



HAL
open science

Les règles de la méthode sociologique d'Emile Durkheim : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Les règles de la méthode sociologique d'Emile Durkheim : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique. *Jurisprudence. revue critique*, 2011, 2, pp.325 s. halshs-00709878

HAL Id: halshs-00709878

<https://shs.hal.science/halshs-00709878>

Submitted on 19 Jun 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les règles de la méthode sociologique d'Emile DURKHEIM : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique

Frédéric ROUVIÈRE
Professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)
Laboratoire de théorie du droit (EA 892)

Paru in *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p.329 et s.

Contre toute attente, la lecture d'Emile Durkheim peut contribuer à définir l'objet et la méthode de la recherche en droit. Cet apport est manifeste si l'attention se concentre moins sur le contenu sociologique du texte de Durkheim que sur la façon dont il pose le problème de l'autonomie de la sociologie en tant que discipline scientifique. Le but de cette contribution est de montrer que le droit peut tirer parti de cette réflexion sur l'autonomie du savoir sociologique.

Emile Durkheim and The Rules of the sociological method: methodological lessons for Legal research.

Against all odds, the reading of Emile Durkheim may help define the object and method of legal research. Durkheim's contribution is obvious if the focus is less on the sociological content of the text rather than on how he raises the issue of autonomy of sociology as a scientific discipline. The aim of this contribution is to show that Law can take advantage of this reflection on the autonomy of sociological knowledge.

1 Un curieux renversement – N'est-il pas étrange que le chercheur en droit puisse s'instruire sur la méthode de sa propre recherche en lisant un ouvrage consacré à la sociologie ? Pour saisir ce curieux renversement, il faut resituer la question dans son contexte. *Les règles de la méthode sociologique*¹ sont publiées par Emile DURKHEIM en 1894 dans la *Revue philosophique* alors qu'il est titulaire à Bordeaux de la première chaire de sciences sociales en France et qu'un an auparavant il a soutenu en Sorbonne sa thèse sur *la division du travail social*. La sociologie, qui est en train de naître théoriquement comme discipline autonome, a de quoi inquiéter les juristes : ne va-t-elle pas concurrencer leurs propres études ? En réaction à cet envahissement possible des sciences sociales naissantes (économie, sociologie,

¹ Abréviée par la suite en notes en RMS. L'édition utilisée est la suivante : E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Flammarion, Champs, 1988. L'ouvrage contient en outre une étude sur « l'instauration du raisonnement expérimental en sociologie » par J.-M. Berthelot et une courte biographie ainsi qu'une bibliographie auxquelles nous renvoyons.

psychologie...), la théorie des sources du droit va recentrer le juriste sur une recherche proprement juridique ou du moins voulue comme telle². Pourtant, le début du 21^{ème} siècle conduit à dresser un bilan pour le moins nuancé du succès d'une telle entreprise, pour rester dans l'euphémisme. Alors que la sociologie a plutôt bien réussi à s'imposer dans le paysage des sciences, le magistère du droit est ressorti affaibli dans ses tentatives de se doter d'une théorie propre et l'on connaît les tentations de se rallier à une analyse économique du droit ou une sociologie du droit. Pire, en lisant *les règles de la méthode sociologique*, on s'aperçoit que les juristes auraient pu, au tournant du 20^{ème} siècle, tirer profit des règles méthodologiques qui y sont contenues. Aujourd'hui encore ces règles peuvent servir de leçons méthodologiques propres à inspirer un renouveau de la recherche juridique (représentée par les fameuses « théories générales ») qui suscite un certain scepticisme sur leur efficacité³, leur portée⁴, ou même leur réalité⁵. C'est dire tout l'intérêt qu'il existe à montrer comment la recherche juridique pourrait s'inspirer de la méthode prônée par DURKHEIM pour que la sociologie se hisse au rang de discipline scientifique car jusqu'alors « *les sociologues se sont peu préoccupés de caractériser et de définir la méthode qu'ils appliquent à l'étude des faits sociaux* »⁶. Le renversement est donc total car, après avoir refusé de s'alimenter à la source de la sociologie, les juristes sont invités à s'inspirer de certains traits de méthode.

2 Imitation, adaptation, inspiration – Il s'agit de montrer que les juristes peuvent s'inspirer des règles de la méthode sociologique, non qu'ils doivent l'imiter ou l'adapter.

Imiter la sociologie c'est faire de la sociologie sans employer le mot. Il y aurait sans doute une étude à mener sur l'actualisation jurisprudentielle frénétique à laquelle se livrent les revues⁷. Cette façon de procéder pourrait laisser penser que si le dernier arrêt est toujours meilleur à connaître que l'arrêt qui l'a précédé c'est parce qu'il est censé mieux refléter l'opinion que se fait le juge d'une question de droit. Bref, ce procédé pourrait être interprété comme un avatar de la sociologie parce que

² Ph. Jestaz ; Chr. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, pp.139-141. C'est d'ailleurs à cette époque que paraissent les ouvrages emblématiques de la forme actuelle de la recherche juridique : Planiol est l'auteur du *Traité élémentaire de droit civil* (1899), premier ouvrage de forme dogmatique et Gény de la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), première tentative de réflexion théorique sur la nouvelle forme de la connaissance juridique.

³ S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.* 2009, pp.417-431

⁴ J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, pp.27-34.

⁵ E. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 264, 1997.

⁶ *RMS*, p.93.

⁷ Pour une critique générale du phénomène de l'inflation de l'information juridique: D. Bureau, N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », *Etudes à la mémoire du Professeur Oppetit*, Litec, 2009, p.45 et s.

ce sont les opinions et tendances d'une juridiction que l'on chercherait à saisir à travers l'actualité jurisprudentielle. Signes patents de cette tendance : la collecte des arrêts des juges du fond et l'étude des masses jurisprudentielles. Pourtant, si la jurisprudence était uniquement conçue comme un phénomène sociologique, les juristes seraient en train de plaider pour la disparition de leur propre métier. Il ne s'agit donc pas d'imiter.

Adapter *les règles de la méthode sociologique*, c'est encore renoncer à faire une recherche propre. Cet angle d'attaque rappelle celui utilisé naguère par KELSEN : adapter en droit les exigences d'empiricité et d'objectivité propres à la conception alors dominante des sciences de la nature. Le succès propre de cette entreprise a oblitéré la réflexion sur la dogmatique, cette activité des juristes qui consiste à déterminer la ou les normes applicables voire à les systématiser⁸. Or ce qu'il importe de formuler n'est pas une (énième) nouvelle méthode mais bien la méthode qui est à la base même de cette activité dogmatique. L'adaptation n'est pas cette dernière voie.

S'inspirer de l'écrit de DURKHEIM c'est essayer de comprendre en quoi sa façon de constituer l'autonomie du savoir sociologique⁹ pourrait aider à faire de même pour le savoir juridique (entendu comme savoir produit par les théories générales et considéré ici comme un synonyme de « dogmatique »). Sur bien des aspects la pensée de DURKHEIM pourrait être critiquée comme usant de façon trop rigide de la notion de causalité ou comme posant implicitement une nature ou une essence des choses. Mais l'appréciation critique de sa pensée n'est pas la matière de notre propos. Au contraire, il s'agit de savoir comment exploiter certaines de ses idées. A cet égard, les six chapitres de son ouvrage présentent une inégale importance pour notre interrogation. Les règles relatives à la distinction du normal et du pathologique¹⁰, à l'explication des faits sociaux¹¹ ou à l'administration de la preuve¹², étant fondées sur l'idée de causalité, ne peuvent instruire le juriste qui, au contraire, interprète des textes (lois et arrêts) où cette notion est sans application. Ceci dit, trois chapitres (I, II et IV) demeurent à exploiter. Ils traitent respectivement de savoir ce qu'est un fait social¹³, des règles applicables à l'observation des faits sociaux¹⁴ et relatives à la

⁸ M. Troper, *La théorie du Droit, le Droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, 2001, spéc. p.12.

⁹ RMS, p.237, en conclusion de l'ouvrage: « La sociologie n'est donc l'annexe d'aucune autre science ; elle est en elle-même une science distincte et autonome ».

¹⁰ RMS, chap. III, pp.140-168.

¹¹ RMS, chap. V, pp. 182-216.

¹² RMS, chap. VI, pp.217-232.

¹³ RMS, chap. I, pp.95-107.

¹⁴ RMS, chap. II, pp.108-139.

constitution des types sociaux¹⁵. En posant la question de savoir comment décider si un fait est social ou non, DURKHEIM se demande quel est l'objet de la sociologie avant de savoir quelle méthode lui appliquer. En fixant les règles d'observation, il détermine quel doit être le traitement de cet objet, c'est-à-dire la méthode de définition des notions dont les sociologues usent. En exposant la technique de constitution des types sociaux, il précise à propos d'un problème particulier ces règles de définition. Bref, il s'agit bien d'une méthodologie, c'est-à-dire de l'étude d'une méthode de la méthode. Autrement dit, le droit et la sociologie doivent affronter des questions similaires ce qui explique que *les règles de la méthode sociologique* puissent constituer un apport dans le double problème de l'objet et de la méthode.

I. Le problème de l'objet

3 Tout est-il juridique ? – A première vue, la sociologie n'a pas de limites propres¹⁶ et le droit non plus car toute relation est susceptible d'être régie par lui. A un tel point d'ailleurs que l'un des problèmes récurrents de la théorie du droit est de le distinguer de la morale de la même façon que la sociologie a dû affirmer qu'elle n'étudie pas la même chose que la biologie ou la psychologie. Pour poser un critère de démarcation, DURKHEIM propose de distinguer le fait sociologique de « *ceux qu'étudient les autres sciences de la nature* »¹⁷. Pour cela, il faut identifier des faits qui existent avant l'individu et en dehors de lui et qui présentent un caractère contraignant¹⁸ comme la religion, la monnaie, les pratiques professionnelles etc. Parce que ces faits ne sont ni organiques ni psychologiques, ils sont sociaux¹⁹.

A ce stade, on reconnaît sans peine le problème analogue de savoir ce qu'étudie le juriste. Si je réponds qu'il s'agit des normes, il faudra les distinguer d'autres normes (morales, sociales, linguistiques...) et dans cette voie, c'est le critère de la sanction étatique qui est le plus souvent proposé. Autrement dit, il faut identifier une classe d'éléments qui ne rentrent dans aucune autre catégorie²⁰. Ce que propose DURKHEIM est que la sociologie dispose d'un monopole pour l'étude d'un

¹⁵ RMS, chap. IV, pp.169-181.

¹⁶ RMS, p.95 : « chaque individu boit, dort mange, raisonne et la société a tout intérêt à ce que ces fonctions s'exercent régulièrement. Si donc ces faits étaient sociaux, la sociologie n'aurait pas d'objet qui lui fût propre et son domaine se confondrait avec celui de la biologie et de la psychologie ».

¹⁷ RMS, *ibidem*.

¹⁸ RMS, p.96.

¹⁹ RMS, p.97 : « ils constituent donc une espèce nouvelle et c'est à eux que doit être donnée et réservée la qualification de *sociaux* ».

certain ensemble de faits ce qui justifie alors qu'aucune autre discipline n'ait de prétention à les étudier. La première leçon à tirer du point de vue de la recherche juridique est alors que l'objet de celle-ci ne devrait pas être un ensemble de faits qui constitue le champ d'une discipline préexistante.

Cette préconisation permettrait d'exclure plusieurs séries de phénomènes. Si la recherche juridique prétend dire ce que pense réellement le juge, c'est une psychologie. Si elle prétend décrire les facteurs qui pèsent ou influencent sur la prise de décision du juge ou du législateur, elle a alors le même objet que la politique ou qu'une sociologie du pouvoir. Toujours dans la même voie, affirmer que ces facteurs résident dans un calcul des coûts et des avantages d'édicter ou de respecter la règle, c'est faire de l'économie. Si la recherche juridique s'intéresse aux discours produits sur le droit, bref au langage, elle risque de se voir objecter qu'elle a le même objet que la linguistique. Si elle prétend s'en tenir au raisonnement en tant que tel, elle a de fait le même objet que la logique formelle. Dans cette voie, le champ qui reste au juriste apparaît bien mince sinon inexistant. Ce ne peuvent être ni des comportements humains ni des représentations mentales ni les règles qui régissent la logique ou le langage même si tous ces éléments mis côte à côte appartiennent bien évidemment au contexte juridique, mais non à l'objet *proprement* juridique. D'ailleurs, les sources du droit ne contiennent normalement que la référence à la loi et la jurisprudence.

4 Les sources du droit – Les sources du droit sont censées répondre à la question de savoir ce qui est l'objet de la recherche juridique. La difficulté est qu'elles entretiennent un rapport ambigu avec tous les éléments déjà cités. Les cantonner aux textes édictés par le législateur ou par certains juges n'est-ce pas s'interdire de comprendre la raison qui les a poussés à agir de la sorte et finalement le sens du texte lui-même ?

C'est un problème analogue que DURKHEIM a dû affronter. La simple répétition d'un fait ou la présence d'une idée dans toutes les consciences individuelles sont-elles des faits sociaux ? A première vue cela semble être le cas puisque il y a une généralité du phénomène, qui s'applique à toute une série d'individus dans l'espace ou le temps. Pourtant, le critère de la généralité, bien qu'il contribue à façonner le fait social, n'est pas en lui-même le signe du fait social²¹. D'ailleurs, DURKHEIM précise bien que se contenter de la généralité pour définir un fait social c'est le confondre avec ses incarnations individuelles : ce qui importe est la forme que prennent les états collectifs²², bref la façon dont ils se cristallisent en règles, coutumes, rituels, écrits,

²⁰ RMS, pp.97-98 : « le mot social n'a de sens défini qu'à condition de désigner uniquement des phénomènes qui ne rentrent dans aucune autre des catégories déjà constituées et dénommées ».

²¹ RMS, p.100.

²² RMS, *ibidem*.

formules, institutions etc. Cette distinction permet de faire la part entre la répétition (à la source du fait) et la « *consistance* »²³ que les faits acquièrent par la suite, leur forme propre²⁴ qui les constitue en tant que faits sociaux. Ensuite, il faudra penser l'effet de ces formes sociales dans le réel, par exemple en se demandant pourquoi certains courants d'opinion conduisent de façon inégale au mariage, à la natalité, au suicide etc²⁵.

Transposons ce raisonnement dans le domaine juridique : ce n'est pas parce que la morale ou la politique contribuent à façonner les textes législatifs ou judiciaires qu'ils sont des critères de ce que la recherche juridique doit analyser. Aussi, elle doit se contenter de prendre le texte pour objet car lui seul cristallise les influences dont il a pu faire l'objet mais possède une existence désormais distincte de ces mêmes influences. Il reste alors à analyser l'effet du texte dans le réel et, par cette voie, l'on semble conduit à au moins deux possibilités. Soit c'est la réception par la société qui importe, c'est-à-dire le comportement des personnes destinataires de la norme, soit c'est la réception par les juristes eux-mêmes qui importe et en particulier, par le juge. Choisir la première branche de l'alternative, c'est clairement opter pour une analyse et une compréhension sociologique du texte en se concentrant sur les effets qu'il est censé produire dans la société (est-il ou non respecté ?). Choisir la seconde branche de l'alternative c'est considérer implicitement que le juge, tiers impartial et désintéressé, est au centre de l'analyse juridique du texte car c'est lui qui est censé l'appliquer et donc lui donner son effectivité. Très nettement, la recherche juridique a opté pour cette voie depuis le début du 20^{ème} siècle mais n'est pas parvenue à se départir de l'idée que le juge lui-même est soumis à des influences politiques, sociales ou économiques qui semblent rendre compte de façon plus réaliste de sa décision. C'est pourtant une façon paradoxale de renverser la cause et l'effet.

5 Les sources de l'application du droit – Le paradoxe est là : le juge, censé appliquer la loi, se comporterait en réalité autrement car c'est par des raisonnements d'opportunité sur les conséquences de sa décision qu'il réglerait ses choix. La loi, source du droit, n'est pas à la source de l'application du droit.

Un problème analogue a été une fois encore rencontré par DURKHEIM. Il s'agit toujours pour la sociologie naissante de distinguer l'individuel et le collectif. Les statistiques du suicide ou de la natalité ont bien une nature collective qui les rend ces

²³ Le mot est de Durkheim : RMS, p.101.

²⁴ RMS, p.101 : « [ces manières d'agir ou de penser] prennent ainsi un corps, une forme sensible qui leur est propre et constituent une réalité *sui generis*, très distincte des faits individuels qui la manifestent ».

²⁵ RMS, pp.101-102.

faits sociaux²⁶. Ce à quoi il est possible de rétorquer que néanmoins, même les manifestations privées sont sociales « *puisqu'elles reproduisent en partie un modèle collectif* »²⁷. Pourtant, comme ces manifestations privées dépendent aussi des circonstances propres de l'individu au plan matériel, biologique et psychique, elles ne sont pas en elles-mêmes sociologiques²⁸. Ainsi, c'est bien parce que le phénomène est collectif qu'il est général et non l'inverse²⁹ : un sentiment collectif d'une assemblée n'est pas simplement le point commun entre tous les sentiments individuels³⁰. Voilà où se trouve l'objet de la sociologie : dans le collectif.

Selon ces directives, il reviendrait à la recherche juridique de départir ce qui est de l'ordre du juriste en tant qu'individu plongé dans un milieu social, politique et économique et ce qui est de l'ordre juridique propre. Autrement dit, il s'agirait de distinguer les opinions individuelles des agents qui créent ou appliquent le droit de la signification juridique que peut avoir cette création ou application : il y a ce que la personne pense et il y a ce qu'elle fait juridiquement ; l'un et l'autre ne coïncident pas forcément. La possibilité de poser cette distinction pourrait justement faire comprendre que l'application du droit est un acte qui implique de nombreux facteurs (politiques, économiques, sociologiques) mais que le juriste retient parmi eux ceux qui relèvent strictement de son objet. C'est exactement ce que fait DURKHEIM lorsqu'il distingue les conditions du phénomène sociologique (conditions matérielles, psychologiques et psychiques) et le phénomène sociologique lui-même. Et ce dernier ne reproduit, selon l'auteur, « *qu'en partie* » le collectif. Dans un même élément, il faut être apte à sélectionner ce qui va réellement faire l'objet de l'application de la méthode.

6 Des idées ou des faits ? – Il faut se garder toutefois de conférer à ces quelques remarques une portée absolue. En effet, la notion de « fait social » est plutôt équivoque car le fait dont traite DURKHEIM résulte d'une sélection opérée dans la réalité, si bien qu'on ne sait pas vraiment si l'objet de la sociologie sont des faits bruts³¹ ou une certaine idée de ces faits (le caractère collectif). Bref, même l'objet de la

²⁶ RMS, p.102 : « Comme chacun de ces faits comprend tous les cas particuliers indistinctement, les circonstances individuelles qui peuvent avoir quelque part dans la production du phénomène s'y neutralisent mutuellement et, par suite, ne contribuent pas à le déterminer ».

²⁷ RMS, *ibidem*.

²⁸ RMS, *ibidem*.

²⁹ RMS, p.103 : « [le phénomène] est dans chaque partie parce qu'il est dans le tout, loin qu'il soit dans le tout parce qu'il est dans les parties ».

³⁰ RMS, *ibidem*.

³¹ Epistémologiquement, on peut remarquer que la notion de « fait brut » est très problématique : existe-t-il vraiment des éléments de la réalité qui sont perçus indépendamment de toute idée ou représentation ? Mais c'est un autre débat, de plus grande portée.

sociologie dépend d'une élaboration théorique. Ce qui importe ici n'est pas de critiquer cet aspect mais de le rendre conscient dans l'analyse. D'ailleurs, le fait social doit lui-même être défini et ne sera appréhendé que par ce prisme : « *est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure* »³².

Ce qui est troublant c'est que le critère de la contrainte est également celui de la règle de droit. La différence se situe dans le fait que DURKHEIM vise une contrainte réelle (effective) tandis que celle de la règle de droit n'est que potentielle. Toutes les règles ne sont pas effectivement appliquées et cela n'est pas forcément pathologique. Le législateur a pu, par exemple, réglementer un contrat qui n'est presque jamais ou rarement utilisé dans la pratique. Dans le même ordre d'idée, les juristes préfèrent volontiers dire qu'ils étudient des règles ou des normes plutôt que des textes. Mais parler de règles ou normes, c'est déjà s'engager dans une théorisation poussée de l'objet. Pourtant, se limiter au concept de « texte » émanant de sources (critère organique du parlement et de la juridiction) suffit à isoler un objet pour la recherche juridique. Certains rétorqueront peut-être que c'est justement insuffisant. Mais à y regarder de plus près, se donner comme objet les normes (entendues ici comme les significations d'un acte de volonté) c'est déjà appliquer une méthode à un objet car comment connaître les normes sans support matériel, autrement dit sans texte ? Si la volonté ne s'extériorise pas dans un support durable elle ne pourra être objet d'une analyse durable et sa circulation même (nécessaire pour constituer un savoir) serait problématique. Ce n'est pas un hasard, si, depuis Rome, l'écrit n'a fait que progresser : qu'on songe au seul exemple du *corpus iuris civilis* et de son influence. Ainsi, la recherche juridique a sans doute réussi à délimiter son objet mais à la différence de la sociologie sa méthode demeure largement indéterminée et c'est sur ce point que la lecture de DURKHEIM est certainement la plus profitable.

II. Le problème de la méthode

7 « **Considérer les faits comme des choses** » – Cet apophtegme est le plus connu de DURKHEIM et nous n'en ferons pas un nouveau commentaire général. Ce qu'il importe de souligner est que cette maxime doit permettre à la sociologie de passer des images et des concepts grossiers au savoir scientifiquement constitué³³. La clé de ce passage réside bien dans la méthode. Or si la recherche juridique peut isoler

³² RMS, p.107.

³³ RMS, p.108, *adde*, même page : « C'est que, en effet, la réflexion est antérieure à la science qui ne fait que s'en servir avec plus de méthode ».

un objet propre, sa méthode propre n'a pu être identifiée de la même façon ce qui rend les préceptes développés à ce sujet d'autant plus intéressants. Ici, l'alternative entre les faits et les idées est tranchée : l'objet exclusif de la sociologie doit être empirique et factuel, voilà ce que veut dire « *considérer les faits sociaux comme des choses* ». Il s'agit d'appliquer une méthode à un matériau empirique et non à une idée³⁴. Cette façon de procéder devrait conduire à considérer que la recherche a pour objet des textes (élément empirique composé d'une suite de signes linguistiques) et non des normes qui sont des significations et donc des éléments non factuels, non perceptibles directement par les sens mais relevant au contraire de l'intelligible (en tant que propriété d'un objet *de pensée*)³⁵. Dans cette optique, le véritable sens de la méthode va consister à se demander comment attribuer une signification aux textes ce qui suppose de caractériser le rapport entre le fait (social ou textuel) et la signification de celui-ci.

Le fait (objet de la recherche) est-il là pour confirmer l'idée ? Selon DURKHEIM, procéder de la sorte, ce n'est pas faire de la science³⁶, cette méthode ne peut donner des résultats objectifs³⁷ car elle se fonde sur des représentations communes, « *produits de l'expérience vulgaire* »³⁸ et qui n'ont d'autre avantage que d'être utiles pour nous repérer dans le monde. Pire, ces notions sont approximatives car justes seulement dans la généralité de cas : elles sont dès lors plus un obstacle qu'une aide à la connaissance de la réalité (les faits sociaux)³⁹.

Ces quelques remarques semblent suffire pour condamner sévèrement le procédé de la dogmatique juridique dont les théories générales sont censées être confirmées par les arrêts qui en seraient des applications ou des contre-épreuves. La formule doctrinale de la « thèse consacrée par la jurisprudence » est récurrente et témoigne bien d'une règle de méthode aux antipodes de celle préconisée par DURKHEIM. Il est même cruel de constater à quel point les mises en garde critiques de DURKHEIM sont présentes jusqu'au moindre détail : les théories générales présentent bien « *une justesse pratique que d'une manière approximative et seulement dans la généralité*

³⁴ RMS, pp.108-109.

³⁵ Bien sûr, rien n'interdit de considérer que la signification est dans les choses ou que la signification est elle-même une chose. Mais cette question philosophique demanderait à être traitée à part entière. Encore, rappelons que nous ne proposons ici rien de définitif mais seulement quelques pistes dont la recherche juridique pourrait s'inspirer ; bref des problèmes plutôt que des réponses.

³⁶ RMS, p.109 : « On peut faire appel aux faits pour confirmer ces notions ou les conclusions qu'on en tire. Mais les faits n'interviennent alors que secondairement, à titre d'exemples ou de preuves confirmatoires ; ils ne sont pas l'objet de la science. Celle-ci va des idées aux choses, non des choses aux idées ».

³⁷ RMS, *ibidem*.

³⁸ RMS, *ibidem*.

³⁹ RMS, *ibidem*.

des cas »⁴⁰. En effet, les arrêts jugés « dissidents » sont souvent passés sous silence dans la présentation du droit positif⁴¹ ou présentés comme des exceptions, ce qui est bien l'aveu que la théorie n'est valable que dans la généralité des cas.

Or tel était bien le reproche fait aux débuts de la sociologie : elle a traité les concepts et non les choses⁴². Prendre l'idée pour matière première c'est se condamner à traiter de simples vues de l'esprit⁴³. En raisonnant de cette façon, on ne fait pas une recherche proprement sociologique parce qu'on substitue d'emblée nos idées à la réalité et du coup, on s'interdit de la connaître⁴⁴. Aller des idées aux choses c'est feindre d'être empirique et confondre les faits avec des arguments⁴⁵. La conclusion est sans appel : « *la méthode voudrait donc que l'on s'interdît tout usage de ces concepts, tant qu'ils ne sont pas scientifiquement constitués* »⁴⁶. Autrement dit, les concepts ne doivent pas être confirmés par les faits : au contraire, les concepts doivent être élaborés à partir des faits. L'idée n'est pas le point de départ mais le point d'arrivée.

8 Constitution scientifique des concepts – La constitution scientifique des concepts est pour DURKHEIM une façon de neutraliser l'usage abusif de certaines idées générales comme l'Etat, la souveraineté, la liberté politique, la démocratie etc⁴⁷. C'est aussi une façon de se départir de la morale qui est le développement d'une idée initiale et dont le discours n'est que l'exposition plus détaillée de son contenu⁴⁸. Les économistes procèdent selon lui de la même façon en étudiant ce qui doit être : leurs lois ne sont que des maximes d'actions déguisées⁴⁹. Aussi, de la même façon que la physique prend pour objet les corps dans le réel et non l'idée que s'en fait le vulgaire, le sociologue doit considérer prioritairement le fait et secondement en donner le

⁴⁰ RMS, *ibidem*.

⁴¹ Pour une série d'exemples de l'utilisation doctrinale du silence, v. M. Boudot, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse, Aix-en-Provence, 1999, n°180-191, pp.288-303.

⁴² RMS, p.112.

⁴³ RMS, pp.113-114 : « Puisque, d'ailleurs, on ne conçoit pas que l'évolution sociale puisse être autre chose que le développement de quelque idée humaine, il paraît tout naturel de la définir par l'idée que s'en font les hommes. Or, en procédant ainsi, non seulement on reste dans l'idéologie, mais on donne comme objet à la sociologie un concept qui n'a rien de proprement sociologique ».

⁴⁴ RMS, p.115 : « C'est donc encore une certaine manière de concevoir la réalité sociale qui se substitue à cette réalité ».

⁴⁵ RMS, *ibidem* : « Aussi, quoiqu'il [Spencer] affecte de procéder empiriquement, comme les faits accumulés dans sa sociologie sont employés à illustrer des analyses de notions plutôt qu'à décrire et à expliquer des choses, ils semblent bien n'être là que pour faire figure d'arguments ».

⁴⁶ RMS, *ibidem*.

⁴⁷ RMS, *ibidem*.

⁴⁸ RMS, p.116.

⁴⁹ RMS, p.119.

concept adéquat⁵⁰. L'objet est bien un point de départ et le concept un point d'arrivée⁵¹. Il faut alors reconnaître que les concepts ne sont pas donnés immédiatement mais bien constitués *a posteriori*⁵².

Ces considérations invitent à la réflexion sur la façon dont les théories censées rendre compte du droit positif sont élaborées. Si leur pertinence est jugée à leur capacité à retrouver au sein des lois et arrêts des formules doctrinales, il est clair ce procédé est étranger à la constitution scientifique des concepts dont parle DURKHEIM. En opérant de la sorte, le juriste se comporte comme si les faits pouvaient présenter en eux-mêmes leur propre principe d'organisation, bref comme si la lecture du contenu des arrêts suffisait à ordonner le phénomène légal ou jurisprudentiel. C'est là le développement d'une idée initiale dans toutes ses dimensions, bref ce que DURKHEIM a qualifié de morale. Pire, la méthode juridique dogmatique en vigueur semble une fois encore concentrer tous les défauts dénoncés : elle prend comme objet d'analyse la motivation de l'arrêt (donc des idées) plus qu'elle ne considère le cas qui y est relaté (les faits). De même, ces idées correspondent à celles des juges et ne résultent pas d'une constitution scientifique. Bref, il manque une théorie de la recherche juridique qui explique comment les juristes doivent élaborer leurs concepts, voilà au fond ce que souligne le rapprochement avec l'ouvrage de DURKHEIM.

9 Directives pour la constitution des concepts – Après avoir montré la nécessité de la constitution scientifiques des concepts, *les règles de la méthode sociologique* proposent d'exposer trois corollaires, en réalité des directives pour cette constitution. La première directive (a) consiste à écarter toutes les prénotions⁵³. Par exemple, le sentiment religieux n'est certainement pas un préalable à l'étude de la religion, contrairement à ce que certains ont pu professer⁵⁴. La deuxième directive (b) consiste à définir les choses étudiées, bref à exprimer le concept qui y correspond⁵⁵. Par exemple, pour étudier la famille, il faut d'abord isoler un agrégat de fait puis les

⁵⁰ RMS, p.117.

⁵¹ RMS, p.120 : « Traiter des phénomènes comme des choses, c'est les traiter en qualité de *data* qui constituent le point de départ de la science »

⁵² RMS, p.121 : « Il est possible que la vie sociale ne soit que le développement de certaines notions ; mais, à supposer que cela soit, ces notions ne sont pas données immédiatement. On ne peut donc les atteindre directement, mais seulement à travers la réalité phénoménale qui les exprime ».

⁵³ RMS, p.125 : « Il faut donc que le sociologue, soit au moment où il détermine l'objet de ses recherches, soit dans le cours de ses démonstrations, s'interdise résolument l'emploi de ces concepts qui se sont formés en dehors de la science et pour des besoins qui n'ont rien de scientifique ».

⁵⁴ RMS, p.126.

⁵⁵ RMS, p.127.

conceptualiser⁵⁶. Sans cette précaution, on ne pourra contrôler si la théorie rend bien compte des faits qu'elle prend pour objet⁵⁷. Au fond, les concepts doivent être strictement appropriés à ce qu'il s'agit d'étudier⁵⁸ et exprimer l'objet de façon adéquate⁵⁹. La troisième directive (c) consiste à définir en usant de critères objectifs qui serviront de points de repères constants et identiques et permettront d'éliminer le variable et le subjectif⁶⁰. C'est d'ailleurs à ce prix qu'ils seront proprement sociologiques.

Si la recherche juridique suivait ces directives, que pourrait-il en résulter ?

a) Ecarter toutes les prénotions c'est donner un sens fort à la thèse de l'autonomie du langage juridique. Même si le législateur emploie des mots tirés du sens commun (erreur, obligation, meuble, intérêt etc.), leur signification courante (celle fournie par un dictionnaire classique) ne doit pas s'imposer sans autre forme d'examen. Au contraire, il faut dès le début s'efforcer de constituer des concepts qui rendent compte *juridiquement* du sens des textes à étudier. Un exemple permet de le comprendre : l'erreur admise en droit pour annuler les contrats ne correspond pas à la simple ignorance ou représentation contraire à la réalité qui consiste à tenir pour vrai ce qui est faux comme le mentionnent les dictionnaires. Sur la base d'une telle définition, tous les contrats seraient annulables. Le législateur a ajouté l'exigence d'une erreur sur la substance, terme qui une fois encore ne peut se définir comme ce qu'il y a d'essentiel ou ce qui constitue le contenu ou la matière d'une chose. En effet, ces termes en eux-mêmes n'éclairent pas sur le champ d'application de l'erreur dans la mesure où les preuves à apporter devant le juge ne sont pas clairement identifiées. Bref, le seul approfondissement étymologique ou linguistique, s'il permet de saisir la signification du texte ne fournit pas le concept qui correspond à la catégorie mentionnée, ici celle d'erreur. Il apparaît alors légitime d'écarter les prénotions pour préciser le sens des termes juridiques.

b) Définir les choses étudiées est alors l'exigence véritable mais elle suppose de posséder une théorie de la définition qui, il faut l'avouer, fait défaut dans la théorie du droit actuelle. Définir la définition est une entreprise redoutable et le célèbre *Vocabulaire juridique* n'échappe pas à cette difficulté que Gérard CORNU expose

⁵⁶ RMS, p.129.

⁵⁷ RMS, p.128.

⁵⁸ RMS, p.130 : « Ce qu'il faut, c'est constituer de toutes pièces des concepts nouveaux, appropriés aux besoins de la science et exprimés à l'aide d'une terminologie spéciale. Ce n'est pas, sans doute, que le concept vulgaire soit inutile au savant ; il sert d'indicateur »

⁵⁹ RMS, p.136 : « Elle a besoin de concepts qui expriment adéquatement les choses, telles qu'elles sont, non telles qu'il est utile à la pratique de les concevoir. Or ceux qui se sont constitués en dehors de son action ne répondent pas à cette condition ».

⁶⁰ RMS, p.137.

dans sa préface, justement à propos de l'exemple des vices du consentement. Ainsi, selon l'auteur, il ne serait pas possible de définir la violence sans préciser qu'elle est un vice du consentement cause de nullité relative du contrat⁶¹. Mais rigoureusement, une telle définition de la définition n'est pas recevable. La nullité étant une conséquence (ou effet) de la qualification de violence elle n'apporte rien à la précision du concept de violence en lui-même. De même, dire que la violence est un vice du consentement n'est utile que si l'on dispose d'une définition exacte de la notion de « consentement » et de « vice », ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. De surcroît, la catégorie de violence est définie par le *Vocabulaire juridique* lui-même au moyen de synonymes et donc comme une « *contrainte exercée sur une personne pour la réduire à passer un acte* ». Les précisions relatives aux vices du consentement et à la nullité relative sont certes pédagogiquement excellentes pour situer le concept dans son contexte mais elles ne répondent pas à une exigence rigoureuse dans l'identification de la signification de « violence ». Pour disposer d'une définition rigoureuse, il faudrait être capable de définir ce qu'on entend par « contrainte » et se demander au fond si celle-ci est différente de la notion de faute ou délit civil au sens de l'article 1382 du Code civil. A supposer que la violence ne soit d'une forme de faute, le véritable critère de distinction tient moins au fait qu'elle soit une contrainte mais au fait que cette faute aboutisse à la conclusion d'un acte juridique, autrement dit qu'une faute délictuelle cause comme dommage spécifique la conclusion d'un contrat. D'ailleurs, on peut même remarquer que ce rapprochement (romain) entre la faute et la violence justifie la nullité du contrat à titre de réparation et sans que le concept de nullité ne soit intervenu pour définir la catégorie de « violence ». Dans cette perspective, la référence faite par le *Vocabulaire juridique* aux vices du consentement ou à la nullité ont pour réelle fonction de faire comprendre au lecteur la façon dont le terme est employé dans une communauté linguistique donnée (ici la communauté juridique) mais non de fournir une définition scientifique des concepts, qui apparaît alors bel et bien comme le véritable objet de la recherche juridique dogmatique.

c) User de critères objectifs qui fournissent à la définition sa stabilité est déjà intrinsèquement lié à une réflexion sur une définition de la définition. En effet, il ne s'agit pas de fournir des simples définitions conventionnelles du type « par violence on entend tout acte qui exerce une contrainte ». Ces définitions conventionnelles, si elles sont excellentes à titre d'hypothèse, ne peuvent remplir la fonction que DURKHEIM assigne aux définitions, à savoir rendre compte de leur objet. Or l'objet ici visé par la catégorie de violence ce sont justement tous les faits que le législateur ou les juges ont rangé sous cette catégorie ou du moins ont prétendu ranger sous cette catégorie.

⁶¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, quadrige dicopoches, 8^{ème} éd., 2007, préface, p.XI.

Ainsi la définition sera rigoureuse et stable si elle rend compte d'un ensemble de faits qui peuvent être unifiés sous elle et par conséquent justifier l'annulation relative du contrat. Dans cette voie, une nouvelle difficulté fait jour : la seule présence du terme « violence » dans un jugement ne signifie pas nécessairement que le concept de violence est mobilisé dans le raisonnement et, inversement, l'absence du terme ne veut pas nécessairement dire que le concept est absent ! On retrouve ce point dans la substitution de motifs qu'opère parfois la Cour de cassation comme le permet le Code de procédure civile⁶² : peu importe que les juges aient usé du mot de « violence » s'ils ont parfaitement appliqué le concept d'erreur pour justifier l'annulation du contrat. Peu importe également que les juges aient reconnu à tort l'existence d'une violence si les faits peuvent être qualifiés d'erreur par la Cour de cassation. Autrement dit, peu importent les termes, le tout est que le concept qui justifie le résultat demandé (ici la nullité relative) trouve bien à s'appliquer. Pour résumer, c'est la possibilité de se référer à des critères objectifs et stables qui permet de conférer à une qualification son unité et sa cohérence dans ses mises en œuvre successives car c'est toujours un même concept qui sera visé.

L'ensemble de ces directives rappellent finalement des exigences dont la communauté juridique a déjà conscience : les définitions et les théories doivent se distinguer de leur objet, correspondre à des critères objectifs (au sens propre : issus seulement de l'objet à analyser) qui rendent compte de façon cohérente de l'ensemble de l'application des qualifications juridiques (le droit positif). C'est là le rôle que la doctrine s'est elle-même assigné mais dont le statut théorique demeure encore largement impensé.

10 Directives pour la constitution des types – En guise d'illustration de ses directives sur l'observation des faits sociaux qui appelle des définitions rigoureuses, DURKHEIM traite dans un chapitre des « *règles relatives à la constitution des types sociaux* »⁶³ où il détaille la façon concrète comment définir les catégories sociales (par exemple, la différence entre horde, clan, cité...). Pour cela, l'étude commence avec une recherche empirique de tous les faits à comparer entre eux, en les examinant chacun dans ce qu'il a de particulier⁶⁴. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut ensuite s'élever au général⁶⁵. Pour éviter d'être submergé par la quantité des faits à

⁶² CPC, art. 620 al. 1 : « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ».

⁶³ RMS, pp.169-181.

⁶⁴ RMS, p.171

⁶⁵ RMS, *ibidem* : « N'est-ce pas une règle de ne s'élever au général qu'après avoir observé le particulier et tout le particulier ? ».

examiner, il ne faut sélectionner que les faits décisifs ou cruciaux⁶⁶ qui aideront à la constitution des types qui sont des points de repères qui permettent de classer les faits à venir⁶⁷. Le but est de parvenir à des types simples (indécomposables) qui seront aisés à manier et guideront les futures analyses⁶⁸, bref de parvenir à des types analogues à ceux qui existent en biologie⁶⁹.

Ces développements ne font pas autre chose que spécifier les règles applicables pour la constitution de concepts particuliers, plus précisément pour répondre au besoin de classification. Ce problème a déjà fait l'objet d'une remarquable étude dans le domaine juridique⁷⁰ mais ses préconisations ne semblent pas avoir influencé durablement la façon de concevoir l'élaboration des théories générales. En effet, la notion de classification peut se ramener en définitive à une définition des définitions, autrement dit à la question de leur insertion dans un complexe de concepts plus vaste. A cet égard, la seule lecture de PLANIOL est très significative sur ce point. L'auteur discute notamment de la personnalité morale, de la distinction des droits réels et personnels, de l'unité de la faute ou de la responsabilité⁷¹. Ces théories synthétisent un ensemble plus vaste de concepts qui rend ainsi la matière juridique plus aisée à manier pour sa connaissance et finalement pour son application. On retrouve ici par analogie la question de la constitution des types sociaux voire biologiques.

La difficulté juridique propre est que ces théories ne peuvent être utiles que si elles reposent elles-mêmes sur des concepts qui unifient l'ensemble des faits visés par une catégorie. Ainsi, pour rester sur l'exemple de la violence, il faudrait, à compter de 1804 (promulgation du Code civil) recenser l'intégralité des applications qui ont été effectuées pour tenter d'en donner une définition unitaire. La tâche est si grande au regard du bénéfice escompté qu'il est bien évident qu'elle ne sera sans doute jamais menée à bien. C'est pourquoi DURKHEIM préconise de s'en tenir, comme en sciences, aux faits cruciaux et décisifs. Cela voudrait dire que la recherche juridique n'aurait à la rigueur besoin que de quelques exemples soigneusement choisis pour créer ses concepts. Mais comment les choisir ? Il y aurait bien sûr les hypothèses

⁶⁶ RMS, p.172.

⁶⁷ RMS, p.173 : à propos de la classification : « Son rôle est de nous mettre en mains des points de repère auxquels nous puissions rattacher d'autres observations que celles qui nous ont fourni ces points de repère eux-mêmes. Mais, pour cela, il faut qu'elle soit faite, non d'après un inventaire complet de tous les caractères individuels, mais d'après un petit nombre d'entre eux, soigneusement choisis ».

⁶⁸ RMS, pp.174-175.

⁶⁹ RMS, p.180.

⁷⁰ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, pp.25-43.

⁷¹ Ph. Rémy, « Planiol, un civiliste à la belle-époque », *RTD civ.* 2002, n°26-30, pp.43-45.

typiques, centrales et indiscutables, ces exemples que l'on donne au profane pour lui faire intuitivement comprendre de quoi traite le concept en question. Ainsi, pour le cas de violence, l'exemple d'un futur marié qui se présenterait devant le maire couverts d'ecchymoses. Mais ce qui rend l'analyse difficile, ce sont les cas-limites, c'est-à-dire ceux qui se situent à la frontière des critères d'une catégorie. En les excluant ou les admettant dans la catégorie, les juges prennent implicitement parti sur une définition que la recherche juridique se doit de formuler de façon explicite. C'est ainsi que le fait d'admettre en jurisprudence comme cas de violence le harcèlement sexuel, la contrainte économique ou la menace d'une voie de droit conduit à se demander ce que ces hypothèses de fait (à examiner dans le détail) ont en commun d'un point de vue conceptuel. A cet égard le critère de la contrainte est suffisamment vague pour tous les englober mais trop peu précis pour argumenter sur ce qui décide de l'entrée de tel fait sous la catégorie de violence. Or c'est bien le critère conceptuel qui permet d'orienter la recherche vers le fait censé l'exemplifier, bref vers le fait apportant la preuve de l'existence d'une violence au sens juridique (la signification conceptuelle juridique du terme « violence »). Si cet objectif est bien celui que la recherche juridique semble s'être assigné au moins depuis le tournant du 20^{ème} siècle, il reste que la confrontation avec l'écrit de DURKHEIM fait saillir l'absence d'un dispositif théorique méthodologique comparable dans le domaine juridique.

11 Vers des règles de la méthode juridique ? – Ce rapide parallèle entre *les règles de la méthode sociologique* et la recherche juridique n'avait pour autre but que de suggérer l'intérêt que les juristes pourraient tirer d'un manifeste qui en serait le pendant, « des règles de la méthode juridique ». Ne serait-il pas heureux de conclure un jour comme DURKHEIM, et sans pétition de principe, qu' « *indépendante de toute philosophie* »⁷², « *notre méthode est objective* »⁷³ et « *exclusivement [juridique]* »⁷⁴ ?

Bien entendu, il ne saurait être question de transposer toutes les règles énoncées par DURKHEIM sans autre forme de réflexion. Bien entendu, le texte même de DURKHEIM peut être soumis à la critique et être amendé sur de nombreux points. Bien entendu, ces quelques remarques n'ont jamais visé à jeter les bases d'une future méthode juridique. Mais l'essentiel est ailleurs : il s'agissait avant tout de soutenir et promouvoir l'idée d'une recherche sur la recherche juridique. Certains l'appelleront épistémologie, d'autres méthodologie mais à nos yeux le plus important est que la recherche juridique (telle qu'elle se pratique à travers les descriptions du droit positif) ne renonce pas à se doter dans les décennies à venir d'un statut théorique clairement identifiable. Sans cela, comment pourrait-elle revendiquer une

⁷² RMS, p.233.

⁷³ RMS, p.235.

⁷⁴ RMS, p.236 ; le texte original mentionne bien sûr « exclusivement sociologique ».

quelconque légitimité à exister aux côtés de ses sœurs cadettes que sont la sociologie, l'économie ou la politique et qui se disputent le droit d'aînesse dans l'appréhension de la matière juridique ?