

À propos des Études de sociologie du droit et de l'éthique
**Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*,
Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, xix + 327 p., ISBN
2-89400-070-7**

Jean Rhéaume

Volume 29, Number 1, December 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035697ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035697ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Rhéaume, J. (1998). Review of [À propos des Études de sociologie du droit et de l'éthique / Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, xix + 327 p., ISBN 2-89400-070-7]. *Revue générale de droit*, 29(1), 101–106. <https://doi.org/10.7202/1035697ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1998

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

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



This article is disseminated and preserved by Érudit.

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

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

À propos des Études de sociologie du droit et de l'éthique

JEAN RHÉAUME
Avocat, Ottawa

Guy ROCHER,
Études de sociologie du droit et de l'éthique,
Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, xix + 327 p.
ISBN 2-89400-070-7

Dans ce recueil de textes déjà tous publiés, le professeur Guy Rocher présente l'un des rares ouvrages québécois en sociologie du droit. Nous allons tenter d'en résumer les grandes lignes puis d'en évaluer l'ensemble.

La première partie, intitulée *Le droit dans la société contemporaine*, regroupe six chapitres.

Le premier, sous le titre *L'emprise croissante du droit*, souligne une double mutation du droit contemporain, soit « l'explosion » du droit public et une extension des droits de la personne, toutes deux dues à une intervention accrue de l'État. En suggérant que le droit a tendance à remplacer la morale dans une société laïcisée, marquée par le pluralisme moral¹, le professeur Rocher laisse toutefois entendre que le rôle de l'État moderne n'est pas le seul responsable de cette « mutation du droit contemporain ».

Dans un long chapitre 2 d'abord publié en 1986, l'auteur jette un regard sociologique sur le droit canadien en révisant une série d'études juridiques préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. Avant de préciser ce qu'il appelle les « grands traits de cette vision de la société que porte le droit, et de ses contradictions » (p. 47) — soit une société capitaliste, soucieuse de protéger à la fois les intérêts individuels et collectifs, souffrant d'une vision atomisée, qui promeut une démocratie représentative et égalitaire, la responsabilité... (pp. 47-63) —, il rappelle les sources de la sociologie du droit.

À cet égard, il introduit d'abord les trois critiques principales de l'état du droit, à savoir celles de Marx et Engels, de Weber et de Durkheim (pp. 23-37). Puis il décrit brièvement les quatre « principaux postulats d'une sociologie du droit »² et les trois « conceptions majeures du droit qui sous-tendent les études

1. P. 8; voir aussi pp. xi et 10.

2. Pp. 30-31. Ce sont:
— la relativité du droit;
— l'autonomie et la dépendance du droit;
— l'analyse interne et l'analyse externe du droit; et
— la fonction critique de l'analyse externe.

sociologiques du droit »³. Ensuite, il distingue « trois temps du droit » : « l'élaboration du droit, le droit tel qu'il est élaboré (ce qu'on peut appeler le droit écrit, ou droit positif), et l'application, ou la mise en œuvre du droit » (p. 33), une distinction qui deviendra importante lorsque, commentant les travaux de la Commission, il les évaluera comme faibles concernant l'élaboration du droit, et forts en ce qui a trait aux deux autres moments (p. 41). Enfin, il aborde le droit comme valeur sociale et son rattachement à des valeurs fortes comme la justice, l'égalité, la rationalité et l'ordre social (pp. 41-46).

Au chapitre 3, l'auteur examine *les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes*. Il avance la thèse que le libéralisme des XVII^e et XVIII^e siècles a penché vers l'individualisme au XIX^e siècle à cause des « conceptions utilitariste, positiviste et scientiste du droit, par conséquence par le rejet de toute référence à un méta-droit » (p. 71). Selon lui, « le libéralisme du XVIII^e siècle, le nationalisme et le socialisme du XIX^e siècle et l'existentialisme du XX^e ont convergé pour inspirer les différentes chartes des droits et libertés, internationale et nationale, qui ont été élaborées au cours des quarante dernières années » (p. 76), oubliant ainsi de mentionner l'apport non négligeable du droit naturel et de la tradition judéo-chrétienne à cette élaboration.

Le chapitre suivant, sur *les sociétés technologiques, la culture et le droit*, souligne avec justesse que « la technologie et le droit ont en commun d'être tous les deux un discours régulateur, un discours fait de normes et de règles à observer, qui s'imposent par des décisions que l'on peut appeler « professionnelles » (p. 95) et que « le droit et la technologie valorisent l'un et l'autre la rationalité et l'efficacité » (p. 96).

Dans le très bref cinquième chapitre, le professeur Rocher touche sommairement au problème des *tensions et complémentarité entre droits individuels et collectifs*. Sa remarque, à l'effet que « l'accent mis sur la personne, ses droits et ses libertés, est un grand acquis de la civilisation » alors que « le "barbare" n'a de respect ni pour la vie ni pour les biens des personnes » (p. 100), laisse le lecteur pour le moins songeur sur le degré de civilisation atteint par la société actuelle lorsqu'il considère les aberrations et crimes commis et encore en train d'être commis en ce siècle qui achève.

Dans le dernier chapitre de cette partie, l'auteur effleure le rôle du droit dans une démocratie, indiquant par exemple qu'il « peut être à la fois répressif et libérateur, producteur d'inégalités et inspiré du désir d'égalité, dépersonnalisant du sujet de droit et dispensateur des droits de la personne [...] profondément conservateur et même réactionnaire dans sa conception de la société et de la personne et quand même constamment ouvert au changement et même à certains égards avant-gardiste » (pp. 111-112).

La deuxième et plus longue partie, intitulée *les sociologies du droit*, comprend les cinq chapitres suivants.

Dans le chapitre 7, le professeur Rocher explique d'abord qu'un sociologue préfère la notion d'« ordre juridique » à celle de « droit [positif, étatique] » parce que la sociologie s'intéresse moins au discours normatif qu'au « discours juridique dans tout le contexte des appareils ou des agents qui le créent, l'interprète-

3. Pp. 31-33 : ce sont la conception régulatrice du droit pour la sociologie fonctionnaliste ou structuro-fonctionnaliste, la conception du « droit comme institution répressive » pour la sociologie marxiste et certains sociologues du droit pénal et le « droit comme expression idéologique » dans les perspectives idéaliste et matérialiste (radicale).

tent et l'appliquent »⁴. Bien sûr, il existe aussi quelques juristes pour ainsi dire minoritaires, comme Santi Romano⁵, pour qui la notion de droit englobe bien davantage que l'ensemble des normes du droit positif.

D'un point de vue sémantique, il convient donc de parler de la « sociologie du droit » lorsque l'on vise avant tout le droit positif ou « étatique », et de « sociologie juridique » lorsque l'on considère non seulement le droit positif mais « une grande variété de situations empiriques que ni les juristes ni les sociologues n'ont jusqu'à présent appréhendées comme présentant des caractéristiques analogues à celles de l'ordre juridique étatique » (p. 137).

Au chapitre 8, l'auteur nous présente la conception d'une « société libre et démocratique » d'Alexis de Tocqueville, et particulièrement la manière dont ce dernier, suivant le modèle analytique de Montesquieu (p. 157), a étudié l'influence du droit et de la moralité individuelle et publique⁶ pour favoriser l'éclosion et le maintien de la société démocratique. Résumant l'apport de Tocqueville à la sociologie du droit, il mentionne notamment qu'« une démocratie peut engendrer la fameuse “tyrannie de la majorité” qu'il fut le premier à dénoncer; elle peut aussi être victime d'un excès de pouvoir d'un État omniprésent, favorisé par l'égoïsme, l'individualisme, le manque de souci civique des citoyens et leur désintérêt des affaires publiques » (p. 173).

Le long chapitre 9 porte sur la « notion pluraliste du droit » de Talcott Parsons⁷ et sur sa sociologie du droit. En bref, cette dernière, inspirée de Roscoe Pound et Max Weber, rattache le droit à la grande famille des « mécanismes de contrôle social » (p. 184), et définit le rôle du droit comme « institution intégrative typique des sociétés démocratiques contemporaines » (p. 191).

Aussi long que le précédent, le chapitre 10 résume *la réception de l'œuvre de Max Weber dans la sociologie et la sociologie du droit aux États-Unis*. Le professeur Rocher nous y enseigne que, même si « Pound n'a pas accordé à Weber plus que quelques pages » (p. 219) en un demi-siècle de travail, d'autres courants de pensée — en particulier le « réalisme juridique » (*legal realism*), l'évolutionnisme, les « études critiques du droit » (*Critical Legal Studies*) et la phénoménologie (p. 222) — lui sont très redevables. De manière plus spécifique, l'on retiendra que « trois thèmes de la pensée de Weber ont été l'objet d'une attention particulière chez les anglo-saxons : la place des valeurs dans la méthodologie weberienne, la rationalité dans la société occidentale moderne, l'explication du capitalisme occidental et de la modernité »⁸.

4. P. 125. Voir aussi p. 127.

5. P. 130. Voir en particulier p. 132 : « Cette conception du droit distingue nettement Romano de Kelsen, Hart et de tout le courant contemporain de la philosophie et de la théorie du droit, qui a recherché la nature du droit dans les règles, les normes ».

6. Selon Rocher, p. 163, il « ouvrirait ainsi une porte à ce qu'on appelle aujourd'hui l'inter-normativité ».

7. P. 182. À la p. 181, l'auteur lie cette notion à la *sociological jurisprudence* de Roscoe Pound.

8. P. 229. Le professeur Rocher revient par ailleurs à plusieurs reprises sur le « type idéal » comme apport méthodologique important de Weber : « le “type idéal” est un ensemble conceptuel construit à partir de matériaux observés dans diverses situations concrètes, mais qui sont agencés de la manière la plus rationnelle possible pour composer un tout cohérent et unifié. [...] C'est ce qui permet au sociologue de l'utiliser comme instrument analytique, notamment pour faire des études comparatives d'une institution (par exemple, la bureaucratie ou le capitalisme) dans des contextes historiques et dans des civilisations ou des cultures différentes » : p. 128. Voir aussi p. 156 (« type pur »); p. 24 : « le *type pur* (*Ideal type*) qu'on appellerait aujourd'hui le *modèle* abstrait ».

Au chapitre suivant, l'auteur examine l'interaction entre le droit, le pouvoir et la domination. Après avoir énoncé diverses définitions volontaristes⁹, systémiques¹⁰, et critiques (p. 244), il présente ces concepts dans le contexte de la sociologie de Max Weber, pour qui le droit « est donc le mode le plus rationnel d'institutionnalisation du pouvoir sous la forme de la domination; c'est en lui que la domination trouve sa légitimation la plus rationnelle » (p. 249).

Intitulée *Du droit à l'éthique*, la troisième et dernière partie réunit cinq courts chapitres particulièrement anémiques en ce qui concerne les notes¹¹.

Au chapitre 12, le professeur Rocher nous présente la « rationalité économique » comme un important concurrent de la bioéthique en tant que processus de régulation sociale (p. 271). Il nous rappelle aussi que le droit « sert tout à la fois de modèle, d'inspiration et même de substitut pour l'éthique, particulièrement pour une discipline naissante et encore bien hésitante comme la bioéthique »¹².

Dans le chapitre suivant, l'auteur considère les comités d'éthique comme l'un des groupes essayant d'établir son autorité auprès des médecins dans les hôpitaux du Québec. Sa remarque à l'effet que « les médecins en particulier, probablement plus que le personnel infirmier, n'ont guère été préparés à une réflexion éthique » (p. 284) devrait susciter au moins un sentiment d'inconfort lorsque l'on pense aux décisions qu'ils doivent prendre régulièrement à l'égard de patients gravement malades.

Dans le chapitre 14 coiffé du titre intrigant *L'éthique et (de, pour, par) la science*, le professeur Rocher examine surtout l'éthique *par* la science, suggérant que « celle-ci fournit à la première à la fois une **légitimité** dont l'éthique a bien besoin dans le monde relativiste d'aujourd'hui, un **contenu**, c'est-à-dire des éléments sur lesquels s'appuient l'évaluation et le jugement moral et un enseignement moral tiré du **processus** de la recherche scientifique » (p. 294).

Au chapitre suivant, il aborde brièvement l'effet de la « rationalité économique » sur les normes d'allocation des équipements coûteux en milieu hospitalier.

Enfin, le seizième et dernier chapitre porte sur « le défi éthique dans un contexte social et culturel en mutation » et prend l'éthique, le droit et d'autres formes de normativité comme objet d'étude. Il identifie un fort individualisme, une mentalité utilitaire et le goût de la consommation comme les trois caractéristiques propres de la mentalité de la classe moyenne (p. 306), à tort il nous semble car ces « faiblesses de caractère » se retrouvent de manière aussi importante à tous les niveaux de la société.

De même, bien que soit vraie son affirmation que les juges et le législateur agissent de plus en plus comme guides moraux tout en étant mal préparés pour jouer ce rôle (p. 312), celle à l'effet que le droit « n'engage pas une réflexion en profondeur, il n'a pas de préoccupation ontologique, il n'a pas de doute métaphy-

9. P. 241. Voir p. 244 où l'auteur estime que celles-ci donnent une perspective « interactionnaliste ».

10. P. 242, celles-ci donnant une perspective plutôt « fonctionnaliste » : p. 244.

11. Aucune note au chapitre 12, deux au 13, cinq au 14, une au 15 (noms des membres de l'équipe de recherche!) et aucune au 16.

12. P. 275. Voir aussi pp. 291, 312 et 316.

sique »¹³ est vraie ou fausse selon la définition du terme « droit ». Elle est vraie si elle vise l'immense partie du droit positif moderne qui traduit simplement en normes juridiques les désirs des divers groupes d'intérêts auxquels les politiciens veulent plaire. Elle est fausse si elle concerne le droit tel qu'il doit être, c'est-à-dire un ensemble de normes rationnelles adopté et promulgué par l'autorité compétente en vue du bien commun, une activité qui exige certainement une réflexion en profondeur!

Le professeur Rocher décèle une certaine professionnalisation de l'éthique en ce sens que chaque groupe de professionnels (médecins, infirmiers...) se réfère à une « éthique » circonstancielle éclairée par l'expérience propre à ce groupe (p. 315). Dans le milieu hospitalier, il dénonce le fait « qu'on attribue à des règles administratives le statut de règles éthiques; la simplicité de la justice de procédure évite de s'engager dans une réflexion sur les exigences de la justice distributive » (p. 316).

* * *

Il est certes difficile d'évaluer un recueil de textes aussi variés, tant par leur sujet que par leur qualité. Néanmoins, il s'avère possible d'apporter quelques commentaires valables pour l'ensemble.

D'abord, il nous semble qu'une importance démesurée est accordée à Weber. Bien sûr, cet auteur occupe une place indéniable parmi les chefs de file de la sociologie du droit. Toutefois, le rôle de certains auteurs, bien que souligné au passage, n'est pas suffisamment examiné. Nous pensons ici, par exemple, à Roscoe Pound — « *le véritable fondateur de la sociologie juridique étatsunienne ... fut le premier à lever l'étendard contre le formalisme juridique qui régnait dans l'enseignement du droit aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle* »¹⁴ — Émile Durkheim « *le fondateur et l'inspirateur de la sociologie française* »¹⁵, Montesquieu¹⁶ et Santi Romano¹⁷.

D'autre part, l'éthique nous paraît le sujet très négligé dans ce recueil intitulé *Études de sociologie, du droit et de l'éthique*. Sauf erreur de distraction, le lecteur doit ainsi attendre à la page 148 avant de découvrir enfin une mention de l'éthique, et encore faut-il que ce soit dans la désignation des comités d'éthique¹⁸! De plus, à peine trouve-t-on dans ce domaine quelques chapitres très courts, dont deux sont très répétitifs, et à toutes fins utiles sans notes.

De retour du côté du « droit » et de ses rapports avec la sociologie, le rôle très important des juges est pour ainsi dire oublié. Un bref passage sur le juge américain Cardozo — dans le contexte de l'influence de Weber! — ouvrait pourtant

13. *Ibid.*, (p. 312).

14. P. 193 (les italiques sont nôtres).

15. P. 261 (les italiques sont nôtres).

16. P. 109 : « L'œuvre qu'on peut considérer comme le premier grand traité de sociologie, *De l'esprit des lois* de Montesquieu, fut en même temps *le premier traité de sociologie du droit* » (les italiques sont nôtres). Voir aussi p. 156 : « Tocqueville s'inspire de la vision à la fois synthétique et analytique de Montesquieu ».

17. P. 132 : « On peut même considérer son petit ouvrage comme *un des premiers et des plus lumineux traités de théorie sociologique du droit* » (les italiques sont nôtres).

18. Et il faut ensuite attendre aux notes en bas des pages 214-215 et 217 avant de trouver d'autres mentions de l'éthique!

une magnifique possibilité à cet égard¹⁹. Bien que l'importance de la contribution d'un juge en particulier puisse être difficile à évaluer à cet égard, même lorsqu'il s'agit d'un personnage comme lord Denning ou d'un juge en chef de la Cour suprême d'un pays, il aurait été profitable de connaître le point de vue d'un sociologue sur le processus décisionnel des juges²⁰ et sur les décisions de la Cour suprême du Canada, par exemple en droit criminel et en droit des autochtones²¹.

Par ailleurs, certains sujets auraient pu être traités avec profit. Par exemple, l'impact de la législation sur certaines institutions comme la famille mériterait d'être abordé dans une gamme de perspectives, notamment en droit du divorce, en droit social, en droit fiscal et en droit de l'immigration. Mais cela peut probablement attendre une prochaine fois...

Jean Rhéaume
30, avenue Goulburn
OTTAWA (Ontario) K1N 8C8
Tél. : (613) 565-0762
Télec. : (613) 565-4353

19. Voir p. 221 :

Son but [Clarence Morris] était de comparer sur ce thème la pensée de Weber et celle du juge et juriste américain Benjamin Cardozo, contemporain de Weber, qui a pour sa part souligné la place de la rationalité non formelle dans la pratique judiciaire. En particulier, Cardozo avait mis en relief l'importance, chez les juges de la common law, de ce qu'il appelait le recours à la « méthode de la sociologie » parallèlement au recours aux règles et aux principes proprement juridiques.

20. Voir B. BABINSKI, « Backstage at the Supreme Court », *Canadian Lawyer*, vol. 17, n° 3, avril 1993, p. 11 :

« Following a case, I'll have a meeting with the clerks, » he said. « I'll give them my thinking, my mental process. And there's usually a result, and the route I want to take. [...] Then I'll write down the reasoning, the discussion, in very, very rough form. » [...] Lamer said he leaves parentheses in his rough draft with indications like « find cases, » or « the case law has been controversial on this point. » « There are some things I don't trust the clerks with, not because they're not trustworthy. It's just I am better trained to do it than they are — for example, how to distinguish a judgment to get around it. Or how to reverse the language. »

21. Voir par exemple Éditorial, « Another fig-leaf », *The Ottawa Citizen*, 16 décembre 1997, p. A-13 :

There is a strong sense throughout the [Delgamuukw] decision that what drives it is something other than law. [...] there are even instances where no support is cited : for example, the court simply states that aboriginal title can only be exercised collectively. That may be a reasonable conclusion, but where did it come from? Courts are supposed to advance law by interpreting it, not creating it. To do otherwise is to invite suspicion that the court is playing politics.

Voir aussi Éditorial, « Fiduciary Sociology », *The Ottawa Citizen*, 16 avril 1998, p. A-13 : It does not matter whether the changes made to our constitutional law regarding aboriginals were morally right, or whether most Canadians would support them. What matters is how the rules are made. Basic elements of our constitution were transformed by the Supreme Court over the last 25 years, not by persuasive interpretation of legal precedent, but by invention of legal conclusions based on social, political and ethical concerns. Among those antiquated notions jettisoned in the process, it seems, is the rule of law, along with the rule of voters through Parliament.