

PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Jacques Commaille

L'Esprit sociologique des lois

2013796
39 m

L'ESPRIT SOCIOLOGIQUE
DES LOIS

Essai de sociologie politique
du droit

JACQUES COMBAILLE

Professeur de sociologie du droit

8°F

55489

DROIT, ÉTHIQUE, SOCIÉTÉ

COLLECTION DIRIGÉE PAR
FRANÇOIS TERRÉ ET MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

88.422

2019796

34 NC

L'esprit sociologique des lois

Essai de sociologie politique du droit

JACQUES COMMAILLE

Directeur de recherche au CNRS



Presses Universitaires de France

01-12 7 1359 16917

L'esprit sociologique
des lois
Essai de sociologie politique du droit

A Catherine et Gilles

JACQUES COMMAILLE

Directeur de recherche au CNRS

ISBN 2 13 046542 0

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1994, décembre

© Presses Universitaires de France, 1994

108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

Sommaire

<i>Introduction</i>	5
La genèse de la réflexion	5
La justification du choix de l' « objet »	9
L'économie générale de la réflexion	11
<i>Prolégomènes – Une sociologie politique du droit</i>	17
La position du sociologue face au droit	17
La position des sciences politiques sur le droit	19
Le conflit de pouvoir entre juriste et politique	22
La maîtrise de la connaissance du social comme enjeu entre le juriste et le politique	27
Pour une sociologie politique du droit	30

PREMIÈRE PARTIE

LES LOIS DE LA FAMILLE

<i>Chapitre 1 – La production de la loi comme effet de principe</i>	39
Les constances historiques : la présence implicite du « droit inter- médiaire »	39
L' « évolution des mœurs » comme nouvelle incantation	42
Les permanences culturelles au fondement de la production des lois	43



2 *L'esprit sociologique des lois*

La tension fondamentale au sein de la société française	44
Le processus de production de la loi sur la filiation	46
L'énoncé des finalités	49
La construction sociale de l'évidence	52
Les nœuds du débat	53
La question du statut du législateur	54
La question du statut de l'institution familiale	55
La question de l'égalité	56
La question de la « vérité de la filiation »	56
La question du mariage	57
 <i>Chapitre 2 – Les traditions idéologico-politiques françaises</i>	 60
Les exemples de cartes des positions idéologico-politiques	60
L'application des modèles à la question de la filiation	64
La construction sociale de la réforme	65
Le travail de légitimation	66
Un bilan provisoire	72
 <i>Chapitre 3 – La production de la loi comme effet d'affichage</i>	 74
Le déclin du ministère de la Justice comme « ministère de la loi »?	76
Le désinvestissement sur la famille	79
Le mythe de l'enfant	83
De nouvelles forces sociales : les pères, le féminisme	86
Le surinvestissement sur le juge	90
 <i>Chapitre 4 – La production de la loi comme effet de conjoncture</i>	 93
Une loi conjoncturelle	95
Le travail d'expertise et l'économie des positions et des relations entre ministères	102
La triple euphémisation	105
Une euphémisation idéologique	106
Une euphémisation sociale	112
Une euphémisation politique	117

<i>Chapitre 5 – Le changement d'esprit des lois de la famille</i>	120
La présence d'un « législateur juridique »	120
Les interrelations entre « législateur juridique » et « législateur politique »	125
Vers un nouveau modèle	130

DEUXIÈME PARTIE

LE GOUVERNEMENT DE LA FAMILLE

<i>Chapitre 1 – Les modèles politiques de régulation juridique des relations « privé »- « public »</i>	143
Le modèle de la fusion. La société politique comme famille	145
Le modèle de la tutelle. L'Etat comme famille	155
Le modèle du contrat. Le contrat social comme contrat familial	158
L'espace des modèles de relations du familial et du politique comme système	163
<i>Chapitre 2 – Les incertitudes du modèle politique contemporain de régulation juridique des relations « privé »- « public »</i>	165
Le familial et le politique en situation d'illégitimité réciproque?	165
Les incertitudes du législateur politique	166
Une bureaucratisation croissante	169
La « socialisation » du « législateur juridique »	171
Les ambivalences des attentes sociales	177
Le « marché » comme troisième partenaire dans les relations « public »-« privé »	181
Un gouvernement de la famille sans principe général	182
Un modèle de régulation segmentée	191

TROISIÈME PARTIE

LE GOUVERNEMENT DES HOMMES

<i>Chapitre 1 – Les modèles sociologiques de régulation politique</i>	197
La régulation « par le haut »	198
La régulation « par le bas »	204

<i>Chapitre 2 – Les modèles sociologiques de régulation juridique</i>	210
La régulation juridique comme méta-raison	211
La construction de la méta-raison par le juriste	215
Les « prêtres » de la méta-raison	221
La régulation juridique comme science du politique	223
De la régulation juridique à la régulation politique	224
La régulation juridique comme rationalité démocratique	228
Le « marketing politique » comme régulation	233
Les tentatives de requalification de la régulation juridique	241
<i>Conclusion</i>	247
Les enjeux sociaux de la régulation	250
Le mode de structuration sociale	251
Le mode de représentation	251
Le mode de légitimation	253
De la régulation des sociétés industrielles dites « avancées »	254
De la régulation univoque à la régulation plurivoque	254
D'une régulation plurivoque passive à une régulation plurivoque active ?	256
<i>Bibliographie</i>	261
<i>Liste des encadrés, tableaux et schémas</i>	277

Introduction

« J'ai d'abord examiné les hommes, et j'ai cru que, dans cette infinie diversité de lois et de mœurs, ils n'étaient pas uniquement conduits par leurs fantaisies. »

(Montesquieu, *De l'esprit des lois*, « Préface », Paris, GF-Flammarion, 1979, p. 115.)

LA GENÈSE DE LA RÉFLEXION

Considérer l'évolution des conditions de production des « lois de la famille » comme terrain d'application privilégié pour une réflexion plus large sur l'économie des relations « privé »-« public »¹ et, au-delà, sur les interactions entre régulation juridique et régulation politique au sein de nos sociétés, telle est l'intention de cet ouvrage.

Ce qui peut apparaître ainsi comme l'évidence d'un choix intellectuel pour le chercheur en apparence libre de ses choix ne l'est, à la réflexion, pas tout à fait. Même si la liberté de ses thèmes de recherche et de la façon de les traiter est pour lui le plus souvent une réalité, il reste que son activité s'inscrit dans l'histoire : celle de la société toute entière, celle des institutions ou des phénomènes sociaux sur lesquelles il travaille, celle des cadres sociaux de la production de connaissances.

1. On choisira de définir « privé » comme étant la famille, le domestique, et « public », l'Etat et le politique, « ce qui est ouvert à la communauté du peuple et sous l'autorité de ses magistrats » comme le dit Georges Duby dans sa préface à *Histoire de la vie privée* (Paris, Le Seuil, 1985, vol. 1). Mais nous ne méconnaitrons pas les critiques qui peuvent être adressées à une définition du « privé » et du « public » laissant de côté ce qui est entre les deux, c'est-à-dire ce qu'on appelle la « société civile » et qui pourrait ici exister par l'intermédiaire des associations familiales qui « représentent » les familles et, complication supplémentaire, peuvent avoir un « pied » dans le « public » au sens étroit du terme. Nous y reviendrons. Devant de telles incertitudes, peut-être nous faudra-t-il finalement considérer que cette distinction est provisoirement commode et qu'au fond elle est discutable compte tenu de sa « faible rentabilité scientifique » (cf. Dominique Memmi, *Public/Privé*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd. corrigée et augmentée, 1993).

Le propos pourrait paraître somme toute banale. Si nous osons tout de même le tenir, c'est en étant persuadé, dans les limites de la lucidité que nous pouvons nous accorder en la matière, que la construction intellectuelle représentée par cet ouvrage est exemplaire de ce qui est ainsi à la fois une liberté et ce que nous appellerons une inscription historique en partie déterminante.

Dans les années 70, s'est développée une sociologie juridique qui avait fait du droit de la famille l'un de ses fleurons. Dans un contexte où la modernité était triomphante, et la « postmodernité » pas encore autant à la mode pour en dévoiler les incertitudes, la préoccupation du juriste était analogue à celle du politique : comment intégrer cette modernité dans la normativité ou dans l'action. Les transformations de la famille étaient à la mesure de celles observées dans d'autres domaines : éducation, travail, modes de vie, rapports sociaux, rapports de sexe, etc., et les sciences sociales étaient sollicitées pour constituer une sorte d'observatoire de ces changements sociaux afin d'inscrire ceux-ci positivement dans ce qui s'annonçait comme un progrès irréversible. La sociologie juridique ne faisait alors que mettre en œuvre ce que ses grands précurseurs avaient préconisé en parlant de « théorie sociologique du droit » ou de « juristique ». La modernisation du droit pouvait découler au moins pour partie d'une modernisation des comportements sociaux dans un contexte où le soulagement encore présent d'être sorti d'une deuxième guerre mondiale et la croissance économique rendaient optimiste sur le sens de ces « modernisations », ou au moins indulgent. Et puis, du point de vue du droit, ne s'agissait-il pas simplement de rénover, d'actualiser un droit civil dont personne ne contestait qu'il restait le symbole même des vertus de la codification et du statut *exceptionnel* du droit dans un modèle de domination politique légitime défini par Max Weber comme « légal-rationnel » ? Même si beaucoup de voix s'élevaient déjà pour souligner ou déplorer les bouleversements provoqués dans la sphère juridique par l'« Etat-Providence », le droit civil préservait en apparence sa fonction de référent universel.

Dans ce contexte, les sciences sociales, la sociologie particulièrement, devaient être plus que jamais des disciplines praxéologiques et cela ne se mesurait pas mieux que par l'organisation de leur spécialisation : en général, strictement en fonction d'objets sociaux. Et, pour ce qui concerne la famille, nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'une sociologie du droit de la famille constituait une spécialisation au sein même de la sociologie juridique sans que la liaison soit tout à fait évidente avec la sociologie de la famille ou plus encore la sociologie des

politiques de la famille¹. Il ne pouvait en découler que des théories indigènes et en partie aveuglées (si tant est que le travail de théorisation peut avoir sa place dans le cadre de ce qui est d'abord une exigence de description!). Avec quelques grandes figures qui pouvaient s'autoriser à des considérations plus générales sur l'évolution de nos sociétés, seule pouvait s'extraire de cette stricte division du travail, et s'attacher à l'analyse de processus sociaux généraux, une sociologie critique attachée à dénoncer les inégalités, considérées comme inhérentes à un certain modèle sociopolitique de société, et les « intérêts » au fondement de toutes les entreprises de domination... y compris ceux à l'œuvre au sein de la sphère juridique.

En « choisissant » de travailler sur les processus de production de certaines lois de la famille (et non, pour l'essentiel, sur leurs mises en œuvre, c'est-à-dire sur les constructions jurisprudentielles dont elles ont fait l'objet), nous retrouvions nous-même le fil d'une démarche ancienne : celle de nos débuts de chercheur², avec nos références en « sociologie de la décision » et à ce qui deviendra l'analyse des « politiques publiques »³, celle d'une liberté prise par rapport à la fonction assignée au sociologue par la sociologie juridique et consistant à étudier le processus de production d'une loi, en ne s'attachant pas simplement aux fait sociaux « en amont » qui en déterminent en partie le sens ou à ceux « en aval » qui permettent d'en juger la réussite ou l'échec, mais en entrant dans l'analyse du « jeu » même des institutions et des personnes impliquées dans ce processus⁴. Si nous osons cette formule un peu facile, nous dirions qu'il ne s'agissait plus de convoquer un savoir sur le social *pour* le juridique mais *sur* le juridique. Cette démarche impliquait déjà ce qui sera central pour la réflexion développée dans cet ouvrage : la référence au politique, non seulement parce que faire une loi implique que le juridique s'inscrive à un

1. Voir notamment Jacques Commaille, *Les stratégies des femmes. Travail, famille et politique*, Paris, La Découverte, 1993.

2. Cf. Haroun Jamous, *Sociologie de la décision. La réforme des études médicales et des structures hospitalières*, Paris, Ed. du CNRS, 1969.

3. C'est effectivement à partir de celles-ci (les politiques publiques) que Pierre Lascombes, par exemple, rappelle l'importance du droit (Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques, *L'Année sociologique*, 40, 1990, p. 43 à 71) rétablissant une relation évidente que des travaux comme ceux de Jean Gustave Padioleau sur *L'Etat au concret*, Paris, PUF, 1982) avait déjà pu nous suggérer, particulièrement quand il traite dans un des chapitres de son livre de la production de la loi sur l'interruption de grossesse (« La lutte politique quotidienne : caractéristiques et régulations de l'agenda politique. L'exemple de l'interruption de grossesse »).

4. Jacques Commaille et Marie-Pierre Marmier-Champenois, *Sociologie de la création de la norme : l'exemple de changements législatifs intervenus en droit de la famille*, in *La création du droit. Aspects sociaux*, Paris, Ed. du CNRS, 1981.

moment ou à un autre dans des pratiques politiques, mais parce que, banalement, faire une loi c'est accomplir un acte politique au sens de procéder à une intervention majeure dans les affaires de la « Cité ».

Pourtant, fidèle à ce que nous disions au début de cette introduction, il ne peut être question ici uniquement de la démarche du chercheur et de ses aspirations. Cet ouvrage prend une certaine orientation de recherche aussi parce que le contexte sociopolitique, culturel, économique a profondément changé. Nous n'avons pas ici à en faire un rappel détaillé; cela est fait abondamment par ailleurs. Il nous importe seulement de considérer que les transformations de la famille, si elles se poursuivent, ne sont plus perçues de la même façon. Ce qui était d'abord libération ou aspiration à l'égalité devient tout à la fois « risque social » dans une situation économique dégradée (la relation est ainsi facilement établie entre dissolution du couple et établissement d'une « famille monoparentale » exposée à la pauvreté) et « risque sociétal » d'affaiblissement du lien social, de l'engagement des individus dans un collectif au-delà d'une simple recherche hédoniste.

Face à cela le droit civil aurait perdu son statut d'exception si l'on ose dire. Loin de demeurer un référent stable, il serait soumis à la conjoncture, à la pression du quotidien, à la frénésie du changement immédiat. Relativement banalisé dans son statut, il n'échapperait pas aux vastes reconversions du champ juridique dont la signification serait à rechercher dans une crise de la fonction sociale du droit.

Comme nous l'avons déjà vu, cette évolution du statut du droit civil est indissociable de celle du modèle politique légitime dont il était un des attributs. Celui-ci ne pourrait plus fonctionner comme par le passé, le pouvoir politique central étant relativement dépourvu d'autorité, ce qui signifie aussi de l'adhésion des citoyens qui fonde celle-ci. Nous serions à la recherche d'un nouveau modèle de domination légitime : celui que Max Weber n'avait pas pu prévoir !

L'évocation schématique de ce nouveau contexte suffit à montrer que l'élargissement du propos du chercheur, qu'annonce déjà le titre de cet ouvrage, ne saurait découler simplement de sa largeur de vue ou de ses ambitions théoriques personnelles. Cet élargissement s'opère en quelque sorte sous la pression de la nécessité. Le problème ne serait plus de savoir s'il est pertinent ou non de se qualifier de sociologue du droit, ou de sociologue du droit de la famille, eu égard à l'exigence d'utilité sociale que cela impliquerait. Ce serait tout simplement devenu impossible. Plus peut-être pour le chercheur sur le juridique que sur d'autres objets sociaux moins liés au gouvernement des hommes, l'ouragan qui a

secoué la société industrielle a mis à découvert les espaces entourant les petits univers bien réglés dans lesquels les chercheurs en sciences sociales et leurs commanditaires se contentaient de donner sens aux phénomènes sociaux qui les concernaient directement par un simple jeu de question-réponse et une division du travail clairement établie.

Il importe que le chercheur se donne les moyens d'un nouveau positionnement intellectuel, moins aveuglé à l'égard des processus sociaux généraux dans lesquels s'inscrit son « objet ». C'est ce que nous avons tenté dans cet ouvrage... sans oublier le long cheminement qui en a précédé la rédaction et sans ignorer les conditions socio-historiques de sa réalisation.

LA JUSTIFICATION DU CHOIX DE L' « OBJET »

Il revient alors de donner précisément tout son sens au choix de l'« objet ». Les lois de la famille que nous avons prises comme support de notre réflexion seraient ainsi pour nous moins indicatrices d'une évolution possible des comportements privés ou des attitudes en la matière qu'elles ne rendraient compte, particulièrement quand elles concernent la question de la filiation, d'une certaine façon pour le social de se construire et pour le pouvoir politique de soumettre ou de faire adhérer la société à des principes directeurs.

Du côté de la famille, il ne s'agit finalement que de retrouver la perspective de l'histoire ou celle de l'anthropologie pour lesquelles la question de la parenté ou de la filiation ne sont rien moins que celle des éléments constitutifs du social et du politique. Comme le dit Pierre Legendre, « la généalogie dans son principe ne vise pas seulement le faisceau des réalités biologiques, mais bien l'ensemble des systèmes institutionnels fabriqués par l'humanité pour survivre et se répandre »¹. N'est-ce pas également Marc Abeles qui annonce son « anthropologie politique » en affirmant « une continuité conceptuelle entre le privé et le public »².

Du côté du droit, il s'agit de ne pas s'en tenir à une conception suivant laquelle ce qui serait en question ici ce serait une simple gestion des hommes, des modes d'organisation de leur vie privée, du point de

1. Pierre Legendre, *L'inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident. Leçons IV*, Paris, Fayard, 1985, p. 9.

2. Marc Abeles, *Anthropologie de l'Etat*, Paris, A. Colin, 1990.

vue de leur reproduction biologique et sociale, et par conséquent, du degré d'aptitude du droit à prendre la mesure des évolutions nécessaires afin d'assurer la meilleure efficacité au gouvernement des populations. Le droit n'est pas seulement disposition concrète, il est symbole, symbole de la façon dont les hommes se représentent ce que doivent être leurs relations mais aussi symbole comme moyen d'imposition pour certains hommes investis d'autorité (morale, juridique, politique) d'une représentation « juste » des relations au sein du monde social. Et c'est précisément ce rapport au droit des sujets sociaux, la valeur qu'ils lui accordent au plan symbolique, et réciproquement la faculté pour tout pouvoir d'user de cette fonction symbolique, qui confèrent au droit un troisième sens sociologique : celui qui tient à son statut social tout au long de l'histoire d'une société donnée et l'autorise plus ou moins à contribuer à la construction de la légitimité du pouvoir politique.

Nous verrons que les observations sur lesquelles se base notre réflexion ont été conçues pour nous permettre de saisir les éventuels changements en la matière. Il ne s'agit pas de nous saisir de ceux-ci, s'ils existent, pour faire œuvre de philosophie sociale, de moraliste, de commentateur doctrinal, par exemple sur ce qui serait précisément une « inquiétante » disjonction entre le « privé » et le « public », un « désengagement » des acteurs sociaux vis-à-vis des valeurs communes ou de la construction du « Bien commun ». Il appartient à d'autres d'interpréter ce que nous nous efforçons d'observer et d'analyser, c'est-à-dire au-delà des éventuelles transformations du droit de la famille dans sa construction par le politique, les évolutions, en interrelation, de la régulation juridique et de la régulation politique au sein de notre société. En quoi celles-ci prennent-elles des formes qui seraient en rupture avec les modèles de domination légitime construits par Max Weber et en quoi annoncent-elles l'avènement, au-delà du simple constat désenchanté de la « crise », de nouvelles mises en œuvre de la régulation des sociétés industrielles dont le modèle resterait précisément à construire ?

Dans cette perspective, le droit — et ici le droit civil choisi comme objet prend toute sa valeur — est réinstitué dans sa fonction d'indicateur privilégié de modes d'organisation sociale, comme lorsque Emile Durkheim associe formes de solidarités et types de droit¹, et des modes

1. Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1960. Voir également sur la place du droit dans l'œuvre de Durkheim : Steven Lukes et Andrew Scull, *Durkheim and the Law*, Oxford, Martin Robertson, 1983.

d'établissement du pouvoir légitime, comme le fait Max Weber avec sa typologie des dominations¹. Ainsi que le considère Roger Cotterell, l'étude sociologique du droit permet alors une « compréhension plus profonde de la nature de la vie sociale »².

L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA RÉFLEXION

Il est ainsi logique que l'économie générale de cet ouvrage soit marquée par une volonté de généralisation et d'inscription du droit de la famille dans des processus sociaux généraux, en l'occurrence ceux touchant à la régulation juridique et à la régulation politique de la société globale. Cela justifie que dans des prolégomènes nous nous attachions à définir ce que pourrait être une sociologie politique du droit. Si l'on admet, comme le considère Jacques Lagroye, que « la sociologie politique aurait pour but (...) d'analyser le plus finement possible tout ce qui "est" politique, c'est-à-dire ce que chacun reconnaît comme relevant de ce domaine d'activités »³, le fait de développer notre réflexion à partir de réformes législatives ne rend pas nécessaire de considérer ici cette autre extension possible de la sociologie politique concernant les « effets politiques (...) de *faits sociaux* apparemment étrangers aux activités politiques, en tout cas non identifiés comme tels »⁴. Nous ne sommes pas ici à la recherche d'une quelconque nouvelle sous-discipline, mais nous proposons un regard sur le droit, marqué par un *relativisme méthodique*, qui fait de celui-ci et des juristes un élément important de la « construction du politique ». Introduire le terme « politique » procède bien ici d'une intention forte : celle de se distinguer d'une sociologie du droit conçue à partir d'une fascination à l'égard de l'extrême complexité de l'objet juridique de telle sorte qu'il puisse être oublié, sauf dans des perspectives militantes ou prophétiques, que le juridique participe du politique. Or tel est bien là l'objet de notre réflexion.

Comme nous l'avons déjà dit, celle-ci s'appuie sur une observation de processus de réformes législatives dans le domaine du droit de la famille. C'est de celle-ci dont nous rendons compte dans une première

1. Max Weber, *Economie et Société*, Paris, Plon, 1971, t. 1, p. 219 à 252.

2. Roger B. M. Cotterell, Law and sociology. Note on the constitution and confrontations of disciplines, *Journal of Law and Society*, vol. II, number 1, Spring 1986, p. 20 et s.

3. Jacques Lagroye, *Sociologie politique*, Paris, Presses de la FNSP, Dalloz, 1993, p. 12.

4. *Ibid.*, p. 13.

partie consacrée aux « lois de la famille ». De la loi du 3 janvier 1972 en matière de filiation, en passant par la loi du 22 juillet 1987 instituant la possibilité de l'autorité parentale conjointe, jusqu'à la loi du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant un juge aux affaires familiales, y a-t-il des transformations importantes dans les conditions d'élaboration, de traitement politique de ces réformes jusqu'au point où il pourrait être question d'un changement de modèle législatif et de ce que nous appellerons la carte des positions idéologico-politiques au sein de la société française à propos du « privé » et de la relation « public »-« privé »?

Nous tenterons de répondre à cette question à partir de l'étude d'un matériau dont nous ne cacherons pas les limites¹. Nous sommes dans un domaine où la systématisation des techniques d'observation, le recours aux traitements de données les plus sophistiquées, l'utilisation de l'analyse sémiologique, etc., comme nous l'avons vu pour certaines recherches dans ce domaine, n'enlèveront rien de l'« inachèvement essentiel » du travail de connaissance en la matière comme l'aurait dit Max Weber.

Ce dont nous disposons ne constitue qu'une toute petite partie de ce qui s'est passé². Rien ne le révèle mieux que les interminables comités, dans le cadre du travail d'interprétation de la loi, sous forme de suppositions des juristes sur les « intentions » du « législateur », sur le « probable compromis » entre des forces plus ou moins identifiées que représenteraient telle disposition ou telle modification de l'écriture du texte, etc.

La production de la loi, ce n'est pas seulement les débats parlementaires sous forme de comptes rendus au *Journal officiel*. Ce sont des téléphones échangés, des apartés, des déjeuners en ville, des lettres ou des messages manuscrits, etc. Au cours de notre recherche, une rencontre avec une des grandes figures du mouvement de réforme du droit de la famille nous a rappelé à l'humilité et au réalisme en la matière. Face à nos certitudes du sociologue, et à notre propension à la généralisation, il opposait la richesse, la subtilité, la complexité de son expérience; en un mot nous avons pris conscience d'une certaine irré-

1. Sur les caractéristiques de ce matériau, on pourra se reporter à l'analyse pénétrante qu'en fait Eric Landowski, Le débat parlementaire et l'écriture de la loi, *Revue française de science politique*, 27, 3 juin 1977, p. 428 à 441.

2. ... ou pas passé! Nous ne savons rien de tous ces projets qui ne sont jamais venus jusqu'au Parlement, qui n'ont finalement jamais été inscrits « sur l'agenda » politique. Et pourtant, comme le dit joliment Jean-Claude Thoenig, « les projets ne remontent pas par une sorte de "robinsonnade" démocratique! »

ductibilité de l'histoire vécue à une constructive intellectuelle visant à épuiser le sens en simplifiant le réel. Derrière les discours, il y avait les conversations privées avec le ministre, les discussions informelles dans les couloirs de l'Assemblée avec le rapporteur du projet de loi et son principal opposant, etc. De l'avis même de notre prestigieux interlocuteur, l'importance de cette informalité ne ferait que grandir avec le temps : « Les travaux parlementaires ne sont plus aussi significatifs que jadis ; ils deviennent de moins en moins des bons témoins du processus de réforme. Les travaux préparatoires des commissions étaient un bon reflet encore que souvent il y avait un décalage avec ce qui était rapporté dans les comptes rendus officiels. Maintenant, c'est le téléphone qui remplace les débats de commission, les échanges informels entre bureaux ou entre personnes... »¹

Se livrant à une « histoire législative » à partir de sa propre expérience, le doyen Carbonnier confirme ces propos : « Que dire alors des lois de notre temps ? La complexité de l'appareil étatique multiplie les coulisses où se prennent les décisions, le téléphone véhicule des arguments sans laisser de traces, il y a des secrets du château. Sans doute l'historien des lois peut-il donner plus de corps à sa recherche, à supposer qu'il en ait les moyens, en l'étendant vers des éléments extérieurs à la machinerie étatique : les pétitions et protestations, les réactions de la presse, les enquêtes d'opinion, etc. Toutefois, même ainsi élargie la recherche, c'est souvent un monde d'apparences qu'elle captera, il y a trop de ressorts invisibles sous ces médias qui se croient spontanés. La vérité de l'histoire législative serait-elle donc inaccessible ? »²

Notre construction intellectuelle est ainsi bâtie sur une construction politique ou une « transfiguration » de la réalité sociale concernée par les mécanismes de la représentation au Parlement, et, en plus, par l'intermédiaire des comptes rendus au *Journal officiel* ! Les discours ou les interventions au Parlement ne sont pas seulement l'expression d'une position dans le débat : ils participent d'une « mise

1. Entretiens avec M. le doyen Carbonnier, 28 janvier 1993 et 12 novembre 1993.

2. Jean Carbonnier, Une législation revisitée comme un champ de bataille, in *Hommage à Ioanni Deliyanis*, Université de Thessalonique, 1991, p. 228. On ne résistera pas au plaisir, malgré les risques que cela comporte pour nous (!), de citer ici la réflexion, toute aussi désenchantée... mais pleine d'humour, à laquelle le doyen Carbonnier se livre ensuite à propos de ce qui serait une « méthode subjective » en la matière : « Fabrice est le héros de Stendhal dans *La Chartreuse de Parme*, célèbre témoin de la journée de Waterloo. Il n'en voit que ce qu'un soldat peut en voir dans les coins plus ou moins bouleversés où le hasard l'amène successivement. Il assiste au passage de l'empereur sans s'en apercevoir, galope par raccroc à la suite du maréchal Ney dans une direction indéfinissable — et finalement il aura traversé le champ de bataille et la route de la déroute sans avoir rien compris à rien » (*Ibid.*, p. 228-229).

en forme politique à destination d'un public extérieur à l'enceinte parlementaire¹.

Le brouillage que constitue déjà cette « mise en scène », cette « théâtralisation », est accentué par les règles du jeu propres au monde parlementaire² concernant « la mise en jeu, publique et disputée, des titres à parler »³, dans le cadre d'un système subtil de détermination des compétences où l'autorité du spécialiste (à proportion du degré de technicité, d'expérience de la réalité sociale concernée ou... de capacité reconnue à tenir une position morale) le dispute à l'autorité politique de « ceux qui sont dotés de ressources politiques objectivés dans des titres publics »⁴.

Pour ne pas nous soumettre tout à fait aux « entrepreneurs en représentations » et résister quelque peu à la redoutable sagesse d'une pensée thibétaine nous invitant à considérer que faire de la recherche sur la production de la loi, « c'est vouloir contenir l'eau d'une cascade dans le creux de ses mains réunies », nous nous sommes engagé, outre à consulter méthodiquement le « miroir » des médias (la presse écrite), dans des entretiens avec plusieurs des acteurs de ce « théâtre » juridico-politique, conformément à ce que d'autres spécialistes préconisent à partir du constat de « l'insuffisance fréquente des sources documentaires officiels, parlementaires spécialement, pour parvenir à percer les enjeux d'un processus législatif »⁵.

C'est à partir de tout cela que nous nous sommes finalement auto-

1. Ce que démontre une analyse du travail parlementaire sur le social : « S'attendant à devoir déchiffrer un langage codé, où les points de vue sociaux sur les problèmes traités sont transfigurés dans la langue plus spécialisée des professionnels de la parole politique, le lecteur est de prime abord déconcerté par les "échappées" d'un langage ordinaire accessible aux profanes battant en brèche le cours établi du débat. En effet, à côté des prises de parole ritualisées que sont les discours préparés des orateurs officiels — ministre, rapporteur de la commission, rapporteur pour avis, intervenants inscrits à l'ordre du jour du débat — surgit toute une kyrielle d'interjections, d'attaques ou d'approbations véhémentes interrompant, ponctuant ces propos conventionnels (...) Ces manifestations intempestives, spontanées ou obligées — comme celles des anciens ministres — n'en obéissent pas moins à des règles et des principes : recherches d'effets ou stratégies rhétoriques visant à attirer la sympathie (des journalistes parlementaires par exemple). Elles contribuent, elles aussi, au déroulement des débats et à sa mise en forme particulière. » Cf. Annie Collovald et Brigitte Gaiti, *Discours sous surveillances : le social à l'Assemblée*, in Eurrap, *Le « social » transfiguré. Sur la représentation politique des préoccupations sociales*, Paris, PUF, 1990, p. 10. Une telle analyse fait écho fidèlement à ce qu'observe un acteur illustre des réformes en droit de la famille : « Aujourd'hui, chaque parlementaire dit ce qu'il doit dire pour ses électeurs. Il y a une grande partie de spectacle pour la galerie. Chacun ne dit pas ce qu'il pense au fond. Lors du débat sur la filiation, il y eut un incident en séance publique entre MM. Foyer et Mazeaud qui ne correspondait pas à la réalité : un quart d'heure après, ils se tapaient sur l'épaule » (Entretien).

2. Sur la face interne de la vie parlementaire, voir notamment le « témoignage » de Guy Carcassonne, *De la démocratie au Parlement*, *Pouvoirs*, 64, 1993.

3. Annie Collovald et Brigitte Gaiti, *Discours sous surveillance...*, *op. cit.*, p. 33.

4. *Ibid.*, p. 36.

5. Philippe Robert, *Sociologie et création de la loi pénale*, in *La création de la loi et ses acteurs. L'exemple du droit pénal*, *Onati Proceedings*, 3, 1991, p. 211.

risé à une recherche de sens sur ces premiers constats. Cette recherche de sens exigeait une première généralisation. C'est celle que nous tenterons dans une deuxième partie en resituant précisément la question du droit de la famille dans celle, plus générale, de l'économie des relations « privé »-« public », de ce que nous avons appelé le « gouvernement de la famille ». Le « jeu » sera élargi ici non pas seulement aux autres droits (avec notamment le droit social, instrument réel et symbolique d'une conception différente, opposée et complémentaire de la relation « public »-« privé ») mais à l'identification de modèles politiques de ce que doivent ou peuvent être la place, le statut du « privé » par rapport à la société et à l'Etat, ceci pour mieux comprendre ce que pourrait être ce que nous appellerons une situation d'« illégitimité réciproque » entre le « privé » et le politique.

Celle-ci, si elle existe effectivement, nous conduira à une quête de signification dans un second niveau de généralisation. Ce que nous aurons analysé dans les deux premières parties ne saurait être spécifique à l'objet « droit de la famille » ou même à celui des relations « privé »-« public ». Nous verrons que, sur bien des aspects, les conclusions auxquelles nous aurons abouti convergent avec de nombreuses autres analyses portant plus généralement sur les régulations des sociétés industrielles dites « avancées ». L'ampleur des questions posées par nos propres observations nous amènera à un retour sur les façons dont quelques-unes des grandes figures historiques conçoivent ce qu'on pourrait qualifier de modes de construction de la légitimité. Ceux-ci seront pour nous autant de modèles sociologiques de régulation politique dont une « crise de légitimité » au sein de nos propres sociétés conduirait à rechercher le dépassement.

C'est en référence à ces incertitudes de la régulation politique que nous pourrions finalement revenir sur la régulation juridique en général pour juger de sa capacité à se situer de façon maîtrisée entre transcendance et immanence et, par conséquent, à contribuer ou non à l'établissement d'une régulation politique renouvelée¹.

1. Comme nous venons de le laisser entendre, cet ouvrage est dans une certaine continuité de nos réflexions sur le droit, mais nous voudrions aussi qu'il ouvre de nouvelles perspectives. Si nous portons depuis longtemps cette aspiration d'une confrontation avec le politique, celle-ci n'a pu être réalisée que grâce à l'amitié et la confiance accordées par Annick Percheron, à la bienveillance et à la cordialité de Pascal Perrineau et des collègues du CEVIPOF, à l'aide extrêmement précieuse de Sarah Hillcoat-Nalletamby, aux échanges particulièrement stimulants au cours d'un *Lundi du CEVIPOF*. Enfin, toute cette écriture serait restée à l'état d'infâme brouillon sans l'exceptionnelle compétence, efficacité et fidélité de Catherine Coulombier.

Prolégomènes

UNE SOCIOLOGIE POLITIQUE DU DROIT

« Telle est bien aussi, dans l'*Esprit des lois*, l'ambition de la science du droit (...), qui ne se sépare pas, pour l'auteur, de la science politique (...) Il y a donc là une place vide. Rien ne dit qu'elle ne puisse de nouveau être occupée par une réflexion sur le droit joint à la politique. »

(Victor Goldschmidt, Introduction à Montesquieu,
De l'esprit des lois, 1. *op. cit.*, p. 56.)

LA POSITION DU SOCIOLOGUE FACE AU DROIT

Dans une rue de Genève, une vieille dame croise un monsieur, le regarde avec stupéfaction et lui dit : — « Mais vous êtes l'écrivain Borges » — « Parfois, Madame, seulement parfois », lui répond Jorge Luis Borges. Face au droit, ne risque-t-on pas de n'être que parfois sociologue. Nous avons maintes fois disserté sur la difficulté de développer une analyse sociologique face au droit, c'est-à-dire sur le risque d'être soit dans une trop grande proximité, soit dans une extériorité tout aussi aveuglée. Nous n'y reviendrons pas ici.

Notre problème est de tenter d'offrir, sur la question de la production de la loi, une réflexion proprement sociologique qui apparaisse pertinente sans rechercher l'originalité ni dans une technicité méthodologique reconnue comme telle par les juristes ni dans un discours systématiquement critique supposé être la rupture épistémologique tenant lieu de passeport pour les sciences sociales.

Ce qui nous importe, c'est de saisir les processus sociaux généraux qui sont à l'œuvre dans la production de la loi et ses évolutions. Il ne s'agit pas d'établir simplement la relation entre « droit » et « société » sous la forme d'une évaluation de l'influence des pratiques sociales sur

le droit et *vice versa*, en ignorant la « boîte noire »¹. Il s'agit de se servir des façons dont le droit est produit comme un exceptionnel révélateur des conditions sociales, culturelles, économiques et politiques propres au contexte historique dans lequel il est produit.

Bien entendu, il ne saurait être question, dans la poursuite de cet objectif de connaissance, de négliger le juridique lui-même. Le discours de la loi, les débats proprement juridiques, les débats de doctrine, la jurisprudence portent, dans leur intériorité oserons-nous dire, dans ce qui les spécifie du point de vue de la technique juridique, de la « science du droit », ces processus sociaux généraux dont le dévoilement nous importe. Nous ne prétendrons pas inaugurer ici une nouvelle voie de réflexion sur le droit. Celle-ci a été déjà brillamment empruntée pour souligner les enjeux sociopolitiques, culturels, qui pèsent sur la production du droit, dans le processus de sa construction même². La littérature juridique ne cesse, parfois derrière des formulations d'une extrême technicité, de traiter de ces enjeux, des principes fondamentaux sur lesquels sont ou devraient être fondés l'ordre social, ou, comme nous le verrons, l'ordre familial.

Mais nous ne saurions nous en tenir à ce niveau juridique vu « de l'intérieur ». D'abord il est traité par ailleurs : dans les traités, l'œuvre de doctrine, la philosophie du droit... Ensuite, nous n'avons pas compétence pour nous en tenir à ce niveau. Enfin, l'aspiration à nous saisir du juridique dans ses processus de construction d'un *point de vue sociologique*, comme « objet » de recherche, nous conduit à le considérer avec précaution. Il s'agit d'un « objet » plein de pièges si l'on n'y prend garde. Certes, « il faut prendre le droit au sérieux » comme nous le rappellent les jurissociologues³, mais plus la matière juridique est riche et technique plus le risque nous semble exister de ne pouvoir procéder à la rupture épistémologique nécessaire. Au-delà d'être une technique, le droit apparaît, plus encore ici sur une matière aussi sensible, comme une « science normative » face à laquelle il est difficile d'imposer une « science positive ». Le risque était de s'en tenir à un commentaire doctrinal s'ajoutant à d'autres, sans la compétence et avec ces considéra-

1. Cette notion de « boîte noire » a été particulièrement mise en valeur dans le domaine des politiques publiques. Cf. Yves Meny et Jean-Claude Thoenig, *Politiques publiques*, Paris, PUF, 1989, p. 351 et s.

2. Nous pensons ici notamment aux travaux d'André-Jean Arnaud, particulièrement à son *Essai d'analyse structurale du Code civil* (Paris, Librairie des philosophes du droit, 1973) ou encore à son article sur La famille-cocon (*L'Année sociologique*, 27, 1976).

3. Jacques Commaille, La sociologie du droit en France. Les ambiguïtés d'une spécialisation, *Sociologia del Diritto*, 2, 1989.

tions pseudo-sociologiques donnant l'illusion d'une scientificité accrue alors qu'il ne s'agit que de discours de sens commun. Bien entendu, il n'est pas question de prendre une question éminemment juridique en faisant semblant qu'elle ne l'est pas, ou presque pas ! Mais la question juridique est aussi une question sociale et politique et le problème de la recherche est de tenter de saisir la complexité de ce qu'on pourrait considérer comme un système d'interactions multiples entre ces niveaux de sens. On pourrait alors se demander si une démarche circonscrite à la « recherche juridique » est susceptible ici d'avoir sa justification. Sans doute si l'on s'intéresse à la place d'un dispositif juridique particulier par rapport à d'autres dispositifs juridiques, du point de vue de sa construction, des principes au fondement de ce dispositif, des interprétations ou réinterprétations auxquelles il a donné lieu dans le temps. Mais une mise en rapport avec le social, non limitée à la prise en considération des comportements sociaux ou des attitudes au sein de la société exigeant de légiférer, intégrant l'étude des forces sociales à l'œuvre *y compris au sein de la sphère des producteurs de droit* (juristes, techniciens-administrateurs et politiques), justifie une approche proprement sociologique dont nous définirons ultérieurement les prétentions mais aussi les limites, au moins pour ce qui concerne l'objectif qui nous intéresse ici.

LA POSITION DES SCIENCES POLITIQUES SUR LE DROIT

A ce stade, où il convient de régler l'objectif de notre « appareil photographique », la possibilité pourrait être envisagée de passer d'un « gros plan » sur l'« objet » droit à un « grand angle » où celui-ci ne serait plus qu'un élément de la composition parmi beaucoup d'autres. C'est un peu la perspective classique adoptée par les sciences politiques qui font l'« impasse sur la question de la juridicité (...), avec le choix de tout ignorer de [sa] force matérielle » au nom de son « insignifiance »¹, et accordent une valeur limitée au droit pour révéler les processus sociopolitiques à l'œuvre au sein de la société.

Max Weber avait développé la thèse sur l'autonomisation de la sphère juridique par la création d'un corps de professionnels spécialisés². Dans le cadre de la rationalisation des sociétés industrielles, mar-

1. Jacques Caillousse, *Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs*, *Droit et société*, 25, 1993.

2. Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986.

quée par l'extension de l'activité étatique et le développement de la bureaucratie, s'affirmait un droit élaboré par des professionnels, des « notables de la robe » imprimant au droit le caractère de « droit des juristes »¹. Logiquement, cette apparition de juristes spécialisés, cette influence croissante des professionnels du droit va favoriser une dynamique interne à la sphère juridique dans la création de la norme juridique, c'est-à-dire interne au « cercle de personnes qui par métier sont en mesure d'influer sur la manière dont le droit est formé ; ce n'est que de façon indirecte que le développement du droit est influencé par des conditions économiques et sociales »². Rien n'est plus illustratif de ce processus d'autonomisation croissante de la sphère juridique que la façon dont y concourt l'enseignement du droit lui-même : « Les concepts que l'enseignement universitaire dégage ont le caractère de normes abstraites qui, au moins en principe, sont formés et délimités entre eux de façon formaliste et rationnelle par des interprétations logiques signifiantes. Le caractère systématique et rationnel de ces normes tout comme leur contenu très peu concret peut très largement émanciper la pensée juridique des besoins quotidiens des intéressés. »³ Dans le prolongement de cette conception weberienne, la science politique est ainsi encline à souligner une représentation du droit chez les juristes comme « indépendante de sa valeur d'usage (...) La révérence du juriste pour le texte qui le pousse à s'intéresser d'abord à "la règle" le [porterait] à surestimer celle-ci »⁴. Il y aurait une dynamique propre de la sphère juridique, conçue quelque peu comme la mise en œuvre d'une « raison pure » du droit hors de toutes contingences sociales et politiques. Suivant les critiques adressées particulièrement à Hans Kelsen, le droit est appréhendé comme un système clos et autonome, dont le développement ne peut être compris que selon sa « dynamique interne ». Il est ainsi considéré que la théorie pure du droit serait « fondée sur le postulat de l'autolimitation de la recherche au seul énoncé des normes juridiques, à l'exclusion de toute donnée historique, psychologique ou sociale, et de toute référence aux fonctions sociales que peut assurer la mise en œuvre de ces normes »⁵.

1. *Ibid.*, p. 140.

2. *Ibid.*, p. 141.

3. *Ibid.*, p. 147.

4. Bernard Lacroix, *Ordre politique et ordre social. Objectivisme, objectivation et analyse politique*, in Madeleine Grawitz et Jean Leca, *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1, p. 539.

5. Pierre Bourdieu, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, septembre 1986, p. 3.

Mais, ici, ce serait moins l'idéal des juristes qui serait visé par l'analyse que le jeu propre des professionnels du droit : « Le droit évolue de manière autonome, en fonction de la seule logique des professionnels qui sont maîtres de l'écrire et qui l'écrivent hors de toute considération des conditions concrètes de son application (...) La nécessité (...) pour les professionnels de la norme de produire du droit l'emporte sur la recherche d'un encadrement de la vie sociale par le droit : le droit semble se réduire là à la seule justification de l'existence de ses producteurs. »¹

Et puisque ainsi « l'univers des pratiques ne se superpose pas à l'univers des normes », la conclusion s'impose du point de vue de la science politique : « Le politologue doit traiter le droit comme une variable parmi d'autres. »²

Une fois opéré ce travail de relativisation du juridique, à l'opposé de ce qui est pensé comme une survalorisation par les juristes eux-mêmes, au nom de ce qui est dénoncé comme du « juridisme », sa valeur heuristique est paradoxalement reconnue, car même s'il se veut construction parfaite, rationnelle, obéissant à la « raison juridique », le juridique serait, le plus souvent, traduction « de rapports de force, produit de marchandages et de compromis »³. Dans cette optique, le juridique aurait moins le statut de référence absolu qu'il ne constituerait un ensemble de « ressources » dans lequel puiseraient, suivant les circonstances, les forces sociales et politiques au sein de la société. A la limite, tout le travail juridique d'interprétation (la « doctrine ») ne participerait pas de cet effort permanent de maîtrise de la « raison juridique », mais servirait surtout à fournir des « arguments aux hommes qui s'opposent dans la compétition proprement politique »⁴.

Le juridique intéresse également la science politique, laquelle, au-delà de la critique de son artificialité par rapport au social et au politique au moment de sa construction, admet son influence comme instrument d'ordre. En référence à « un champ politique fonctionnant comme mécanisme collectif de rappel à l'ordre », la « force du droit » peut être reconnue non pas par sa nature propre, mais par un « effet de croyance » susceptible de permettre ainsi au droit d'acquérir une auto-

1. Pierre Favre, La manifestation entre droit et politique, in *CURAPP, Droit et Politique*, Paris, PUF, 1993, p. 288.

2. *Ibid.*, p. 292.

3. Bernard Lacroix, *Ordre politique et ordre social...*, op. cit., p. 542.

4. Daniel Gaxie, *Jeux croisés : droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le président de la République*, in *CURAPP, Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 218.

rité qu'il ne possède pas en tant que tel : « La convergence en pratique de l'expérience pragmatique de l'autorité de la règle juridique et des effets de sa célébration accréditée et, en accréditant, réalise son autorité. »¹

D'un côté donc, nous trouvons une focalisation sur le juridique, celui-ci étant au centre de la régulation de la société. De l'autre côté, c'est une focalisation sur le politique, sur le champ politique, qui est opérée, le juridique n'étant qu'un élément parmi d'autres dans cette régulation d'ensemble².

LE CONFLIT DE POUVOIR ENTRE JURISTE ET POLITIQUE

C'est bien la question du statut épistémologique du juridique qui est ainsi posée. Nous pourrions considérer qu'il s'agit d'une différence de perspective suivant des disciplines de sciences sociales ou encore de spécialisations différentes. Mais on ne saurait ici se contenter de l'idée de spécialisation différente impliquant éventuellement celle de complémentarité. Il y a contradiction et, pour tenter de définir une position sociologique juste sur la production du droit, il nous faut saisir le sens de cette contradiction, sa genèse.

Celle-ci nous semble résider dans un conflit de pouvoir autour du politique dont l'expression se trouve à la fois dans l'affirmation des rôles respectifs du juriste³ et du politique et dans la mobilisation du travail de connaissance effectuée du côté de la sphère juridique, du côté de la sphère politique.

Formellement, la distinction des rôles du juriste et du politique peut être établie malgré les confusions possibles si l'on se réfère à ce qu'en dit le doyen Carbonnier : « C'est déjà une difficulté que de distinguer du droit la politique (au sens noble, s'entend). On ne peut s'aid

1. Bernard Lacroix, *Ordre politique et ordre social...*, *op. cit.*, p. 550-551.

2. Bien sûr, en soulignant cette dichotomie, nous n'écarterons pas les tentatives de mise en relation du juridique et du politique faites par le droit public, le droit constitutionnel (nous y reviendrons), le droit communautaire quand il appréhende, à partir des droits, l'Europe comme un phénomène politique, ou encore les réflexions de précurseur développées par Pierre Legendre, notamment dans ses *Leçons*, qui s'adresse « depuis le Droit à une science politique ». Cf. Jacques Caillousse, *Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs*, *op. cit.*

3. On pourra lire dans l'article de Jacques Caillousse, *Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs*, *op. cit.*, une analyse de l'influence du positivisme juridique dans cette clôture du juridique sur lui-même, dans ce souci « de protéger [le juridique] de toute contamination politique », dans cette indifférence « à tout ce qui touche aux conditions comme aux finalités sociales de la production normative ».

votent les lois fixent la politique du pays; le même juge qui dit le droit peut, modulant les condamnations sur l'effet d'intimidation qu'il recherche, pratiquer à sa façon une politique criminelle. Parmi les auteurs qui mettent les deux notions en parallèle, les uns placeront le droit au-dessus, les autres au-dessous de la politique : sans doute ceux-ci pensent-ils au droit positif, ceux-là au droit naturel. »¹ Pourtant, toujours selon le doyen Carbonnier, la distinction est possible : « La politique et le droit sont deux modes d'action du pouvoir; mais, tandis que, dans le droit, le pouvoir s'exprime par des règles continues qu'il donne aux individus et dont il leur impose le respect au moyen de décisions discontinues, dans la politique il s'exprime par des décisions discontinues qu'il prend en vertu d'un plan continu, qu'il ne s'est donné qu'à lui-même. » Pour le doyen Carbonnier, le politique c'est « la direction, le cap », le droit étant « la construction du navire, son grément, sa flottaison »². Mais nous verrons constamment que, dans la réalité du processus de production de la loi, les choses sont moins simples. L'usage plein d'incertitude du terme « législateur » en est une parfaite illustration. Le « législateur », s'agit-il du politique — le ministre ou le parlementaire — qui conçoit une réforme ou contribue à sa construction tout au long des procédures prévues à cet effet? Mais le juriste qui prépare le texte dont le politique se saisira ensuite n'est-il pas lui-même « législateur »?³ Tout en considérant que « légiférer, c'est une manière de gouverner »⁴; le doyen Carbonnier évoque ainsi l'existence d'un « législateur juridique » sans doute pour le distinguer du « législateur politique »⁵ dans les termes suivants : « Il ne faut pas chercher dans cette législation de 1964-1975 [les grandes réformes du droit de la famille] une pensée politique personnelle au "législateur juri-

1. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 32.

2. *Ibid.*, p. 32.

3. Sur ces incertitudes du « législateur », voir notamment Guy Braibant : « Celui-là est un personnage de la mythologie politique que l'on appelle le "législateur". Les juristes évoquent souvent la volonté ou l'intention du législateur. Mais qui est-il? C'est en réalité un ensemble complexe d'"acteurs" comme on dit aujourd'hui, ou encore de "décideurs". Au commencement du processus de fabrication se situent des personnages divers : le président de la République, le premier ministre, un ministre (qui parfois lui donne son nom), ou leurs collaborateurs; ou un parlementaire, un parti, un syndicat, une organisation professionnelle, ou encore une autorité qui exerce des fonctions de contrôle, d'étude ou de juridiction, comme le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, la Cour des comptes, le médiateur de la République, un corps d'inspection; ou bien, et c'est le plus souvent le cas, l'Administration elle-même — c'est ce qu'on appelait autrefois la "législation de chefs de bureau". Une formule qui se développe aujourd'hui est celle de commissions ou de comités de "sages" permanents ou créés pour la circonstance, qui proposent, spontanément ou à la demande du gouvernement, des réformes législatives. Le projet peut aussi provenir des sommets de l'Etat, des corps constitués, des services de l'Administration ou d'un organe de la "société civile" », cf. Guy Braibant, *Qui fait la loi? Pouvoirs*, 64, 1993, p. 43.

4. Jean Carbonnier, *Une législation revisitée comme un champ de bataille*, *op. cit.*, p. 228.

5. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 396.