Document généré le 15 juil. 2025 15:58

Les Cahiers de droit

La thématique des transformations du droit et le paradigme du droit-phénomène social

Lise Binet

Volume 31, numéro 3, 1990

URI : https://id.erudit.org/iderudit/043042ar
DOI : https://doi.org/10.7202/043042ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cette note

Binet, L. (1990). La thématique des transformations du droit et le paradigme du droit-phénomène social. *Les Cahiers de droit*, *31*(3), 917–931. https://doi.org/10.7202/043042ar

Résumé de l'article

Le contenu du droit positif se transforme constamment, si bien qu'une partie importante du travail des juristes consiste à décrire les changements et à chercher leur cohérence. Au-delà de ces modifications, on peut envisager que des transformations d'un autre type, plus profondes et substantielles, touchent le droit, sa structure interne et ses fonctions. Suite à une revue de la littérature, cette note rend compte : (1) de l'émergence d'un paradigme scientifique, différent de celui du positivisme juridique, qui permettrait d'étudier de telles transformations ; (2) d'un essai pour catégoriser les diverses façons d'appréhender les transformations du droit.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1990

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Note

La thématique des transformations du droit et le paradigme du droit-phénomène social

Lise BINET *

Le contenu du droit positif se transforme constamment, si bien qu'une partie importante du travail des juristes consiste à décrire les changements et à chercher leur cohérence. Au-delà de ces modifications, on peut envisager que des transformations d'un autre type, plus profondes et substantielles, touchent le droit, sa structure interne et ses fonctions. Suite à une revue de la littérature, cette note rend compte : (1) de l'émergence d'un paradigme scientifique, différent de celui du positivisme juridique, qui permettrait d'étudier de telles transformations ; (2) d'un essai pour catégoriser les diverses façons d'appréhender les transformations du droit.

The content of positive law is continuously changing such that a large part of the jurists' work is concerned with describing those changes and looking for consistency. Beyond such modifications, it is possible to consider that another type of transformation, more profound and more substantial, may affect the internal structure and functions of law. A review of the literature on the subject shows : (1) the emergence of a scientific paradigm — different from that of legal positivism — which would allow the study of such transformations ; (2) an attempt at classifying the various means of apprehending the transformations of law.

* Professionnelle de recherche, Faculté de droit, Université Laval.

Les Cahiers de Droit, vol. 31, nº 3, septembre 1990, p. 917-931
(1990) 31 *Les Cahiers de Droit* 917

Pages

1. Le droit comme paradigme scientifique 919
1.1. Définition de la notion de paradigme en science 919
1.2. Les paradigmes de la science juridique 920
1.2.1. Le paradigme du positivisme juridique 921
1.2.2. Le paradigme du droit comme phénomène social 922
1.2.3. Le débat épistémologique 923

2. Catégorisation des problématiques sur les transformations du droit 925
2.1. Le droit comme produit de transformations qui lui sont extérieures 926
2.2. Le droit comme producteur de transformations 927
2.3. Transformation du champ juridique et judiciaire 928
2.4. L'analyse critique des transformations du droit 929

Conclusion 931

À l'origine, la présente étude avait pour but d'exposer, suite à une revue de littérature, diverses façons d'aborder le thème des mutations du droit et de l'illustrer par des exemples de recherches déjà réalisées [1]. Cette recension devait alimenter les discussions d'un groupe de travail constitué à la faculté de droit de l'Université Laval autour de la thématique des transformations substantielles que connaît le droit [2].

La revue de littérature a permis de cerner une première transformation qui s'inscrit dans un débat remettant en cause la prétention de la recherche juridique traditionnelle d'être à elle seule capable de produire une connaissance scientifique sur son objet et d'expliquer la réalité « droit ». Avant l'essai de

1. Une bibliographie a été constituée avec l'aide de deux assistantes de recherche, Mesdames Florence Piron et Nathalie Latrémoille. Pour être retenu, le titre de l'article devait contenir le mot mutation, un de ses synonymes ou un vocable associé à l'idée de transformation (changement, variation, nouveau, évolution, etc.) ou le résumé de l'article devait laisser entrevoir le thème exploré. Arbitrairement, nous avons décidé de ne considérer que les articles publiés au cours des dix dernières années. De plus, nous n'avons retenu que les articles publiés en langue française ou anglaise. Ce recensement ne prétend donc pas à l'exhaustivité : il couvre une période précise ; il porte surtout sur des articles de revue ; il tient principalement compte des articles provenant de périodiques juridiques. Enfin, nous n'avons pu consulter tous les articles recensés.
2. L'utilisation du terme mutation pour désigner les transformations du droit implique, si on retient le sens que lui donnent les biologistes, que l'évolution est vue comme un phénomène discontinu provoqué par des mutations. Les mutations désignent en effet des modifications brusques et permanentes résultant de certains événements survenus dans un système biologique unique. L'usage du mot transformation semble donc préférable et laisse la place à l'hypothèse des mutations du droit (changements qualitatifs d'une ampleur telle que l'on peut parler de mutation).

catégorisation de diverses façons d'appréhender les transformations du droit, on retrouvera donc exposés ici certains éléments du débat qui concerne le sens et la portée du droit comme connaissance rationnelle et qui laisse croire à l'émergence d'un nouveau paradigme scientifique.

1. Le droit comme paradigme scientifique

À l'instar de certains auteurs [3], nous utilisons la notion de paradigme pour délimiter le champ et les procédures d'investigation sur lesquels s'accordent les juristes et qui définissent la science juridiquee. Avant de décrire les deux paradigmes identifiés en science juridique, revoyons la définition du paradigme en science.

1.1. Définition de la notion de paradigme en science

La notion de paradigme en science a surtout été développée par Thomas S. Kuhn, physicien, historien et philosophe des sciences [4]. Kuhn cherche à comprendre l'évolution de la science à partir des bouleversements que connaît la pensée scientifique, bouleversements qui permettent de passer d'un paradigme à un autre [5]. En quelques mots, un paradigme est constitué par ce

3. Parmi les auteurs qui utilisent la notion de paradigme dans le domaine du droit on retrouve : P. AMSELEK, « Lois juridiques et lois scientifiques, (1987) 12 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 91-107 ; A. AULIS « On the Paradigm Articulation in Legal Research », (1981) *Rechstheorie*, Beiheft 3, (cité dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie de droit*, LGDJ/Story Scientia 1988, p. 106) ; C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires St-Louis, 1987 et « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 177. E. ZULETA PUCEIRO, « Legal Dogmatics as a Scientific Paradigm », J. BROEKMAN, « Changes of Paradigm in the Law », J. WROBLEWSKI, « Paradigms of justifying legal décision » dans A. Peczenick et *al*, *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-Lacaster, D. Reidel Publishing Co., 1984.
4. Le livre le plus connu de T.S. KUHN est sans doute *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1970 (éd. revue et augmentée), traduction de *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962.
5. Kuhn cite entre autre l'exemple d'un changement de paradigme en chimie des gaz. La théorie de la combustion par l'oxygène élaborée par Lavoisier dans le dernier quart du XVIII[e] siècle permit un changement de conception et contribua à l'apparition d'un nouveau paradigme en chimie (appelé révolution chimique). Le paradigme antérieur, celui de la théorie du philogistique, était incapable de rendre compte des faits que Lavoisier observait en laboratoire lorsqu'il obtenait un gaz en chauffant de l'oxyde de mercure. Puisque le paradigme du philogistique n'avait pas préparé le savant à cerner la nature de la substance que la combustion enlève à l'atmosphère, un changement majeur de paradigme était nécessaire pour que Lavoisier puisse voir (découvrir) l'oxygène.

que les membres d'une communauté scientifique possèdent en commun et qu'on identifie communément à la théorie ou à l'ensemble des théories qu'un groupe de scientifiques partage[6]. Dire que les recherches réalisées par les membres d'une communauté scientifique se fondent sur un même paradigme, signifie que dans leur pratique scientifique, ils adhèrent aux mêmes règles et aux mêmes normes, ce qui permet par ailleurs une relative unanimité des jugements professionnels (la communauté scientifique produit et valide la connaissance scientifique).

Kuhn considère qu'un paradigme permet de définir les problèmes et les méthodes légitimes d'un domaine de recherche et à ce propos il écrit :

> Un paradigme peut même tenir le groupe de chercheurs à l'écart de problèmes qui ont leur importance sociale mais ne sont pas réductibles aux données d'une énigme parce qu'ils ne se posent pas en termes compatibles avec les outils conceptuels et instrumentaux que fournit le paradigme.[7]

Kuhn utilise également la notion de paradigme pour désigner les solutions concrètes apportées à des énigmes, solutions qui deviennent par la suite des modèles pour solutionner d'autres énigmes. En science, ces modèles ou exemples peuvent remplacer les règles explicites. Une illustration est apportée avec l'énigme du casse-tête. Pour résoudre cette énigme, il ne s'agit pas simplement de produire un dessin, mais il faut faire un tableau qui respecte des règles ; il faut utiliser toutes les pièces, il faut qu'elles soient toutes sur la même face et qu'elles s'encastrent les unes les autres sans intervalles. La solution de l'énigme du casse-tête oblige à se référer à un exemple déjà solutionné qui définit des principes à respecter pour arriver à la solution[8].

1.2. Les paradigmes de la science juridique

L'utilisation de la notion de paradigme sert ici à cerner l'accord général sur la manière de poser et de résoudre les problèmes dans le domaine du droit.

---

6. Kuhn suggère le terme de « matrice disciplinaire » pour définir ce que les scientifiques d'une même discipline ont en commun, *La structure des révolutions scientifiques*, *supra*, note 4, p. 248.
7. *Id.*, p. 63.
8. On peut dire que pour Kuhn, la connaissance scientifique avance par mutation de paradigme (révolution). K. Popper considère par contre que l'avancement de cette connaissance repose sur l'amélioration de la méthode (plus une théorie est falsifiable et plus elle est scientifique) : « L'exigence d'objectivité scientifique rend inévitable que tout énoncé scientifique reste nécessairement et à jamais donné à titre d'essai. En effet un énoncé peut-être corroboré mais toute corroboration est relative à d'autres énoncés qui sont eux aussi proposés à titre d'essai ». *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1978, p. 286, traduction de *Logik der Forschung*, Vienne 1934. Pour des nuances entre les deux positions, voir T.S. KUHN, « Logic of Discovery or Psychology of Research », dans I. Lakatos et A. Musgrave (ed.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambrige University Press, 1970.

Plusieurs indices incitent à penser que deux paradigmes existent actuellement en science juridique : le premier serait dominant, alors que l'autre se trouverait à l'étape d'émergence. À côté du paradigme dominant du positivisme juridique, il est en effet possible d'envisager la naissance d'un nouveau paradigme que l'on peut provisoirement appeler « paradigme du droit comme phénomène social ». [9]

1.2.1. Le paradigme du positivisme juridique [10]

Ce paradigme repose sur un consensus à quatre volets. On s'entend pour reconnaître que le droit positif, c'est-à-dire l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un lieu donné, constitue l'objet d'étude de la science juridique. Deuxièmement, dans ce paradigme, on ne considère que les règles produites par la volonté constitutionnellement habilitée, règles par ailleurs susceptibles d'être appliquées par les tribunaux. La réalité du droit est ainsi délimitée par le droit positif considéré comme seul droit authentique. On ne s'occupe donc pas des axiomatiques méta-juridiques ou des faits sociaux, mais uniquement de la norme s'inscrivant dans l'ordre juridique étatique considéré.

Troisièmement, on s'accorde pour reconnaître comme valide la théorie des sources du droit. Ces sources (lois, jurisprudence, etc.) renvoient au critère de validité juridique. Enfin, les règles méthodologiques utilisées et reconnues servent à interpréter et à systématiser les règles de droit. Pour ce faire, on accepte un certain nombre de principes comme celui de la hiérarchie des normes.

---

9. Établissant une classification des sciences de l'homme, Jean Piaget (« Les deux problèmes de l'épistémologie des sciences de l'homme » dans *Logiques et connaissance*, Paris, Encyclopédie de la Pléiade vol. 22, pp. 1114–1146) distingue : 1. Les sciences humaines ; 2. Les disciplines historiques ; 3. Les disciplines juridiques. Les premières sont dominées par un problème de faits, les dernières par celui des normes. Lorsque l'on souhaite étudier la société et que pour se faire on établit des relations entre les normes juridiques reconnues par un groupe social et le fonctionnement de ce groupe, on fait, selon Piaget de la sociologie juridique. La transformation des normes en « faits normatifs » (normes telles que reconnues dans la société) n'implique pas que l'on se questionne sur leur valeur. Piaget souligne qu'un tel questionnement relève des disciplines philosophiques. Le paradigme du droit comme phénomène social pourrait possiblement étudier le droit à la fois comme normes, faits et valeurs.

10. Le paradigme du positivisme juridique peut évidemment être associé à Hans Kelsen qui a formulé la *Théorie pure du droit* (1934, trad. C. Esenmann. Paris, Sirey, 1962) et qui propose une épistémologie positiviste et une étude exclusive du droit positif. Ce paradigme ne se réduit pas à cet auteur et pour l'approfondir il faudrait remonter à des auteurs comme J. Austin et J. Bentham. Voir (1988) 13 *Cahiers de philosophie politique et juridique*, dont le numéro thématique est intitulé « Du positivisme juridique ».

1.2.2. Le paradigme du droit comme phénomène social

Le paradigme du droit comme phénomène social ne s'appuie pas pour le moment sur une matrice disciplinaire clairement identifiable. On remarque cependant une pratique de recherche qui, en se développant, ouvre le système auto-référentiel où était maintenue l'étude du droit effectuée dans le paradigme précédent. Si on ne peut se référer à une seule ligne directrice pour cerner cette nouvelle pratique de recherche, on peut cependant dégager des points de convergence et identifier des orientations qui se dessinent.

On remarque que le paradigme du droit comme phénomène social permet d'ouvrir le champ des recherches juridiques à des questions qui, dans le paradigme précédent, n'auraient pas pu être posées et n'auraient pu recevoir de réponse. La pertinence des questions que la science juridique peut dorénavant poser se rapporte à des aspects tels: l'origine des normes, les facteurs sociaux qui les conditionnent, leur signification objective et subjective pour ceux et celles à qui elles s'adressent, le droit comme effet et reflet de la société, le droit comme forme instituante, le droit comme discours, expression et choix de valeurs, les autres formes de régulations sociales et économiques, la mobilisation du droit par diverses catégories de la population, le droit comme expression et limite du pouvoir d'État, le droit comme expression de rationalité, l'explication de la légitimité et de l'efficacité du droit, etc.

On affirme également la nécessité de distinguer le droit comme technique et comme discipline scientifique. Cette distinction demande également de ne pas confondre objet réel ou objet donné (droit positif) et objet de science ou objet construit. G. Bachelard écrit à ce sujet:

> La science réalise ses objets sans jamais les trouver tout faits... elle ne correspond jamais à un monde à décrire, elle correspond à un monde à construire... Le fait est conquis, construit, constaté [11].

Lorsqu'elle porte sur un objet qui paraît directement analysable, l'étude est avant tout descriptive et non explicative. Cependant, l'étude qui porte sur le droit positif (objet donné) permet des études descriptives, mais aussi des analyses conséquentes aux problématiques théoriques du positivisme juridique, problématiques qui permettent d'interroger l'objet [12].

---

11. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 13e ed., 1965 (1e ed. 1938), cité par M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 1979 (4e ed.), p. 382. Voir également D. LECOURT « La question de la vérité dans l'épistémologie moderne », *Sens et place de la connaissance dans la société*, Paris, ed. du CNRS, 1986, p. 185-204.
12. Pour que le droit positif puisse être considéré comme objet d'étude, il faut nécessairement que, préalablement, on ait établi l'équation droit = droit positif. Cette équation n'est logiquement possible que parce que les énoncés théoriques l'ont ainsi construite.

Par contre, la construction de l'objet nécessite d'aller au-delà des apparences, pour découvrir derrière elles d'autres faits qui sont liés, par un réseau de relations, au secteur étudié (on suppose que si le droit positif constitue une réalité sociale, qu'il existe bel et bien sous la forme de textes, d'appareils, etc. il ne se réduit pas à cet aspect). Bref, en droit, le nouveau paradigme envisage son objet d'étude sans cesse en construction, en fonction de la problématique retenue et de la question posée [13].

La référence au nouveau paradigme entraîne aussi des conséquences quant à la méthodologie et aux techniques à utiliser et on affirme la nécessité de l'interdisciplinarité. Le processus de recherche qui nécessitte un ensemble d'opérations pour produire et valider les connaissances (la méthodologie au sens large) reflète alors un échange de méthodes, de concepts et de points de vue entre le droit et d'autres disciplines. Afin d'obtenir des données et de construire des variables, l'échange doit également avoir lieu au niveau des techniques (échantillonnage, entrevue, analyse de contenu, etc.).

1.2.3. Le débat épistémologique

Le débat épistémologique actuel interroge le sens et les limites de la rationalité scientifique qui s'inscrit dans le paradigme du positivisme juridique. On discute :

(1) de la validité des assertions sur lequel il se fonde, à savoir la croyance en la souveraineté et la rationalité du législateur. La remise en cause de ces assertions fait apparaître le droit comme une instance qui légitime l'autorité d'où il émane.

(2) du caractère scientifique de la connaissance produite à partir de ce paradigme. Elle ne pourrait être qualifiée de scientifique parce qu'elle ne rencontre pas les conditions de possibilité de la science.

---

13. Voici deux exemples qui illustrent ce que signifie la construction de l'objet (le premier en sociologie et le second en droit). E. GOFFMANN, qui étudie l'institution asilaire (*Asiles*, Minuit, 1969), découvre qu'à côté du règlement de l'asile et de son but thérapeutique, il s'est établi une organisation parallèle. « Pour assurer le fonctionnement de l'institution, s'était créé (chez les malades et les gardiens) un ensemble de coutumes, de règles, de hiérarchies, plus réelles et efficaces que l'organisme et le règlement affichés et qui en fait modifiaient les objectifs apparents de ceux-ci. Goffmann, a ainsi construit un objet sociologique : le système de relations à l'intérieur de l'asile. » (M. GRAWITS, *supra*, p. 383). À partir d'une interrogation que l'on peut résumer par « Quel est le rôle du droit dans les sociétés libérales ? », plusieurs représentants du mouvement des Critical Legal Studies américain ont, en utilisant entre autre les concepts d'idéologie et de légitimation, formulé une critique du droit qui englobe une critique du libéralisme et du formalisme (voir à ce sujet R. UNGER, *Law in Modern Society*, Free Press, 1976 et A. HYDE « The Concept of Legitimation in the Socioly of Law » (1983) *Wisconsin Law Review*, 379.

> Ces conditions exigent une autonomie par rapport à l'objet d'étude, rendue possible par une mise à distance théorique. L'adhésion à l'objet a comme conséquence qu'on explique le droit par le droit (ce qu'il doit être) et qu'on est incapable, par exemple, d'expliquer comment la réalité juridique se structure.

L'activité scientifique produite dans le cadre du paradigme du positivisme juridique permettrait donc de renforcer la cohérence du droit positif en participant à sa rationalisation et à sa systématisation. À ce propos F. Ost et M. van de Kerchove écrivent :

> Et c'est bien ainsi que la doctrine et en particulier la dogmatique juridique ont conçu leur rôle : en poursuivant la systématisation d'un ordre juridique déterminé, ces disciplines ont traditionnellement prétendu faire œuvre de science, en paraissant développer une connaissance systématique de leur objet.
>
> (...)
>
> La théorie pure du droit de Kelsen en constitue une excellente illustration lorsqu'elle pose le principe que... [citation tirée de H. Kelsen]... « la connaissance du droit cherche — comme toute connaissance — à concevoir son objet comme un tout pleinement intelligible et à le décrire en propositions non contradictoires » (*Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, (2e éd.), p. 274) [14].

Le positivisme juridique est dit dogmatique dans la mesure où il ne peut fonctionner qu'en ne contestant pas et en ne remettant pas en cause les présupposés de sa science. Ces présupposés deviennent des dogmes lorsqu'ils se constituent comme des vérités fondamentales et incontestables [15]. On dira aussi que le positivisme juridique instaure une science normative, par son objet (ensemble des normes juridiques) et par sa fonction (interpréter, systématiser et critiquer son objet de l'intérieur).

Enfin, l'étude du droit positif correspond à l'étude du droit à partir d'un point de vue interne. On tente alors de situer, de comprendre et d'expliquer le

---

14. M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 27. J.-F. PERRIN fait également remarquer que Kelsen prétend décrire le phénomène juridique mais « En dehors de sa construction, il n'y a pas de juridique donc celle-ci « prescrit » la juridicité ; elle ne la décrit pas. » *Pour une théorie de la connaissance en droit*, Genève, Droz, 1979. p. 8.

15. (...) la technologie juridique a pour but de rationaliser la technique juridique constituée, c'est-à-dire les normes juridiques édictées : ici on est dans le domaine de la « dogmatique juridique », de la recherche juridique dogmatique, laquelle consiste à envisager les différents instruments juridiques émis par les pouvoirs publics à la manière d'un « dogme » et à tâcher de mettre de l'ordre, de la cohérence à l'intérieur de ce dogme en établissant des corrélations entre les différentes parties qui les constituent, en s'efforçant d'éliminer par un commentaire rationnel des textes les défauts, les diverses contradictions qui peuvent paraître, mais aussi en dénonçant le cas échéant les imperfections irréductibles et en proposant d'autres solutions.

P. AMSELEK, « Éléments d'une définition de la recherche juridique » (1979) 24 *Archives de philosophie du droit*, p. 303.

droit essentiellement à partir de ses facteurs internes. Au contraire, un point de vue externe conçoit le droit comme le produit de facteurs qui lui sont externes [16].

2. Catégorisation des problématiques sur les transformations du droit

Après la lecture de plusieurs articles jugés pertinents, nous avons repéré et croisé entre elles différentes façons d'aborder les transformations du droit, ou diverses manières de prendre distance de l'objet droit. Dans la plupart des articles, ces éléments ne sont pas clairement exposés ; ils ont donc été dégagés. Nous avons ensuite fait des regroupements pour arriver à définir quatre types de problématique qui permettent d'aborder les transformations du droit (ce sont donc les éléments dégagés et non les articles eux-mêmes qui ont servi de base pour les regroupements).

2.1. Le droit comme produit de transformations qui lui sont extérieures

Deux types de transformations sont ici impliqués :

(1) les transformations externes au droit, qui peuvent être de nature politique, économique, culturelle ou autres ;
(2) les transformations du droit lui-même.

Ces deux types de transformations sont intereliés dans la mesure où celles qui touchent le droit ne peuvent se comprendre qu'en rapport aux premières [17]. Exemples : le développement des lois à caractère social est mis en rapport avec le phénomène de l'industrialisation, celui de l'urbanisation et de la déstructuration des réseaux de solidarité traditionnels ; des facteurs liés à l'internationalisation des échanges commerciaux exigent des modifications aux lois qui régissent le marché interne d'un État-nation ; les transformations sociales qui marquent les rapports entre les femmes et les hommes appellent des transformations législatives ; le rapport des forces sociales en présence explique les amendements apportés à telle ou telle loi, etc.

Les deux types de transformations sont également intereliés dans la mesure où le droit apporte ou non une réponse aux diverses transformations

16. La distinction entre point de vue interne et point de vue externe a été établie par H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Publications des Facultés Universitaires St-Louis, 1976, traduction de *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

17. J.J. Costonis explore par exemple le domaine de la régulation des valeurs esthétiques (ex. protection des bâtiments historiques). Il se demande comment une législation peut répondre aux valeurs de la société alors qu'il y a un dilemme entre la poursuite de la beauté visuelle et la quête de la stabilité culturelle. « Law and Aesthetics : a Critique and a Reformulation of the Dilemmas » (1982) 80 *Michigan Law Review*, p. 355.

qui lui sont extérieures. On peut alors se demander pourquoi un changement juridique a lieu à tel moment et non pas à un autre ? Pourquoi il n'y a pas de changement dans le droit alors que la société change ? Pourquoi avoir privilégié la forme législative, plutôt qu'une autre forme, comme instrument d'intervention face à une situation problématique lié aux changements dans la société ? [18]

On peut également chercher à comprendre comment, lorsque se manifeste la volonté d'élaborer une disposition législative qui prend en considération tel ou tel changement, la logique et les codes juridiques en vigueur orientent le choix des possibles. Cette volonté se confronte en effet aux catégories, aux règles et aux techniques juridiques déjà existantes.

Considérant qu'il y a diversification et multiplication des demandes adressées au droit (donc transformation), on peut, d'une part, vouloir en cerner l'origine et, d'autre part, vouloir en cerner les conséquences. Exemple, lorsque la promotion des objectifs de prévention passe par la loi, le droit se transforme puisqu'il ne fait pas que fixer des interdits, mais oblige à adopter certains comportements tel le port obligatoire de la ceinture de sécurité. Autre exemple, dans une société devenue pluraliste, qui accepte la relativité des valeurs (et pose même cette relativité des valeurs comme principe démocratique), le droit devient moyen de mettre en forme des consensus et agit à ce titre comme instance morale (le bien ou l'acceptable défini par le droit). C'est alors l'ensemble du rapport droit et société qui est transformé si bien qu'il devient difficile de discerner lequel précède l'autre.

2.2. Le droit comme producteur de transformations

Cette problématique qui veut que le droit ait un impact sur la société s'exprime de diverses façons. En voici quelques unes :

Le droit impose des normes (entendues ici dans le sens de normes sociales et non pas dans le sens que lui donne Kelsen) ; une fois que la norme est entérinée par la loi, le normal devient légal de sorte que le droit exprime et garantit la normalité [19].

---

18. A. Watson s'interroge sur la nature des relations entre une société et les règles juridiques et sur les forces qui font changer le droit. Il fait entre autre remarquer que l'histoire du droit se concentre habituellement sur les changements du droit et oublie de les comparer aux changements sociaux. Pour répondre à ses interrogations, l'auteur propose un approche qui fait appel au droit comparé, à l'histoire du droit et à la sociologie du droit. « Legal Change : Sources of Law and Legal Culture », (1983) 131 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1121.
19. D. Lochak, « Droit, normalité et normalisation » dans *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., 1984, p. 51.

Le droit constitue un discours qui légitime l'ordre social et légitime l'État comme instance de pouvoir. Le mouvement américain des *Critical Legal Studies* (ci-après appelé CLS) s'est particulièrement intéressé au rôle joué par le droit et le raisonnement juridique pour donner aux structures sociales leur apparence d'inévitabilité. Les CLS dénoncent le rôle mystificateur joué par le droit qui camoufle les inégalités tout en permettant qu'elles se reproduisent (en relation avec le caractère hiérarchique de l'ordre libéral) [20].

Le droit fonctionne comme une idéologie à laquelle on adhère sans qu'on ait besoin de brandir la menace de la contrainte. En ce sens, on « croit » au droit, à sa capacité de distinguer l'acceptable de l'inacceptable, le bien du mal, le bon du mauvais, l'intérêt général de l'intérêt particulier. Le droit tendrait à devenir le seul système normatif accepté et l'idéologie dominante.

Le droit se présente comme un instrument efficace d'intervention et de régulation, qui permet d'atteindre des objectifs établis par la volonté politique. Il apparaît comme instrument efficace à cause du recours possible à la contrainte publique, mais aussi à cause du rôle symbolique que joue le droit. Cette instrumentalisation du droit s'inscrit dans un mouvement de rationalisation des activités humaines.

Le droit constitue soit un frein, soit un accélérateur de changements sociaux. Le droit, comme vecteur de revendication pour les individus et les groupes, peut contribuer à créer la dynamique nécessaire aux changements [21]. Les instances du droit peuvent aussi être vues comme garantes de la stabilité, cela en canalisant les revendications et les insatisfactions [22].

---

20. Le mouvement des Critical Legal Studies a été fondé en 1977 par un groupe de chercheurs insatisfait du « Law and Society Association » qu'ils jugeaient trop behavioriste. Le mouvement s'est surtout constitué à partir du Yale Law School (où on retrouve des noms comme Abel, Gertner, Heller, Rosenblatt, Trubek, Tushnet) et du Harvard Law School (autour de Duncan Kennedy et Morton Horwitz). Ce mouvement prend la suite de celui du « Legal Realist » des années trente mais va plus loin dans ses analyses, bien qu'on y retrouve plusieurs tendances. Pour une présentation de ce mouvement, voir A.C. HUTCHINSON et P.J. MONAHAN, « Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought », (1984) 36 *Stanford Law Review* 199 et pour une critique virulente de ce même mouvement, voir W. EWALD, « Unger's Philosophy: a Critical Legal Study », (1988) 97 *Yale Law Journal* 665.

21. A.M. Litchterman argumente sur le rapport entre les professionnels du droit et le changement social. L'auteur voit dans la création d'un nouveau droit la possibilité de servir les avantages de l'élite qui manipule ce discours, ce qui l'amène à recommander la création de groupes sociaux autonomes en dehors des institutions. « Social Movements and Legal Elites », (1984) *Wisconsin Law Review* 1035.

22. D. NELKEN, « Is there a Crisis in Law and Legal Ideology?, (1982) 9 *Journal of Law and Society* 177.

Enfin, le droit devient de plus en plus présent, il quadrille l'ensemble de l'espace social si bien qu'il imprègne les rapports sociaux. On peut alors parler de juridicisation de l'ordre social et s'interroger sur les manifestations et les conséquences de cette juridicisation croissante.

2.3. Transformations du champ juridique et judiciaire

On peut ici lire les transformations du droit à partir de modifications à la façon dont les différents acteurs du monde juridique élaborent les schémas conceptuels du droit. Plusieurs auteurs font référence à la notion de culture juridique pour désigner les valeurs, les principes, les idéologies propres aux juristes. Dans leurs pratiques, leurs écrits, leur enseignement, les juristes produisent et reproduisent des valeurs ainsi que des modes de représentation, d'interprétation et de raisonnement. Ils expriment aussi des intérêts qui sont directement liés à la profession qu'ils exercent. Cette culture juridique se modifie dans le temps et son étude permet principalement :

(1) de reconstruire les options que les juristes véhiculent et de cerner leurs caractéristiques intellectuelles ;
(2) de poser ces options comme des éléments qui rendent possibles (ou impossibles) les transformations et permettent de les expliquer [23].

Une autre option consiste à circonscrire les transformations du droit à la dimension judiciaire. Deux types de question sont alors posés au judiciaire défini comme pouvoir en transformation. La première série d'interrogations se centre sur le processus de la décision judiciaire dissociée de l'énoncé de la règle. Puisque cet énoncé ne peut à lui seul expliquer la décision, on se tourne soit du côté des caractéristiques du juge (classe sociale, sexe, etc.), soit du côté des idéologies (sexisme, racisme, etc.) pour comprendre sur quelle base le droit positif est sans cesse adapté par les tribunaux pour répondre à des situations nouvelles.

La deuxième série d'interrogations porte sur un déplacement du pouvoir dans les pays qui ont opté pour la constitutionnalisation des droits. Ces déplacements du législatif vers le judiciaire et du politique vers le juridique marquent une transformation du fonctionnement de la démocratie [24].

---

23. C'est à peu près ce que tente de faire C. Atias avec son épistémologie descriptive. En celà il fait sienne l'idée exposée par Kuhn qui veut qu'un paradigme régit d'abord les membres d'une communauté scientifique avant de régir un domaine scientifique et qu'il convient donc d'étudier le paradigme à partir de cette communauté. Voir C. ATIAS, « American Legal Culture Traditional Scholarly Order », (1986) 46 *Louisiana Law Review* 1117 et *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985.

24. Les américains ont produit une abondante littérature sur le rôle et les tendances des Tribunaux face à l'interprétation des valeurs contenues dans la constitution. Voir entre autre

Les transformations qui passent par le judiciaire peuvent également être étudiées en regard de la diversification des modes de résolution des conflits. Plutôt que tous les conflits soient automatiquement résolus par le canal du contentieux judiciaire, on peut choisir le forum le plus approprié pour traiter telle ou telle catégorie de litige [25].

Les litiges peuvent être catégorisés en fonction des objectifs poursuivis pour leur dénouement (par exemple, l'objectif du règlement d'un litige portant sur la garde d'un enfant est différent de celui qui se rattache à un conflit de travail). On parle de transformation dans la mesure où la fonction judiciaire se diversifie, dans la mesure où cette diversification a des incidences sur la façon d'appliquer le droit et dans la mesure où l'impact sur le réel varie selon la voie empruntée.

2.4. L'analyse critique des transformations du droit

Prenant appui sur le fait que le droit positif se développe, évolue et se transforme en fonction du pouvoir qui l'institue, sur le fait que le droit positif est irrémédiablement l'expression d'un pouvoir, et celui qu'on en est arrive à réduire le droit à cette expression du pouvoir, plusieurs auteurs affirment la nécessité de réunir les conditions de possibilité pour fonder une critique du droit positif. En résumé, on cherche les bases à partir desquelles il est possible de poser un jugement critique sur le droit positif sans cesse en transformation. Les bases à partir desquelles un tel jugement peut s'élaborer sont :

(1) un retour au droit naturel pour retrouver le droit comme valeur
(2) une connaissance de la pensée juridique
(3) le développement d'une théorie du droit
(4) une analyse qui tient compte du genre (analyse féministe)
(5) une sociologie du droit (pluralisme juridique)

(1) Le droit naturel moderne s'exprime surtout à partir de la notion de droits de l'homme définie comme fondement philosophique. La question principale est alors la suivante : Le droit positif respecte-t-il les lois naturelles qui confèrent à chaque être humain des droits fondamentaux ? La méthode

---

A.L. KAUFMAN, « Judges or Scholary : to Whom shall we Look for our Constitutional Law ? » (1987) 37 *Journal of Legal Education* 184. D. RUDENSTINE, « Indicially ordered Social Reform : Neofederalism and Neonationalism and the Debate Overs Political Structure », (1986), 59 *Southern California Law Review* 449. « Symposium : Court-ordered Change in Social institutions », (1982) 6 *Law and Human Behavior*.

25. R.A.B. BUSH, « Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice : Juridictional Principles for Process Choice », (1984) *Wisconsin Law Review* 1034.

spéculative est habituellement utilisée pour déduire, à partir de postulats, des solutions applicables à des problèmes juridiques. [26]

(2) La façon de penser le droit à une époque donnée, la façon dont une société ou une civilisation le pense, constitue l'extérieur à partir duquel on peut juger de la validité d'un ordre juridique positif. Il faut donc découvrir la façon dont la société pense le droit comme dimension de la réalité et expression de valeurs (régime d'énoncés, système de pensée ou épitémé qui caractérise le droit à un moment donné) et la confronter au droit positif [27].

(3) Le développement d'une vaste théorie sociale, qui ferait du droit un aspect et une composante de cette théorie, permettrait de guider les transformations du droit et de juger de leur bien-fondé selon les objectifs liés à une société plus juste. Des fragments de cette théorie apparaissent sous la plume d'auteurs aussi différents et aux conceptions aussi divergentes que Hayek, Unger et Rawls [28].

(4) Les études féministes posent la nécessité de produire une analyse critique du droit positif à partir de la réalité du genre. Cette perspective remet en cause l'idée que le droit reflète une neutralité de genre, tant dans sa forme que dans son contenu. On peut alors :

— revoir les concepts et les théories du droit à partir du point de vue féministe (Le présupposé est alors que les concepts et théories ne partent pas d'un individu abstrait mais d'un individu avec un genre — masculin —) ;
— par une méthode interdisciplinaire, rendre compte de la « réalité juridique » des femmes (par exemple la façon dont elles définissent la justice et la liberté) ;
— examiner les diverses branches du droit à l'aide des notions d'égalité (comme les hommes) et de différences (spécificité féminine) et/ou chercher à concilier les deux notions [29].

---

26. À l'instar de C. Lefort, Luc Ferry et Alain Renaut considèrent que le droit naturel moderne fournit le fondement philosophique de la notion générale de droit de l'Homme. *Philosophie politique*, 3 tomes, Paris, P.U.F., 1984-85.
27. La notion de pensée juridique prend ici un sens différent de celle de culture juridique. Pour une application de la méthode de Foucault voir F. EWALD, *L'État-providence*, Grasset, 1986 et « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », (1986) 3 *Droits* 137, où il propose de regarder les pratiques du droit en regard de leur juridicité.
28. F. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty, 1. Rules and order ; 2. The Mirage of Social Justice ; 3. The Political Order of Free People*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1973-76-79. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
29. Sur cette question voir le numéro 14 de *International Journal of Sociology of Law* (1986), intitulé « Feminist Perspectives on Law ».

(5) Dans une optique de pluralisme juridique, on peut vouloir identifier et comparer l'ordre juridique mis en place par l'État, aux autres ordres, systèmes ou phénomènes juridiques qui sont extérieurs à ce dernier. La recherche juridique est alors orientée sur le terrain social, là où le droit se manifeste sans adopter la rationalité formelle du droit étatique. Il ne s'agit pas ici de simplement mesurer l'écart entre le droit sanctionné et le droit appliqué, mais également de remettre en cause le droit étatique en regard du droit « vécu » réellement et qui s'exprime par des formes plurielles. Dans cette optique, le droit étatique ne peut prétendre constituer la totalité du droit, pas plus qu'il ne peut prétendre s'autolégitimer.

Conclusion

L'émergence d'un nouveau paradigme permettant de produire des connaissances sur le droit s'exprime présentement par une double tentative : celle de cerner les limites de la recherche traditionnelle et celle d'établir ses propres fondements. Il invite également à une confrontation avec les méthodes et les concepts utilisés par d'autres disciplines (anthropologie, sociologie, histoire, etc.) ainsi qu'à une familiarisation avec diverses approches (psychanalytique, économique, etc.), ceci afin de favoriser une réorganisation des domaines de savoir nécessaire pour étudier le droit à partir d'une interdisciplinarité.

Plusieurs des recherches qui abordent l'idée de transformations du droit peuvent être situées à l'intérieur du paradigme du droit comme phénomène social ou, du moins, permettent d'éclairer une possible facette de ce paradigme. Ainsi, l'essai de catégorisation des diverses problématiques a permis d'envisager le rapport droit et société, soit parce que le droit reflète ou exprime les valeurs et les intérêts sociaux, soit parce qu'il apparaît comme une instance qui transforme les rapports sociaux et économiques, modèle les représentations collectives et instrumente les volontés politiques. Il a également permis de voir que le droit possède une rationalité propre et qu'il peut être défini comme fonction ou institution. Cependant, la thématique des transformations du droit, comme le paradigme du droit-phénomène social reste à développer ; ils n'ont été ici qu'abordés.