

Paru dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques. Dossier : le droit en contexte*, 2013, vol. 70, p. 157-163.

Droit, contexte et changement social

Julie Ringelheim

Chercheur qualifié FNRS

Chercheuse au Centre de philosophie du droit de l'UCL

« The standpoint taken is that law is through and through a social phenomenon; social in origin, in purpose or end, and in application. (...) [T]his position signifies that law must be viewed both as intervening in the complex of other activities, and as itself a social process, not something that can be said to be done or to happen at a certain date. »

*John Dewey*¹

La première interrogation soulevée par les coordinateurs de ce dossier – le droit est-il source, alluvion, affluent ou aboutissement des changements sociaux ? – ne peut à mon avis recevoir de réponse unique. Selon les contextes et le point de vue adopté, le rapport du droit au changement social peut apparaître comme correspondant tantôt à l'une, tantôt à l'autre, des images proposées. A l'évidence, des réformes juridiques peuvent être à l'origine de transformations des pratiques sociales. Mais parfois, l'ordre juridique semble entériner une évolution des usages, des mentalités, des conditions de vie, qui s'est fait jour en dehors, voire malgré lui. Le droit peut aussi n'être qu'un facteur parmi d'autres conduisant à une mutation sociale. On observe enfin des situations dans lesquelles le droit fait barrage (pour continuer dans la métaphore fluviale) à un changement plébiscité par une partie de la société.

Si l'on accepte ces constats, la question centrale devient alors la suivante : quels sont les motifs qui expliquent ces différentes configurations ? Pourquoi certaines transformations sociales se répercutent-elles dans le droit et d'autres pas ? Qu'est-ce qui, à l'inverse, amène l'ordre juridique à tenter de provoquer des changements sociaux ? Et pourquoi le droit parvient-il, dans certains cas, à transformer les pratiques sociales et dans d'autres, y échoue ?

Répondre à ces questions requiert de se départir de deux postulats qui traversent la doctrine juridique classique : d'une part, la tendance à considérer le droit et la société comme deux entités nettement distinctes l'une de l'autre et à envisager le droit comme un système fermé, abstrait et désincarné, répondant uniquement à sa logique propre, et, d'autre part, l'idée qu'il existerait un rapport d'adaptation quasi-mécanique entre le droit et la société. Ce deuxième présupposé peut se présenter sous deux formes. Soit l'on considère que l'ordre juridique s'adapte naturellement à l'évolution de la société, dans la logique de ce que Brian Tamanaha appelle la thèse du « droit-miroir de la société » (*the mirror thesis*), selon laquelle le droit serait toujours le reflet de la réalité sociale,

¹ J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in J. A. BEYDSTON (ed.), *John Dewey : The Later Words, 1925-1953, Vol. 14 : 1939-1941, Essays, Reviews and Miscellany*, Southern Illinois University, p. 115-122, p. 117.

économique et politique de son époque². Soit, à l'inverse, l'on suppose que la société se conforme nécessairement aux changements édictés par le droit³.

Cette idée d'une adaptation mécanique du droit à la société, ou, inversement, de la société au droit, ne résiste pas aux faits. Les changements sociaux ne débouchent pas forcément sur des réformes juridiques. Alors que tous les pays occidentaux connaissent une évolution similaire en ce qui concerne le rapport à la maladie et à la mort ainsi que les connaissances et pratiques médicales, certains Etats ont légalisé l'euthanasie alors que d'autres refusent de modifier leur droit en ce sens. Si dans l'ensemble des Etats européens, l'homosexualité bénéficie d'une acceptation sociale croissante, certains pays ont ouvert le mariage aux couples du même sexe alors que d'autres rejettent, jusqu'à présent, cette option. A l'inverse, une modification du droit n'entraîne pas nécessairement un changement des pratiques sociales. Pour ne prendre qu'un exemple, dans le domaine de la non-discrimination, les auteurs déplorent de manière récurrente le manque d'impact des législations antidiscriminatoires sur les pratiques des acteurs économiques⁴.

Pour comprendre ces phénomènes, il nous semble qu'il faut commencer par admettre l'idée que le droit est lui-même un phénomène social, comme l'enseigne la sociologie du droit. Loin de constituer une sphère distincte, séparée de la société, il est en étroite et constante interaction avec elle. Il est produit, appliqué et interprété par des individus – ministres, parlementaires, juges, fonctionnaires de l'administration... – qui s'insèrent dans des dynamiques sociales, sont soumis à des influences, pressions et contraintes, ont leurs intérêts, leur sensibilité idéologique, leurs aspirations. Plutôt qu'une adaptation spontanée à une évolution supposée harmonieuse et consensuelle, les réformes du droit sur des sujets d'importance pour la société, sont souvent le résultat d'un processus complexe, dans lequel entrent en jeu plusieurs facteurs, en particulier la mobilisation des personnes qui souhaitent un changement et qui parviennent à créer un rapport de force favorable à la cause qu'ils promeuvent. Car dans les sociétés modernes et pluralistes, rares sont les questions sur lesquelles il existe un consensus social que le droit pourrait se borner à refléter. Le changement voulu par certains est souvent virulemment contesté par d'autres. Que l'on songe à l'ouverture du mariage aux couples du même sexe, évoquée plus haut, à la légalisation de l'avortement ou, pour prendre un exemple plus lointain, à la reconnaissance des droits sociaux et à la construction de la sécurité sociale. Ces réformes juridiques – dans les pays où elles ont été adoptées – peuvent certes être rattachées à certains changements structurels au sein de la société (transformation de la famille, déclin de la religiosité, industrialisation, individualisation, délitement des formes traditionnelles de solidarité...) mais c'est l'action des groupes et individus qui se sont mobilisés pour réclamer ces transformations qui les a rendues possibles, alors qu'elles étaient vivement combattues par d'autres acteurs sociaux.

De même, le pouvoir du droit de transformer la société n'a rien d'une évidence. En premier lieu, il faut tenir compte du fait que le droit est lui-même pluriel. Même si l'on

² B. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, spéc. p. 1-10.

³ Id., p. 7.

⁴ Voy., parmi beaucoup d'autres, S. FREDMAN, *Making Equality Effective: The Role of Proactive Measures*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.

s'en tient à une conception étatiste du droit, sans entrer dans le débat sur le pluralisme juridique⁵, sa création et sa mise en œuvre reposent sur une multiplicité d'acteurs et d'institutions : législateur, juges, administration...⁶. Or, il arrive que ces différentes instances adoptent des attitudes divergentes. Une réforme de la législation se voit parfois considérablement limitée, voire réduite à néant, par l'interprétation qu'en font les juges ou l'administration. Un changement social voulu par le législateur peut se voir entravé par la jurisprudence. A nouveau, le droit de la non-discrimination peut servir d'illustration. Un rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne constate ainsi que l'un des obstacles à l'accès à la justice des victimes de discrimination, tient à la méconnaissance des législations antidiscriminatoires par les juges⁷. On observe à cet égard en Belgique que certains juges interprètent les notions nouvelles introduites par ce droit, telles que le renversement de la charge de la preuve, la discrimination indirecte ou le concept d'organisation dont le fondement repose sur une conviction religieuse ou philosophique, de manière telle qu'ils privent celui-ci d'une grande partie de son efficacité⁸. Comme l'écrit Martha Minow, « the law on the books ultimately takes its meaning from the law in practice. »⁹

En second lieu, des réformes juridiques peuvent se heurter à une résistance de la société ou d'une partie d'entre elle. Les anthropologues du droit qui ont étudié les sociétés coloniales et post-coloniales y ont fréquemment observé que le droit édicté par l'Etat demeurait, dans une large mesure, en décalage par rapport aux normes réellement suivies par la population, qui continuait de se référer aux systèmes normatifs traditionnels. C'est ce constat qui a d'ailleurs donné naissance à la théorie du pluralisme juridique¹⁰. Mais l'écart entre le droit et les conduites sociales se rencontre aussi, à un moindre degré, dans les pays occidentaux. Qu'on y voit une autre forme de pluralisme juridique ou, plus classiquement, un problème d'effectivité du droit, le fait est que des législations ou des décisions de justice qui impliquent un changement des pratiques, sont parfois ignorés par une partie plus ou moins importante de la société. Les motifs de cette situation peuvent être très variables : elle peut résulter d'une volonté délibérée de s'opposer à une norme juridique mais aussi d'une méconnaissance du droit, d'une préférence pour un autre ordre normatif (culturel ou religieux), ou encore d'une absence de revendication de leurs droits par les personnes que la loi vise à protéger et qui, parce qu'elles sont en position de faiblesse, n'en réclament pas l'application (songeons au cas d'un travailleur précaire face à une grande entreprise ou d'un locataire en difficulté financière face à un propriétaire immobilier).

⁵ Sur cette notion, voy. l'article classique de J. Griffith, « What is Legal Pluralism ? », 24 *Journal of Legal Pluralism*, 1986, p. 1-55. Pour une revue des différentes théories du pluralisme juridique, voy. S. E. MERRY, « Legal Pluralism », 22(5) *Law & Society Review*, 1988, p. 869-896.

⁶ Voy. not. B. TAMANAHA, *op. cit.*, p. 131 ; R. COTTERELL, « Legal Philosophy and Legal Pluralism », in R. COTTERELL, *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 29-44, p. 38-41.

⁷ European Union Agency for Fundamental Rights, *Access to Justice in cases of discrimination in the EU. Steps to further equality*, 2012, p. 45. La recherche porte sur huit pays européens : l'Autriche, la Bulgarie, la Belgique, la Finlande, la France, l'Italie, la République tchèque et le Royaume-Uni.

⁸ Intervention de Christian Bayart, avocat spécialisé dans le droit de la non-discrimination, au colloque *Non-discrimination : de la norme aux faits ? Regards interdisciplinaires*, Université catholique de Louvain, 22-23 mars 2012.

⁹ M. MINOW, « Law and Social Change », *UMKC Law Review*, Vol. 62, No. 1, 1993, p. 171-183, p. 174.

¹⁰ Voy. S. E. MERRY, *op. cit.*; B. Tamanaha, *op. cit.*, p. 107-120.

Il peut également arriver qu'une résistance de la population se conjugue à celle d'acteurs étatiques pour faire échec à un changement promu par le droit. Stuart A. Scheingold, dans *The Politics of Rights*, souligne ainsi combien les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis sur des sujets politiquement controversés peuvent voir leur impact pratique limité lorsqu'elles vont à l'encontre d'une partie importante de l'opinion ou d'intérêts puissants¹¹. Les arrêts interdisant la récitation de prières et la lecture obligatoire de la Bible dans les écoles publiques¹² restaient, des années après leur prononcé, inappliqués dans certaines localités¹³. La mise en œuvre du fameux arrêt *Brown v. Board of Education* (1954)¹⁴, déclarant inconstitutionnelle la ségrégation entre enfants noirs et blancs dans les écoles, s'est révélée extrêmement difficile. Cette décision a rencontré une opposition d'une rare virulence dans les Etats ségrégationnistes du Sud, de la part, non seulement d'une partie des habitants, mais aussi d'un grand nombre de responsables politiques. Plusieurs Etats ont même adopté des lois visant à contrer ce jugement. En 1956, l'écrasante majorité des membres du Congrès provenant des Etats du Sud signèrent le *Southern Manifesto*, accusant la Cour suprême d'abus de pouvoir et annonçant leur volonté de résister « par tous les moyens légaux » à cet arrêt¹⁵. Selon l'analyse de Stuart Scheingold, si cet arrêt a finalement été mis en application, c'est grâce aux mobilisations sociales, impulsées par le mouvement des droits civiques, qui ont entouré le processus judiciaire. L'utilité de la décision de la Cour aurait surtout résidé dans le fait qu'elle a apporté une confirmation symbolique de la légitimité de la cause défendue par ce mouvement, contribuant à renverser progressivement l'opinion publique et à modifier le rapport de force au sein de la société américaine. C'est cette modification de l'équilibre des forces en présence qui aurait permis, en définitive, de provoquer un changement et d'aboutir par la suite à l'adoption des lois sur les droits civiques dans les années 1960¹⁶. Ce que cette analyse met en évidence, c'est que la capacité du droit à transformer la société ne dépend pas du seul pouvoir de la norme juridique, mais aussi de facteurs sociaux et tout spécialement de la mobilisation des individus et des groupes qui, au sein de la société, soutiennent ou s'opposent à ces processus.

Ces quelques remarques m'amènent à esquisser une réponse à la seconde question posée par les directeurs de la revue, en précisant en quoi consiste pour moi une approche « droit en contexte ». Une telle démarche – promue en particulier par le courant américain *Law and Society* – suppose fondamentalement d'étudier le droit à la lumière de son contexte, lequel peut être envisagé sous ses différentes facettes : sociales, politiques, économiques, historiques ou encore idéologiques. Elle se distingue foncièrement de la doctrine juridique classique qui, fidèle à la tradition positiviste, se caractérise au contraire, dans son étude du droit, « par la volonté d'isoler celui-ci de tout élément extérieur au droit positif tel qu'il a été édicté par l'Etat et qui ne serait pas

¹¹ S. A. SCHEINGOLD, *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2004 (2d edition).

¹² *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962) et *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

¹³ S. A. SCHEINGOLD, *op. cit.*, p. 119. Scheingold se réfère à l'enquête réalisée par deux autres auteurs sur la mise en oeuvre de ces décisions au niveau local : K. M. DOLBEARE et Ph. HAMMOND, *The School Prayer Decisions. From Court Policy to Local Practice*, Chicago-Londres, Chicago University Press, 1971.

¹⁴ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁵ M. J. KLARMAN, « Why Massive Resistance ? », *University of Virginia School of Law, Public Law & Legal Theory Research paper*. No. 03-7, 2003.

¹⁶ S. A. SCHEINGOLD, *op. cit.*, spéc. p. 131-148.

susceptible d'être appréhendé par une science pure, monodisciplinaire du droit »¹⁷. S'intéresser au contexte requiert donc de s'appuyer sur d'autres disciplines, qui permettent de comprendre et d'analyser les données sociales, politiques, idéologiques, etc. qui influent sur le droit. Mais celles-ci peuvent être combinées à une connaissance interne du droit, en adoptant, par exemple, le point de vue externe modéré cher à François Ost et Michel van de Kerchove¹⁸. L'approche « droit en contexte » n'appelle pas une perspective disciplinaire unique : selon l'angle choisi, différentes disciplines – sociologie, anthropologie, sciences politiques, histoire ou philosophie – peuvent fournir un cadre théorique propice à une compréhension contextuelle du droit. De même, elle est compatible avec divers degrés d'interdisciplinarité. C'est l'un des intérêts de cette approche : elle est suffisamment souple pour ouvrir sur des recherches d'une grande diversité disciplinaire et méthodologiques. La notion de « droit en contexte » exprime, à mon avis, avant tout une sensibilité, qui peut déboucher sur des études très variées, plutôt qu'une ligne disciplinaire, théorique ou méthodologique bien déterminée.

Cette démarche implique néanmoins, me semble-t-il, un accord minimal sur certaines caractéristiques du droit. Elle requiert d'accepter l'idée que le droit n'est pas une sphère indépendante, détachée de la société, mais est travaillé et façonné par les dynamiques et les processus sociaux, tout en contribuant lui-même à modeler la société. Et à l'image de la réalité sociale dans laquelle il s'ancre, il est traversé de tensions, de conflits et de tendances contradictoires.

Plutôt que des limites, je parlerai des difficultés, auxquelles une telle approche du droit est confrontée. Elles sont naturellement multiples. J'en pointerai trois. Se pose d'abord le problème de la définition du droit : dès lors qu'on s'éloigne de la conception du droit postulée par les juristes et qu'on tente d'appréhender le juridique en tant que phénomène social, il n'est pas aisé d'en redéfinir la nature et les frontières. C'est l'une des critiques adressées aux théories du pluralisme juridique : plusieurs auteurs leur reprochent de ne pas parvenir, une fois abandonné le critère de l'Etat, à proposer une définition adéquate du droit¹⁹. Une seconde difficulté réside dans le statut à accorder, dans les recherches relevant du « droit en contexte », à la vision du droit des juristes²⁰. L'articulation de ce point de vue interne avec la perspective d'autres disciplines peut soulever des questions épineuses car les postulats, les méthodes et les objectifs de ces différents modes de connaissance du droit divergent profondément. Enfin, troisième observation, le *contexte* dans lequel le droit est situé est lui-même extrêmement complexe. Dans les sociétés actuelles, à l'ère de la mondialisation, ce contexte est constitué de facteurs multiples, de nature très diverses, parmi lesquels se mêlent des phénomènes d'origine nationale, internationale ou, au contraire, très locale. Mais ces difficultés ne sont certainement pas un obstacle au développement des recherches relevant de l'approche « droit en contexte ». Elles doivent au contraire inciter à poursuivre la réflexion et le débat.

¹⁷ H. DUMONT et A. BAILLEUX, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, 2010, n°75, pp. 275-292, p. 284. Voy. la manière dont Hans Kelsen définit les objectifs de ce qu'il appelle la « science du droit » : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1999, p. 77-78.

¹⁸ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 465.

¹⁹ Voy. not. S. E. MERRY, *op. cit.*, p. 878-879 et B. TAMANAHA, *op. cit.*, p. 171-181.

²⁰ Sur cette question, voy. les réflexions de L. ISRAËL, « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologue », *Droit et société*, n°69-70, 2008, p. 381-395.

