(15) M.-A. Frison-Roche et Serge Borjes, préc.

(16) M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^{ème} éd., Cujas, 1981.

II - LA CONCEPTION SOCIOLOGIQUE DE LA PLACE DU JUGE

Pour que la jurisprudence soit efficace, il faut donc qu'elle soit rationnellement convaincante. Pour cela, il faut que le juge se rapproche du justiciable et entre de plein-pied dans la cité. Pour cela, il faut que le juge acquière et exerce des compétences extra-juridiques.

A - LA CONSÉCRATION D'UN JUGE DANS LA CITÉ

1 - La pertinence d'un juge impliqué dans la vie de la cité

Dans une conception dogmatique de l'office du juge, telle qu'elle fut largement introduite par le Nouveau Code de procédure civile, la jurisprudence a pour fonction de réaliser le droit objectif (17). Orientée davantage vers la loi que vers les justiciables, la justice gagne alors à être rare et chère. Elle accroît en cela son prestige. Mais si la jurisprudence, dans une conception sociologique, prend quelque distance avec le droit objectif, pour mieux jouer sa fonction sociale, alors le juge doit avant tout comprendre les situations qu'il tranche et les personnes à qui il adresse des ordres.

Pour cela, il doit sortir de ce que Maurice Aydalot, dans un discours célèbre, appela le "néolithique" et, renonçant à son superbe isolement et à sa splendide neutralité, le juge doit revenir dans une cité qui a le pouvoir d'inertie de lui résister si elle ne comprend pas ou refuse de recevoir ses décisions.

2 - La nécessité d'une justice de proximité

Le juge doit alors être partie prenante de la vie de la cité, comme le justiciable est partie prenante du procès. L'institution judiciaire, au sein de laquelle se développe la jurisprudence, hors de laquelle il ne convient pas que les disputes prospèrent (18), doit en prendre acte.

Pour cela, l'institution doit perdre de sa solennité, être accessible, cesser d'être impressionnante par tout son appareil (19), pour devenir quasiment conviviale. La carte judiciaire doit être modifiée dans cette perspective et une justice de proximité mise en œuvre. Une commission *ad hoc*, menée par J. Arthuis et H. Haenel, y réfléchit concrètement. La conscience de l'enjeu social de la jurisprudence a des effets non seulement sur le cadre institutionnel dans laquelle elle s'anime mais encore sur la formation des juges qui la font.

B - LE RENOUVELLEMENT ADÉQUAT DES FORMATIONS

1 - La spécialisation du juge

Dans cette conception des choses, l'office du juge s'alourdit considérablement, puisqu'il doit, non seulement faire application de la règle de droit adéquate, mais encore comprendre les situations et les personnes, puis se faire comprendre et convaincre une partie qu'il ne peut en réalité astreindre par la force. Il faut alors qu'il

(17) H. Motulsky, *Principes de réalisation méthodique du droit privé. Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 1991.

(18) S. Guinchard, *Le procès et les moralistes : et la justice ?*, Conférence de l'École doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit, Paris II, 28 avril 1993.

(19) A. Garapon, *L'âne portant reliques, essai sur le rituel judiciaire*, 1985, Le Centurion.

se spécialise en raison de l'hétérogénéité des situations que la jurisprudence se doit de percevoir désormais avec finesse et pertinence. De fait, on observe que les magistrats tendent aujourd'hui à se spécialiser, qui dans la matière pénale, qui dans la matière économique, qui dans la matière familiale.

2 - L'interdisciplinarité du juge

Cela n'entraîne pas un allègement de la formation requise des juges, au contraire. En effet, pour comprendre un conflit familial, le juge doit posséder les rudiments des lois psychologiques ; pour trancher un conflit au sein des sociétés, il doit connaître la comptabilité et la gestion financière ; pour apporter une solution adéquate à un litige économique, il doit avoir assimilé les théories économiques en œuvre dans le droit. Tâche bien lourde que celle du juge aux affaires familiales et du juge en charge du droit de la concurrence, par exemple...

Ainsi une reconstitution de ce qu'est ou doit être la jurisprudence à partir des conceptions sociologiques du droit n'est pas aisée à mettre en œuvre. Il n'est en outre pas acquis qu'à la supposer aisée, cette utilisation de la sociologie en jurisprudence soit souhaitable sans réserve.

III - LES EFFETS PERVERS DE L'UTILISATION DE L'OUTIL SOCIOLOGIQUE PAR LA JURISPRUDENCE

La prise en considération des destinataires de la décision, légitime en principe, ne doit pas aboutir à une inversion du raisonnement judiciaire. Cela risquerait d'opérer un transfert du pouvoir de décision du juge au corps social et de favoriser à l'excès une politique d'ajustement qui conduit à disposer de la règle de droit.

A - LA PRIMAUTÉ DES CONSÉQUENCES SUR LES CAUSES

1 - Le corps social, comme cause du jugement

Dans une logique juridique classique, sous la forme du syllogisme judiciaire, la loi, majeure du raisonnement, est la cause première du jugement, lequel, par application du droit aux faits (ces derniers constituant la mineure), en déduit la solution qui s'impose. Certes, cette logique formelle, neutre et univoque, ne correspond guère à la réalité judiciaire, dans la mesure où le juge procède plutôt dialectiquement, en prenant appui en premier lieu sur les faits pour choisir dans un second temps la règle de droit la plus apte à enfanter la solution la plus juste.

Mais chercher par définition à rendre un jugement tel que l'attendent ses destinataires et finalement le corps social, c'est inverser la cause et la conséquence. En effet, il ne s'agit d'aller au-delà du souci par le juge des conséquences de sa décision, signe d'une responsabilité morale et sociale postulant qu'on envisage les conséquences de ses actes. Il s'agit alors de se conformer à une situation sociale sur laquelle on admet n'avoir plus de prise normative. Dès lors, le social est la cause du jugement. On peut même dire qu'il en est proprement l'auteur. Il n'y a alors plus guère de différence entre jugement ordinaire et jugement juridique, ce dernier perdant sa normativité (20). La jurisprudence cesse d'être un choix et il ne peut plus y avoir de politique jurisprudentielle.

(20) L. Thevenot, *Jugements ordinaires et jugement de droit*, Annales E.S.C., nov.-déc. 1992, p. 1279 s.

2 - L'hypothèse des chantages sociaux

Cette intimité entre la jurisprudence et la société ou les groupes sociaux contient en elle-même le risque de chantages sociaux. Ainsi le droit des défaillances d'entreprise se soumet à une réalité économique et sociale qu'il n'a plus comme ambition que de suivre au mieux (21). Non seulement l'existence même de tels rapports de force n'est pas sans inconvénients, mais l'on constate qu'ils ne peuvent être exploités que par des groupes sociaux dominants, ou des professions puissantes, comme la profession bancaire par exemple, au détriment de groupes moins organisés et moins actifs. C'est alors l'égalité devant la justice qui est, sous une nouvelle forme, en cause. Ainsi la politique de la jurisprudence comme ajustement à la demande sociale ne se fait pas forcément à l'avantage de tous les justiciables.

B - LA DÉRIVE DE LA JURISPRUDENCE VERS LA LOI DE L'OFFRE ET DE LA DEMANDE

1 - La jurisprudence, comme ajustement de l'offre et de la demande

Pour apaiser les conflits, éviter les condamnations, réconcilier les ennemis, dans un rôle quasiment maternel, la jurisprudence favorise la médiation, la conciliation et autres modes alternatifs de justice informelle (22). Il n'est jusqu'au droit pénal qui ne soit soumis à cette entreprise de médiation. La justice favorise le compromis et constitue elle-même un compromis. La jurisprudence devient un mode d'ajustement, le juge offrant un service correspondant à la demande des consommateurs de jugement. Il y a ainsi un rapprochement de la méthode jurisprudentielle et des lois spontanées du marché concurrentiel. La jurisprudence s'est déliée de sa soumission à la loi juridique pour mieux s'adapter et s'aliéner à la loi du modèle économique constitué par le marché concurrentiel.

2 - L'éloignement de la jurisprudence, comme mise en œuvre de la vertu de justice

Dans une telle conception sociologique de la jurisprudence, intégrant à l'excès la dimension sociale de l'activité de juger, il se pourrait que s'opère une marginalisation de la justice comme valeur et vertu. Le droit se réduirait alors à la bonne gestion d'un "bien vivre" commun, la jurisprudence en étant l'instrument. Ce serait renouer avec un nouveau dogmatisme, sous couvert de réalisme. Il est heureux qu'il ne soit pas entièrement partagé par ceux qui font et pensent la jurisprudence.

(21) *Réalité économiques et sociales des faillites*, colloque de l'AFFIC, Paris, 17 novembre 1993.

(22) J. Cabarello, *Typologie du contentieux : de la justice formelle à l'ordre négocié*, Conférence de l'École doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit de Paris II, 17 février 1993.