

Pour un pluralisme juridique radical

Sébastien Lebel-Grenier
Institut de droit comparé
Faculté de droit
Université McGill
Montréal

Avril 2002

© Sébastien Lebel-Grenier 2002



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-78808-3

Canada

Table des matières

Sommaire	-viii-
Abstract	-x-
Remerciements	-xii-
Avant-propos - Grandeurs et misères de la pratique juridique	-1-
Introduction - Une relecture radicale du droit	-16-
Chapitre un - Sources du pluralisme juridique radical	- 21 -
1.1 Historique du pluralisme juridique	- 28 -
1.2 L'émergence de l'anthropologie juridique	- 34 -
1.3 Quelques théories et théoriciens de l'anthropologie juridique	- 43 -
1.4 Vers le pluralisme juridique	- 54 -
1.5 La deuxième phase du pluralisme juridique	- 62 -
1.6 Les limites de la deuxième phase du pluralisme juridique	- 67 -
1.7 Le pluralisme juridique radical	- 75 -

Chapitre deux - Contexte théorique et méthode du pluralisme juridique radical - 81 -

2.1	Précautions méthodologiques	- 82 -
2.2	La complexité	- 91 -
2.3	Caractère relationnel du droit	- 94 -
2.4	La normativité et la construction de l'espace social	- 98 -
2.5	Les champs sociaux semi-autonomes	- 102 -
2.5.1	Le caractère complexe des champs sociaux	- 106 -
2.5.2	La superposition et l'interpénétration des champs sociaux ..	- 115 -
2.5.3	Le caractère semi-autonome des champs sociaux	- 118 -
2.6	Le subjectivisme méthodologique du pluralisme juridique radical ..	- 123 -

Chapitre trois - Une typologie normative - 124 -

3.1	L'axe explicite-implicite	- 125 -
3.2	L'axe formulé-inférentiel	- 131 -
3.3	Une grille analytique fondée sur les sources	- 141 -
3.4	Quelques variables supplémentaires	- 146 -
3.4.1	L'effectivité	- 148 -
3.4.2	Le pouvoir	- 151 -
3.4.3	Certaines autres variables	- 151 -
3.4.4	Le métacontexte	- 153 -
3.5	Quelques considérations supplémentaires relatives à la typologie proposée	- 154 -
3.5.1	Le formalisme	- 154 -
3.5.2	Affinités et caractérisations	- 157 -
3.5.3	La communication normative	- 161 -

3.6	Une conception autobiographique du droit	- 164 -
Chapitre quatre - L'instrumentalisme et le droit		- 168 -
4.1	L'instrumentalisme	- 172 -
4.2	Instrumentalisme et modernité	- 178 -
4.3	Instrumentalisme et droit étatique	- 182 -
4.3.1	La logique de l'instrumentalisme	- 183 -
4.3.2	Instrumentalisme et normativité manifeste	- 187 -
4.4	Interprétation des phénomènes normatifs	- 189 -
4.4.1	Le problème de la subjectivité	- 190 -
4.4.1.1	Le lien rationnel	- 191 -
4.4.1.2	Le contexte	- 193 -
4.4.1.3	Les processus décisionnels	- 193 -
4.4.1.4	La publicité des normes	- 195 -
4.4.1.5	L'enquête d'opinion	- 196 -
4.4.2	Le problème de la relativité des résultats	- 198 -
4.5	Réponses aux faits rebelles	- 199 -
4.5.1	L'insuffisance d'information	- 199 -
4.5.2	L'insuffisance de la nature humaine	- 201 -
4.5.3	La négation de la réalité	- 203 -
4.5.4	L'insuffisance des modèles	- 205 -
4.6	Transformation des paradigmes normatifs étatiques	- 206 -
4.7	Le désir d'agir	- 210 -

Chapitre 5 - Le symbolisme et le droit	- 214 -
5.1 Les niveaux de compréhension du symbolisme	- 215 -
5.1.1 La symbolique introspective	- 217 -
5.1.2 Les aspects collectifs du symbolisme	- 218 -
5.2 Quelques mises en garde	- 221 -
5.3 Approfondissement de la typologie	- 225 -
5.3.1 Une typologie partagée	- 225 -
5.3.2 Quatre idéaux-types	- 228 -
5.4 L'effectivité du symbolisme	- 231 -
5.4.1 Son impact indirect	- 231 -
5.4.2 Le conditionnement de la pensée	- 232 -
5.4.3 L'appel aux sentiments	- 235 -
5.5 L'instrumentalisation du symbolisme et l'inscription volitive	- 238 -
5.6 La construction des symboliques	- 241 -
5.6.1 La propagande normative	- 242 -
5.6.2 Les médias et les symboles	- 243 -
5.7 Le symbolisme et les faits sociaux	- 246 -
5.8 Le droit comme fait social	- 247 -
5.9 L'exemple de la Charte	- 249 -
5.9.1 Ses contenus normatifs	- 250 -
5.9.2 Ses contenus symboliques	- 252 -
5.9.3 La symbolique de l'amendement constitutionnel	- 254 -
5.9.4 Autres caractéristiques symboliques de la Charte	- 255 -
5.9.5 La mise en marché de la Charte	- 257 -

5.10	Le problème du contrôle des trajectoires symboliques	- 257 -
5.10.1	La prégnance de la symbolique constitutionnelle	- 258 -
5.10.2	Ambiguïté de l'effet symbolique de la Charte	- 260 -
5.10.3	L'indéterminisme du symbolisme	- 262 -
5.11	La réelle complexité des rapports entre symbolisme et normativité	- 264 -
5.11.1	Inscription normative et inscription volitive	- 264 -
5.11.2	La logique du symbolisme	- 265 -
5.11.3	Symbolisme et normativité autre que manifeste	- 269 -
5.12	Caractère symbolique du symbolisme?	- 271 -
5.13	Le symbolisme du pluralisme juridique radical	- 274 -
Chapitre six - Émergence et légitimité normative		-278-
6.1	Ontologie et émergence normative	-279-
6.1.1	Les régularités	-280-
6.1.1.1	Rationalité des régularités	-280-
6.1.1.2	La stabilité	-283-
6.1.1.3	L'indéterminisme	-284-
6.1.2	Les attentes	-289-
6.1.2.1	Normativité et normalité	-289-
6.1.2.2	La nature des communautés	-290-
6.1.3	Les normes	-293-
6.1.3.1	Une difficulté épistémologique	-294-
6.1.3.2	Caractère immanent des normes	-296-

6.1.4	L'émergence	-297-
6.1.4.1	Un processus continu	-297-
6.1.4.2	L'émargeance (sic.)	-298-
6.1.4.3	La normativité introspective	-298-
6.2	Trajectoires normatives et internormativité	-300-
6.2.1	Trajectoires normatives	-301-
6.2.1.1	L'intangibilité des normes	-303-
6.2.1.2	La finitude et la norme	-304-
6.2.1.3	L'intervalle interprétatif	-305-
6.2.1.3.1	L'autorité	-307-
6.2.1.3.2	Le contexte matériel	-309-
6.2.1.4	Le flou normatif	-310-
6.2.1.5	Le caractère conflictuel du droit	-312-
6.2.1.6	Le conflit de qualification	-313-
6.2.3	L'internormativité	-315-
6.2.3.1	Le conflit de normes	-316-
6.2.3.2	Point de vue interne - les stratégies normatives	-318-
6.2.3.3	Point de vue externe	-323-
6.2.3.3.1	La migration normative	-324-
6.2.3.3.2	La colonisation normative	-326-
6.2.3.3.3	Colonisation et droit étatique	-328-
6.2.3.4	L'ontologie du conflit	-330-
6.3	La légitimité des normes	-331-
6.3.1	La coercition	-332-
6.3.2	Ontologie normative	-333-
6.3.3	La reconnaissance de la qualité d'agent normatif	-335-

6.3.4	Types de légitimation	-336-
6.3.5	Une conception du bien ou du juste	-337-
6.3.6	La méthodologie normative	-339-
6.4	Quelques modèles de légitimité	-340-
6.4.1	Deux principes fondamentaux	-341-
6.4.2	Droit et désenchantement	-346-
Conclusion - La métaphore du droit		-350-
Bibliographie		-357-
	Législation	-357-
	Jurisprudence	-357-
	Doctrine - Monographies	-357-
	Doctrine - Articles	-366-
	Autres sources	-371-

Sommaire

Un pluralisme juridique radical implique trois fondements épistémologiques:

Premièrement, que toute normativité constitue du droit. Le droit ne peut donc être défini par des critères formels pas plus qu'il n'est conditionné par des déterminismes. Sa substance doit être recherchée dans l'ontologie régulatrice. Toutes les manifestations normatives doivent par conséquent être considérées comme pertinentes pour le juriste.

Deuxièmement, que l'identité est à la fois complexe, fragmentée, entremêlée et fluctuante. Nous sommes tous habités par des appartenances, des allégeances et des sensibilités multiples et souvent contradictoires qui, par leur recoupement, définissent qui nous sommes. Ce sont les arbitrages constants auxquels l'identité nous confronte qui nous prédisposent à l'empathie nécessaire à l'interaction et la coexistence.

Troisièmement, que la normativité est un vécu subjectif qui reflète la qualité de notre identité. Le droit ne peut être considéré comme une externalité. Il ne se réalise que dans l'interpellation réciproque qu'il cautionne. La norme est un lieu contesté et fragmenté qui implique la préhension par un processus réflexif et la rétroaction par l'inscription dans l'interaction.

Cette thèse explore les fondements et les déploiements des normes. L'étude des sources du pluralisme juridique relève premièrement l'inscription du pluralisme juridique radical dans une trame qui en appelait l'avènement. La reconnaissance de la localisation de la norme dans un univers complexe assied ensuite le développement d'une typologie qui rend compte de toute l'étendue du domaine normatif. Ce fondement ontologique permet

subséquent de constater la sur-valorisation du potentiel instrumental et la sous-valorisation du potentiel symbolique des phénomènes normatifs. Ces assises autorisent enfin à envisager la complexité et le caractère inter-relié des phénomènes d'émergence et de légitimation normatifs. Il faut donc conclure que seule la mobilisation de notre qualité partagée d'agent normatif peut fonder un critère de juridicité pluraliste radical.

Le pluralisme juridique radical représente par conséquent à la fois une métaphore qui décrit à travers l'expérience juridique la richesse de la condition humaine et une heuristique émancipatrice qui habilite une ré-appropriation du droit par ceux qui, souvent sans le savoir, en sont les principaux artisans.

Abstract

A radical legal pluralism rests on three epistemological foundations:

Firstly, that all normativity constitutes law. Thus, law can no more be defined by formal criteria than it can be conditioned by determinisms. Its substance must be found in the ontology of regulation. All manifestations of normativity must therefore be considered as relevant to the jurist.

Secondly, that identity is at once complex, fragmented, interwoven and in flux. We are all inhabited by multiple and often contradictory relationships, allegiances and sensibilities whose overlaps define our identity. It is the constant arbitration with which identity confronts us that predisposes us to develop the empathy necessary to interaction and coexistence.

Thirdly, that normativity is a subjective experience that reflects the nature of our identity. The law cannot be viewed as an externality. It can only be actualized through the reciprocal interpellation it implies. The norm is a contested and fragmented space that implies prehension through a reflexive process and retroaction through its inscription within interaction.

This thesis explores the foundations and the articulations of norms. Firstly, the study of the sources of legal pluralism reveals the location of radical legal pluralism within a context which called for its emergence. The acknowledgment of the localization of normativity within a complex universe then serves as a foundation for the development of a typology which accounts for the whole scope of the normative domain. It is upon this

ontological foundation that we can then acknowledge that the instrumental potential of normative phenomena is overestimated and its symbolic potential is underestimated. This foundation then allows us to contemplate the complexity and the interrelated character of both the emergence and the legitimization of norms. Hence, the mobilization of our shared character as normative agents is the only criterion that can serve as a basis for a radical pluralist conception of law.

Radical legal pluralism then represents both a metaphor which describes the wealth of the human condition through the legal experience and an emancipatory heuristic which enables a reappropriation of the law by those who, often without knowing, are its principal crafters.

Remerciements

J'aimerais premièrement remercier le Conseil de Recherches en Sciences Humaines du Canada et la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour les bourses d'études doctorales qu'ils m'ont accordé. Je n'aurais pu entreprendre les études qui ont mené à la réalisation de cette thèse sans cette précieuse aide financière. J'aimerais également remercier de façon particulière la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour avoir fourni l'argument ultime qui m'a convaincu d'entreprendre ces études lorsqu'elle m'a offert un poste conditionnel à l'obtention d'un doctorat en droit.

J'aimerais en deuxième lieu remercier la providence, aidée d'Yves-Marie Morissette, d'avoir fait croiser mon chemin avec celui de Roderick A. Macdonald. Ce sont d'abord ses travaux précurseurs qui m'ont autorisé à envisager la possibilité d'une théorie juridique reflétant toute la richesse et la finesse dont je soupçonnais le droit capable. Ce sont ensuite son énergie, sa patience, son optimisme, sa disponibilité et ses encouragements indéfectibles qui m'ont fourni l'impulsion nécessaire à la concrétisation du vague projet d'exploration de l'ontologie normative que je caressais. Ce sont finalement la perspicacité et la sagacité de ses remarques et commentaires sur les ébauches de la présente thèse de même que la profondeur de nos nombreux échanges sur le pluralisme juridique radical qui m'ont permis de clarifier les idées qui allaient éventuellement être mises en forme dans celle-ci. J'espère que l'authenticité et le sérieux du rapport qu'il établit avec l'étudiant sauront m'inspirer dans la carrière que j'entreprends maintenant.

J'aimerais enfin remercier celle que j'aime. Tu as su constituer le point d'ancrage

inébranlable dont j'avais besoin lorsque tout tourbillonnait, tu as enduré sans broncher les difficultés que nous ont imposée ma démarche et tu as su me prodiguer les encouragements dont j'avais tant besoin. Je n'aurais pu compléter ce projet sans ton amour. C'est à toi que je dédie ma thèse. Merci Nadia.

Avant-propos
Grandeurs et misères de la pratique juridique

"The legal pluralist acknowledges and seeks out certain elements of internormative relationships. The implicit is more important than the explicit. The function of creating disputes is more important than the function of solving them. The inter-relationship of normative regimes can never be a relationship of hierarchy, close-integration and vertical discipline. The legal pluralist imagines a process of mutual construction of a normative regime. Any [...] dispute resolution body cannot seek to impose a single result on parties to any dispute. Parties themselves construct and re-construct their disputes according to the logical assumptions of their own understandings and obligations. There can be no exogenous standards of fairness, justness and conformity that are not first filtered through the plural normative understandings of the regimes constructed and deployed by interacting parties."¹

Le pluralisme juridique présente le portrait d'une irrévérence et même d'une impertinence soutenue envers les canons de la théorie juridique classique. Il apparaît prendre plaisir à déboulonner ses principes structurants que sont l'ordre, la cohérence, l'objectivité et la certitude. Pire encore, c'est avec une terminologie juridique dont la

¹ Roderick A. Macdonald, "Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism", 15 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 69 aux pages 89 et 90 [ci-après "Metaphors"].

théorie juridique classique revendique l'apanage que le pluralisme juridique fait éclater les frontières de ces concepts. Il offre une relecture tellement radicale du droit qu'on l'accuse souvent de ne pas véritablement avoir les phénomènes juridiques comme objet. Sa pertinence s'affirme néanmoins du fait qu'il présente un modèle en plus grande harmonie avec l'inscription sociale de la réalité de la pratique juridique. En définitive, c'est à une ré-appropriation de la pertinence perdue du droit qu'oeuvre le pluralisme juridique.

Le discours populaire a de tous temps été émaillé de lieux communs. Ceux-ci reflètent une compréhension matérielle et implicite de notre environnement. Les *le monde évolue* et *les temps changent* se conjuguent aujourd'hui avec des néologismes comme *mondialisation* et *globalisation* censés refléter une réalité dont on saisit encore mal la portée et les répercussions. Ces lieux communs traduisent cependant la certitude que nos repères sociaux se transforment, apparaissent et disparaissent de plus en plus rapidement de sorte que les conventions établies ne sont plus aussi porteuses. Certains dirons que nous traversons une période de transition paradigmatique qui est par conséquent caractérisée par l'instabilité du sens, d'autres que l'histoire s'est tout simplement accélérée en raison de la progression constante du rythme des avancées techniques et scientifiques. Quel que soit le fondement de cette mouvance, le droit, à titre de construction sociale, n'échappe pas à son tourbillon.

Même les juristes ayant une conception assez traditionnelle du droit commencent aujourd'hui à reconsidérer l'éventail des formes qu'il peut prendre. Cette re-considération ne relève d'ailleurs plus de l'option lorsque le juriste est confronté dans sa pratique à de nouveaux discours dont la pertinence est reconnue par le milieu. Il en est ainsi en droit constitutionnel canadien des développements relatifs à la notion de principes

constitutionnels sous-jacents et bien entendu de l'épanouissement du domaine des droits fondamentaux. De même, l'importance croissante des conventions internationales affecte maintenant une pluralité d'aspects de la pratique juridique. Les développements du droit international public relativisent des concepts autrefois fermement établis comme la souveraineté étatique et l'immunité des États. D'autre part, la montée en puissance de l'arbitrage et des modes alternatifs de résolution des différends affecte aussi bien le droit commercial que le droit civil et le droit de la famille. Le portrait du domaine juridique est fondamentalement transformé par ces développements. La communauté juridique n'a d'autre choix que de suivre puisque les codes applicables à ces nouvelles déclinaisons de notre environnement redéfinissent l'imaginaire juridique.

Il ne s'agit toutefois pas d'une redéfinition proprement radicale ou sans précédent. Le droit n'est pas un concept stable; il a de tout temps constitué un lieu contesté. En fait, ces nouvelles sources de droit ne remettent même pas en cause les assises du domaine juridique. Elles en font qu'en étendre la portée. La pertinence de ces sources au droit est d'autant plus facilement intégrée par l'imaginaire juridique que celles-ci impliquent, de façon plus ou moins étroite, un rapport à l'appareil ou à la fonction étatique. Ces nouvelles déclinaisons normatives sont souvent soit le produit direct de l'intervention étatique, par l'adoption de mesures législatives ou constitutionnelles d'un nouveau genre ou la conclusion de traités ou de conventions, soit le résultat de l'opération de processus politiques nationaux ou internationaux auxquels une capacité d'infléchissement du droit a toujours été reconnue.

Par ailleurs on reconnaît maintenant des transmutations normatives beaucoup plus conséquentes sous la désignation de mondialisation. Ce phénomène recouvre des aspects qui se rapportent aux États mais également des facettes qui se déploient de façon plus ou

moins autonome, souvent dans un discours incident ou implicite à celui de la souveraineté. Dans ce contexte, les États ont perdu en grande partie leur rôle de précurseurs pour se retrouver à la remorque de dynamiques complexes lorsqu'ils n'en sont pas entièrement exclus. Cette nouvelle donne normative s'articule principalement autour des entreprises transnationales et du commerce international qui mettent ainsi en place les conditions propices à leur développement. Des nouvelles représentations du droit se développent malgré les États ou en leur absence, ce qui démontre à tout le moins que l'imaginaire juridique peut se déployer au delà de la bienveillante domination étatique.

L'acceptation générale de cette réalité découle d'ailleurs en grande partie de son caractère macrocosmique. Les transformations relatives à la mondialisation se manifestent d'une façon structurée et à très grande échelle et acquièrent de ce fait une visibilité et une évidence difficiles à nier. Ce type de normativité sans État s'impose par une ampleur qui découle des moyens à la disposition de ses protagonistes. La concentration du pouvoir économique, médiatique et politique qu'ils représentent leur permet de projeter ces représentations normatives comme une image de la normalité et, par conséquent, comme une dynamique irrésistible.

Mais les re-configurations du droit se déroulent également à un niveau microcosmique. La normativité de tous les jours évolue souvent de façon autonome de l'État, ou à une distance respectable de ce dernier. En raison de son échelle et du caractère négligeable de ses acteurs individuels dans les configurations globales du pouvoir, les manifestations de cette micro-normativité sont toutefois généralement dépréciées. On refuse de reconnaître leur caractère juridique pour préférer les qualifier sous un vocabulaire sociologique, politique, philosophique ou religieux lorsqu'elles ne sont pas entièrement occultées. La pénombre dont elles sont ainsi recouvertes tend à

renforcer un sentiment de perte de capacité d'intervention sur notre environnement. Il demeure que cette micro-normativité extra-étatique a toujours existé et qu'elle persiste aujourd'hui. Plus encore, son importance se révèle être capitale dans le vécu normatif et l'étude de ses manifestations projette un éclairage remarquable sur les modalités et le potentiel de l'intervention normative.

C'est à tracer le portrait des liens qui unissent ces diverses déclinaisons de la normativité que nous consacrons la présente thèse en portant une attention particulière sur la reconnaissance de cette normativité alternative que les juristes peinent tant à reconnaître. En scrutant quelque peu leurs entrailles, ils découvriraient toutefois qu'elle définit déjà de façon subconsciente une grande part de leur compréhension du droit. Il ne leur reste qu'à s'en saisir. C'est par conséquent à dessein que nous avons choisi d'introduire notre propos par une tentative d'éveil de cet imaginaire juridique.

L'abandon du rapport à l'État comme critère ultime de juridicité que cautionne la version du pluralisme juridique que nous développons dans la présente thèse, le *pluralisme juridique radical*, pose plusieurs difficultés pour une conception traditionnelle du droit. La plus évidente est celle de la nature même du phénomène juridique. En abandonnant le droit étatique comme archétype normatif, le pluralisme juridique radical délaisse des principes qui permettent selon une approche théorique classique de déterminer le caractère des règles auxquelles nous sommes confrontés.

Le phénomène juridique tel que traditionnellement conçu prétend à la certitude et l'objectivité des normes qu'il fonde. Ce sont d'ailleurs deux des piliers de l'édifice

juridique, un troisième étant la légitimité présumée de la source de la majorité de ces normes, l'assemblée législative. Le pluralisme juridique radical vise à remettre en question ces présupposés dont le caractère artificiel est toutefois déjà implicitement reconnu par la discipline juridique. Ainsi, la certitude relèverait d'un questionnement herméneutique puisque le sens des normes édictées réside dans l'intervalle qui comprend toutes leurs interprétations admissibles. Cet intervalle constitue un continuum des sens possibles d'une norme au sein duquel puise le juge pour régler un litige portant sur des cas d'espèce. L'interprétation du juge oriente quant à elle les interprétations futures de la norme et resserre d'autant l'étendue du continuum de son sens.

L'évidence de cette compréhension de la construction normative s'impose particulièrement en droit civil étant donné la volonté du législateur, telle qu'elle est traditionnellement comprise, d'édicter des normes d'application générale qui ne peuvent régler tous les détails des cas particuliers. Ces normes doivent plutôt offrir des principes généraux devant présider à la détermination de solutions appropriés à chaque cas². Cette compréhension n'est pas moins pertinente aux normes issues des systèmes de *Common Law*. Ces dernières évoluent à partir de cas d'espèce lorsqu'il s'agit de normes judiciaires, et sont réputées déroger aux normes judiciaires, et doivent par conséquent faire l'objet d'une interprétation stricte, lorsqu'elles prennent la forme de lois ou règlements. La théorie juridique admet néanmoins, par le biais de la reconnaissance du rôle de l'avocat, que la détermination de leur sens repose sur le jeu interprétatif. L'avocat n'est pas qu'un simple technicien qui extrait la norme applicable des *codex juris*, mais bien un interprète du droit qui détermine dans quelle mesure ces normes peuvent être invoquées au bénéfice

² L'interprétation de ces règles de droit serait par ailleurs elle-même contrainte par des valeurs et principes généraux qui surdétermineraient le processus herméneutique. Voir: Andrée Lajoie, "Surdétermination", dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, éd., *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998, à la page 85.

de son client. Le droit ainsi perçu relève plus de la construction rhétorique que de l'application rigoureuse de normes fortement déterminées. En fait, l'avocat intervient à la fois à titre de prêteur et d'intercesseur. On pourrait même dire qu'il en est ainsi pour tout juriste, même le notaire, en ce sens qu'il tente nécessairement d'ordonner les affaires de son client de la façon qui lui est la plus profitable tout en demeurant légale, donc comprise dans l'intervalle des sens possibles d'une norme. Ainsi, la théorie juridique reconnaît déjà le caractère fluctuant du sens et de la portée des règles de droit, ce qui met à mal toute prétention au caractère objectif du droit étatique.

Il ne faut toutefois pas croire que les juristes sont à ce point fermés à la réalité de leur discipline qu'ils en ignorent le caractère fluide et complexe; l'ennui provient du fait qu'ils ne le revendiquent pas. Les praticiens sont au premier chef conscients de la malléabilité du droit étatique et du rôle souvent secondaire qu'il joue dans la résolution des problèmes qui leurs sont soumis. Le rôle du praticien, au delà de son devoir d'organiser les affaires de ses clients de la façon à la fois la plus profitable et légale, peut quelquefois être de passer outre la lettre de la loi. Cette négation du droit étatique peut être superficielle, comme lorsque des parties à une convention choisissent de ne pas se soumettre à des normes supplétives, ou plus radicale, comme lorsqu'un plaignant soumet une déclaration fondée sur une position qu'il sait contraire au droit afin de gagner du temps ou de faire dépenser de l'argent au défendeur, ou lorsqu'il sait que sa position prévaudra parce que le défendeur, pour une raison ou une autre, ne pourra ou ne voudra pas se défendre. De même, le droit étatique n'est qu'un des outils mobilisés par le juriste lorsqu'il négocie pour le compte de son client ou qu'il organise les affaires de ce dernier. Le prestige, les ressources matérielles et le chantage peuvent entre autres être mis à contribution.

Le droit étatique est malgré tout assez conscient des limites de son action. Ainsi, il propose souvent des normes supplétives que les parties peuvent choisir d'ignorer. Mais même lorsqu'il tente d'imposer des normes spécifiques, les justiciables, souvent avec l'aide des avocats, réussissent à s'y soustraire, soit par la contestation directe, le lobbying pour modifier les normes, la dé-localisation, le recours à la clandestinité ou le refus pur et simple d'obéir. En ce sens, le justiciable possède toujours la faculté d'obéir ou non aux édits du droit étatique même s'il ne contrôle pas toujours les moyens coercitifs auxquels il s'expose par son refus.

Vu sous ce jour, il semblerait donc qu'une des contreparties du principe de certitude, l'erreur, soit étrangère au droit. Le juriste peut-il réellement se tromper dans son appréciation et son application du droit? En l'absence de mauvaise foi ou d'incompétence, la réponse à cette question apparaît devoir être négative. Ainsi, le juriste qui se fonde à dessein sur une interprétation qu'il sait inacceptable en droit ou qui donne un conseil erroné parce qu'il maîtrise trop peu les instruments juridiques (les textes, les principes, les méthodes, etc.) commet véritablement une erreur en droit. Toutefois, cette erreur en droit ne constitue pas un geste involontaire pour le premier. Elle est souvent le reflet d'une stratégie qui peut, en définitive, prévaloir sur la norme censée trouver application. Quant aux autres cas où l'avocat défend une position comprise dans l'intervalle interprétatif d'une norme, le fait que celle-ci soit éventuellement déclarée inapplicable ne signifie pas qu'il avait à l'origine commis une erreur en droit ou une erreur de droit. La déclaration judiciaire ne saurait décréter *a posteriori* l'invalidité *ab initio* d'une construction juridique. Le rôle du juge se limite à choisir la plus plausible, en théorie, des constructions qui lui sont proposées et même, de façon ultime, de trancher entre des interprétations également convaincantes. Au plus son énoncé limite-t-il pour l'avenir l'étendue de l'intervalle interprétatif applicable à la norme sur laquelle il se

penche en raison de la règle du précédent qui, par son principe de cohérence, vise justement à insuffler une mesure de certitude en droit.

La même mécanique trouve application aux autres types de prononcés sur l'état du droit qui resserrent l'intervalle de sens des normes. La doctrine ou tout simplement la pratique juridique redéfinissent les contenus normatifs par un appel à l'autorité reposant sur la cohérence et la sédimentation. Et même après un tel resserrement, le droit peut faire appel à des techniques qui ont été élaborées pour élargir de nouveau l'espace argumentatif qu'implique la norme. Celles-ci comprennent le *distinguishing*, mais également l'argumentation sur le fond par l'entremise du mécanisme de l'appel qui autorise le prononcé paradoxal d'erreur en droit à l'égard du jugement qui avait déterminé que l'interprétation du sens d'une norme initialement défendue par une partie constituait elle-même une erreur en droit. D'autres arguments, comme celui de l'évolution du contexte justifiant un revirement jurisprudentiel, sont également à la disposition du plaideur. Même au coeur de ses cadres traditionnels, le sens et la portée du droit ne sont donc pas déterminés; tout au plus sont-ils partiellement contraints.

À la fois la théorie et la pratique juridique reconnaissent donc un certain indéterminisme au droit, dont le pluralisme juridique développe la théorisation. Il en fait une des principales caractéristiques des phénomènes juridiques en mettant l'accent sur les conflits et les mutations qui façonnent les trajectoires normatives.

La question de l'objectivité du droit est par ailleurs intimement liée à celle de la certitude. Est généralement considéré objectif ce dont le sens est manifeste. En droit, la présomption d'objectivité tient traditionnellement au caractère explicite des normes devant trouver application au justiciable. Celles-ci doivent être telles que ce dernier

puisse s'y soumettre. Elles doivent être compréhensibles, mais elles doivent premièrement être connaissables. On exige donc généralement des règles de droit qu'elles soient écrites et publiques. C'est une des raisons pour lesquelles on conteste le caractère juridique des lois dites secrètes qui sont adoptées sans être publiées dans certains pays pour autoriser et justifier certaines actions policières ou militaires. Comme elles sont secrètes, le justiciable ne peut vérifier la légalité des actions qu'elles autorisent.

Malgré l'avènement de nouveaux moyens de communication, dont internet, qui rendent les lois et règlements plus accessibles, la connaissance du droit étatique par les justiciables demeure encore largement une fiction. L'hermétisme de la législation constitue une barrière effective à son accessibilité. Cet hermétisme emprunte deux axes: premièrement, le vocabulaire et les conventions techniques qui structurent ces textes les rendent incompréhensibles aux profanes. La symbolique des formes et le sens spécialisé de la terminologie employés font en sorte que le citoyen ne peut qu'être décalé face à l'éventail conventionnel des significations d'une norme formelle. En ce sens, le discours du non-juriste n'est pas *juridique* et ne peut être compris en termes de prononcé sur le *droit*. D'autre part, la quantité fulgurante de lois et règlements ne peut que submerger le citoyen ordinaire - elle submerge même le juriste - de sorte que ses droits et obligations ne peuvent être objectivement compris de lui. Cette surabondance du droit masque probablement son incapacité régulatrice mais, en pratique, elle démontre clairement le caractère fictif de la présomption d'objectivité juridique. Le droit n'est pas un savoir immédiat. Alors même que la concordance entre les normes exprimées dans les lois et règlements n'est plus assurée en raison de l'incapacité du législateur de toutes les embrasser, le citoyen se trouve très démuné quant à la détermination de ses droits et obligations en vertu du système normatif étatique.

L'État est conscient du problème d'ignorance de la loi qu'entraîne l'inflation législative. C'est pourquoi il publicise souvent certaines normes ou certains principes normatifs comme, par exemple, l'interdiction du travail au noir ou de l'alcool au volant, la réglementation des logements locatifs et les normes du travail. Il priorise ainsi certaines normes dont le respect est perçu comme socialement plus conséquent. Il s'agit en réalité d'une éloquente reconnaissance de l'impuissance de la loi à atteindre le citoyen par les moyens formels normaux, ce qui préjudicie à tout le moins à la présomption d'efficacité des normes édictées par l'État. Cette incapacité se trouve renforcée lorsqu'on considère que ces normes font elle-mêmes l'objet d'interprétations judiciaires. Ces interprétations, la jurisprudence, constituent un autre bassin normatif que le citoyen devrait en théorie maîtriser. Il est donc tout à fait impossible de prétendre que le citoyen connaît les droits et obligations qui lui incombent en vertu du droit étatique.

Comme la certitude, l'objectivité des normes découlant du droit étatique relève de la fiction, mais il s'agit d'une fiction utile, une fiction juridique. Ces fictions existent en grande partie en raison de leur puissance symbolique. Elles permettent de présumer de l'adéquation régulatrice du droit étatique en vue d'assurer la pérennité des systèmes politiques actuels. La stabilité est utile puisqu'elle assure une certaine sécurité individuelle, du moins lorsqu'elle s'exprime par le maintien des systèmes juridiques et étatiques que nous connaissons généralement en Occident. À défaut, elle autorise à tout le moins le maintien des privilèges que la répartition actuelle des pouvoirs sociaux cautionne. Il n'empêche que ces fictions obnubilent généralement l'observateur de sorte que bien qu'au fait de certaines lacunes du droit étatique et des modèles théoriques qui y sont afférents, il ne remet pas en question leurs fondements. Cette posture ne serait pas justifiée par une croyance aveugle, mais plutôt par le confort qu'offre la stabilité, par une croyance perçue comme nécessaire.

Nous visons, par l'adoption d'une approche pluraliste, à jeter un éclairage plus réaliste sur le phénomène juridique. Or, la reconnaissance du caractère construit et de l'insuffisance des principes fondateurs de la théorie juridique actuelle devrait normalement rendre la communauté juridique réceptive à une telle démarche. De fortes résistances se manifestent néanmoins qui s'expliquent peut-être par des considérations théoriques plus larges. C'est donc également à ce type de considérations que s'attaque le pluralisme juridique radical.

En premier lieu, nous devons apprécier que le droit est un phénomène et non une science. La tendance à qualifier le droit de scientifique remonte probablement à Gén³ et la généralisation de l'acceptation de cette terminologie reflète l'emprise grandissante du scientisme sur toute activité humaine. On voudrait que le droit puisse, par l'entremise d'une telle approche, mobiliser des mécanismes appropriés pour contrôler le comportement humain. La régulation deviendrait ainsi affaire de science et non d'adhésion ou d'approximation. C'est d'ailleurs ce qui justifie la propension des autorités à blâmer les échecs réglementaires sur des insuffisances techniques plutôt que sur une inadéquation ou une inaptitude plus fondamentale de la normativité étatique.

En qualifiant le droit de phénomène, nous désirons imposer un recul nécessaire à une saine intelligence du juridique. La vision scientiste implique une objectivation de l'individu qui est incompatible avec sa complexité et un penchant instrumentaliste qui recèle un potentiel autoritaire. Il faut comprendre qu'il n'y a pas d'honneur particulier à l'adjonction de l'épithète *scientifique* au nom d'une discipline. La méthode scientifique vise au premier chef l'explicitation des mécaniques propres aux phénomènes physiques et

³ François Gén³, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1919.

non humains. Elle privilégie un environnement contrôlé et la limitation du nombre de variables observées. Elle préfère les explications simples, et se fonde sur la falsification, et donc la reproductibilité des résultats. Alors qu'elle peut revendiquer des réussites relativement impressionnantes dans les sciences naturelles, elle piétine dans les sciences humaines⁴. Tout être humain est animé par des motivations complexes et multiples qui ne répondent certes pas toutes à une logique instrumentale. C'est d'ailleurs cette intangibilité de l'intellect qui marque notre caractère proprement humain.

Le regard que nous proposons est donc neutre quant au phénomène juridique, mais non quant à la discipline juridique. Il se veut critique de cette dernière en raison du cloisonnement dans lequel elle s'est érigée, mais également de son asservissement au droit étatique. De façon générale, les enseignements prodigués dans les facultés de droit ne réfèrent qu'implicitement à toute la complexité du juridique. Bien que la vision kelsennienne du droit appartienne en principe au passé, elle demeure parmi nous en filigrane. La théorie classique des sources du droit, la pyramide normative et le dénigrement des formes alternatives d'expression normative demeurent centraux. En définitive, l'État est toujours vu comme le pivot de la légitimité de normes qui ne peuvent se déployer hors son emprise.

⁴ Deux exemples suffiront à illustrer ce fait: Les nouvelles théories psychologiques développées dans les années 40 et 50 se sont révélées des échecs relatifs dans l'explication des processus motivationnels et surtout dans la guérison des affections mentales. Les succès relatifs des thérapies contemporaines basées sur l'administration de psychotropes ne reposent pas quant à elles sur une meilleure compréhension de la psyché, mais plutôt sur un contrôle ou une élimination chimique de certaines de ses manifestations. D'autre part, Robert C. Merton et Myron S. Scholes ont fondé en 1993, avec l'aide d'investisseurs privés, une société de placement, LTCM, qui opérait sur base de la formule de calcul du risque qu'ils avaient développé et qui leur avait valu le prix Nobel d'économie en 1997. Cette formule était censée prédire et contrôler avec précision les fluctuations des marchés en se basant sur les fonds de couverture, ce qui devait permettre aux investisseurs de LTCM de retirer des profits considérables sans subir les risques attenants. Or, cette compagnie a subi en 1998 une des plus spectaculaires déconfitures de l'histoire de la finance, à ce point qu'elle a gravement affecté la stabilité des marchés. Il s'avère que cette formule ne pouvait prédire ni contrôler les aléas qui définissent le libre arbitre.

C'est par conséquent contre des conceptions institutionnalisées que le pluralisme juridique radical se dresse. Il ne s'oppose pas à ce que l'étude du droit puisse prendre des formes fortement standardisées et circonscrites par une compréhension étroite des sources normatives. Il s'oppose plutôt à la fausse conscience que cette vision hermétique développe chez la très grande majorité de ceux qui sont passés par le processus normal d'acculturation juridique, soit les facultés de droit. En procédant de la sorte, on limite la compréhension qu'ont les juristes de leurs rôles potentiels dans les processus normatifs et on renforce l'autorité symbolique d'un État centralisateur. C'est cette construction de l'imaginaire juridique qui apparaît à tout le moins décalée quant aux développements sociaux actuels. Le pluralisme juridique vise en quelque sorte à décroiser les phénomènes juridiques aux yeux des juristes, quoiqu'il accepte volontiers que ces derniers puissent cantonner leur pratique à des domaines plus traditionnels. D'ailleurs, comme nous le verrons au cours de la présente thèse, plusieurs champs normatifs leurs seraient réfractaires en raison de leur caractère implicite ou inférentiel qui les rend peu susceptibles à la transcription de volontés instrumentales. Par l'élargissement de leur culture juridique, les juristes deviendraient néanmoins conscients de la portée, des méthodes et des principes de leurs actions lorsqu'ils agissent à la marge des stricts préceptes du droit étatique, et des limites très réelles qui affectent leur pratique lorsqu'ils agissent à l'intérieur du cadre défini par le droit étatique.

Le juriste s'est vu inculquer par ses études une certaine approche des problématiques normatives. Il recherche les normes explicites, ou, en leur absence, à légitimer des normes implicites par leur explicitation. Il agit généralement à titre de conseiller ou d'arbitre alors que les logiques des normativités alternatives nécessitent fréquemment un médiateur ou un conciliateur. En fait, ces logiques n'appellent souvent aucuns de ces personnages qui s'inscrivent dans une toponymie traditionnelle; la

résolution de leurs problématiques peut s'opérer par des mécanismes diffus, naturellement réfractaires à l'intervention manifeste. En ce sens, le juriste contemporain est généralement mal outillé pour répondre aux exigences des logiques propres à plusieurs de ces normativités alternatives. Il ne devrait pas pour autant abandonner sa capacité d'intervention au coeur de phénomènes normatifs alternatifs que reflète le rôle de facilitateur social qui lui revient. Le juriste peut contribuer à ré-imaginer les dynamiques et les institutions qui fondent l'appartenance communautaire et par suite une grande part de la normativité alternative. C'est en définitive par la ré-appropriation de la pleine étendue de l'imaginaire juridique qu'il pourrait de nouveau s'inscrire dans un rapport de pertinence avec l'environnement social au sein duquel il évolue.

Introduction

Une relecture radicale du droit

Le caractère radical d'une théorie est une affaire bien relative. Il tient plus du regard qui est porté sur celle-ci que des contenus qu'elle véhicule. Ainsi, la conception du droit que nous développons dans le cadre de la présente thèse, le *pluralisme juridique radical*, pourrait être considérée comme radicale parce qu'elle s'éloigne à plusieurs égards d'une représentation classique du domaine juridique. Elle affirme une originalité, à la fois dans ses fondements et dans ses méthodes, qui la place en opposition à cette dernière. Cette part d'anti-conformisme qui l'anime peut par conséquent être interprétée comme un défi porté à un savoir institutionnel qui traduirait un projet analogue à tout projet de radicalisation politique.

Le pluralisme juridique radical ne poursuit cependant pas de projet iconoclaste. Son radicalisme s'incarne plutôt dans l'objet même de sa démarche, c'est-à-dire un retour à l'ontologie normative. Cette théorie vise à rendre compte de la complexité immanente du droit par l'entremise d'une grille analytique fondée sur une ré-appropriation de la source du phénomène juridique, c'est-à-dire la régulation. C'est ensuite ce point d'ancrage qui implique le rejet de critères formels de juridicité et qui marque l'abandon du centralisme étatique comme référent normatif. Ce n'est donc pas une volonté de s'opposer à des théories alternatives qui caractérise la démarche du pluralisme juridique radical, mais plutôt une recherche d'authenticité dans la compréhension du phénomène juridique. Le caractère radical de la théorie ne relève par conséquent que d'un fondement épistémologique.

Deux autres fondements sont capitaux pour la compréhension de l'univers

juridique que propose le pluralisme juridique radical. Le premier est que le droit n'est pas un phénomène extérieur à l'individu. Il est le fruit d'un processus réflexif destiné à la construction d'un sens commun visant à rendre possible l'interaction. Il est en ce sens un phénomène subjectif tourné vers les relations que nous nouons avec nos prochains. Le deuxième est que le siège de la médiation qu'implique la normativité, l'identité, est un lieu à la fois complexe, fragmenté, entremêlé et fluctuant. Nous sommes tous en ce sens habités par des appartenances, des allégeances et des sensibilités multiples et souvent contradictoires qui, par leur recoupement, définissent qui nous sommes.

Il en résulte que la normativité doit être comprise comme un phénomène véritablement complexe. Elle est caractérisée par des arbitrages constants et cristallise souvent les tensions et aspirations qui animent une société. En fait, les normes se superposent et l'interpénètrent de sorte qu'ils signent nécessairement une influence réciproque sur leurs cheminements. La norme représente par conséquent un lieu contesté et fragmenté qui ne se reconnaît non pas à sa permanence mais au fait qu'il se réinvente constamment.

C'est à l'approfondissement de notre réflexion sur ces fondements du principe normatif que nous consacrons la présente thèse. Ils sont repris et développés tout au long de cette dernière à travers l'exploration des implications d'une perspective pluraliste radicale pour le droit.

C'est ainsi que l'étude, au chapitre premier, du contexte intellectuel dans lequel s'inscrit le pluralisme juridique radical révèle que ce dernier ressort d'une longue tradition. Des anthropologues et des sociologues ont depuis longtemps constaté que les phénomènes juridiques empruntent une pluralité de manifestations. Les travaux visant à

approfondir la théorisation de ces constatations se sont ensuite fédérés dans le mouvement du pluralisme juridique. Il appert toutefois que cette théorisation n'avait pas été menée à son achèvement - principalement en ce qu'elle n'avait pas véritablement rejetée le centralisme étatique - et qu'elle appelait ainsi la survenance d'une théorie pluraliste radicale.

Nous consacrons ensuite le chapitre deux à l'explicitation du contexte dans lequel s'inscrit cette nouvelle approche théorique. Nous y abordons par conséquent la nature du rapport à la réalité et de la compréhension de la personnalité qui fondent l'approche, de même que nous formulons certaines précautions méthodologiques qui découlent de ces présupposés. Nous proposons ensuite une conceptualisation du milieu dans lequel évoluent les normes, les champs sociaux semi-autonomes, qui reflète ce contexte plus large dans lequel s'inscrit la théorie.

C'est au chapitre trois que nous nous attaquons à proprement parler à la description des phénomènes normatifs. Nous y proposons une typologie complexe fondée sur quatre archétypes normatifs que nous qualifions respectivement de manifeste, allusif, routinier et latent. Ces derniers rendent compte, d'une part, de la grande variabilité que démontrent en pratique les phénomènes normatifs et, d'autre part, du fait que chaque norme particulière est elle-même un lieu complexe qui n'est jamais entièrement défini par une caractérisation univoque. Nous traitons ensuite de certaines des caractéristiques propres aux normes illustrées par cette typologie, dont le rapport au pouvoir et au formalisme.

Nous discutons au chapitre quatre des rapports troubles qu'entretiennent l'instrumentalisme et le droit. À cette fin, nous débutons notre propos en circonscrivant

le concept d'instrumentalisme et en explorant les liens qui le rattachent à une sensibilité propre à notre époque moderne et, plus avant, au droit étatique. Nous démontrons cependant par la suite que les prétentions instrumentales que peuvent avancer certains types normatifs sont nécessairement contredites par la part d'indéterminisme qui caractérise toute norme. C'est pourquoi nous avançons que le potentiel instrumental des normes est sur-évalué et qu'en définitive celles-ci ne doivent pas être considérées comme un vecteur d'inscription volitive.

Le chapitre cinq vise à l'inverse à faire reconnaître la sous-valorisation du potentiel symbolique de la normativité. Nous y explorons cette pertinence souvent occultée du symbolisme à travers un examen de son ontologie et des affinités qui lient nécessairement ce mode de connaissance à la normativité. C'est ainsi que nous pouvons entrevoir, à travers des exemples concrets d'arrimages de symboliques à des normes, que la construction du sens normatif est un processus auquel intervient nécessairement le symbolisme. La subtilité et la complexité de ces arrimages avec le droit reflètent enfin une grande adéquation du principe symbolique avec le principe normatif.

Nous concluons notre examen des fondements du droit en discutant au chapitre six des questions délicates de l'émergence normative et de la légitimation des normes. Nous abordons notre exposé par l'analyse des mécaniques par lesquelles les normes apparaissent et ensuite celles par lesquelles elles précisent leur signification et leur cheminement. Ce fondement nous permet de traiter des interactions qui caractérisent nécessairement les processus normatifs et de la nature des arbitrages auxquels celles-ci donnent lieu. Nous examinons par la suite les processus de légitimation des normes et le dilemme que représente la transcendance pour le pluralisme juridique radical. Nous concluons enfin qu'une norme ne peut exister pour ce dernier qu'en autant qu'elle

interpelle la qualité d'agent normatif que nous possédons tous.

Au terme de ces développements, nous devons reconnaître que toute théorie du droit constitue à la base une représentation d'une réalité complexe dont l'intangibilité empêche une préhension immédiate. Le pluralisme juridique radical évoque ainsi une heuristique du juridique qui vise à rendre compte de façon plus satisfaisante de ces aspects de notre vécu au sein desquels intervient la normativité. Cette qualité heuristique de la théorie est fondamentale. Le pluralisme juridique radical ne prétend pas entretenir de rapport objectif et immédiat avec une hypothétique réalité, pas plus qu'il ne saurait déterminer notre vécu. Il propose tout au plus une relecture de celui-ci dont il revient à chacun d'entre nous de déterminer la pertinence à la compréhension que nous pouvons entretenir de notre condition.

En dernière analyse, le pluralisme juridique radical présente l'image complexe d'un monde qui n'est pas régi par des déterminismes. Cette théorie peut par conséquent apparaître insatisfaisante en ce qu'elle ne propose pas de solutions toutes faites aux défis que pose concrètement l'existence. Le caractère souvent contingent et indéterminé qu'elle projette de notre univers implique cependant que toute la richesse de ce dernier réside dans le fait qu'il constitue un réservoir de possibles. Le pluralisme juridique radical permet ainsi d'imaginer un monde à la définition duquel nous participons tous et auquel, ce qui est plus important, aucun d'entre nous ne peut imposer de volonté univoque.

Chapitre un

Sources du pluralisme juridique radical

L'utilisation du terme *pluralisme* dans un contexte juridique peut paraître surprenant, particulièrement pour les politologues et les philosophes. En effet, dans la théorie libérale classique, ce terme est presque toujours associé au pluralisme axiologique ou sociologique. Ces déclinaisons du pluralisme se manifestent, dans une société libérale moderne, par les conceptions morales divergentes de ce que constitue une existence valable qu'entretiennent ses acteurs, et par le fait que ceux-ci émanent de cultures, de milieux et de classes sociales fortement différenciés. C'est pourquoi une des préoccupations principales du libéralisme est de tenter de trouver une forme d'organisation politique qui permette à ces individus de vivre en paix au sein d'un État stable tout en menant une existence conforme avec ces valeurs ou caractéristiques qui les distinguent les uns des autres.

Quoiqu'elle s'inscrive dans une logique connexe, la locution *pluralisme juridique* fait appel à une signification relevant d'un autre ordre. Elle repose en premier lieu sur le caractère porteur de l'imagerie associée au terme *pluralisme* et vise à mobiliser tout son potentiel symbolique. Le pluralisme définit l'état de ce qui est pluriel, donc multiforme, ou encore la coexistence dans un même milieu de plusieurs phénomènes d'un même ordre⁵. C'est ainsi qu'il peut se rattacher aux valeurs ou aux caractéristiques personnelles en philosophie ou en politique. Lorsqu'on accole à ce terme l'épithète *juridique*, on vise à transposer ce contexte analytique au monde juridique. Il s'agit donc de la situation où

⁵ Le *Robert* définit le pluralisme comme étant un "[s]ystème admettant l'existence d'opinions politiques et religieuses, de comportements culturels et sociaux différents, au sein d'un groupe organisé; la coexistence de ces divers courants." *Nouveau Petit Robert*, Paris, Les dictionnaires le Robert, 1993, à la page 1704.

coexistent plusieurs systèmes juridiques dans un même milieu. En d'autres termes, le pluralisme juridique vise la coexistence de plusieurs ordres normatifs au sein d'une même unité d'espace et de temps. Cette unité est normalement comprise comme un État à un moment donné de son histoire mais, comme nous le verrons ci-dessous, le pluralisme juridique ignore les frontières. L'unité dont il est question concerne par conséquent toute forme de regroupement humain. Le type de situation à laquelle fait référence le pluralisme juridique s'oppose donc à celle où seul un ordre normatif ou système juridique, généralement celui émanant de l'État, est présumé exister.

Il demeure entendu que la portée de cette locution dépend en grande partie de la détermination préalable de la signification des expressions *ordre normatif* ou *système juridique* qui y sont associées. L'acception usuelle de l'expression *ordre normatif* s'intègre par ailleurs plus facilement que celle de *système juridique* à la définition du pluralisme juridique que nous avons proposé ci-dessus. Pour nos fins, ces deux vocables sont toutefois considérés comme synonymes.

La théorie juridique traditionnelle n'utilise le qualificatif *juridique* que dans un rapport plus ou moins étroit avec l'appareil étatique. Elle tend par ailleurs à défendre jalousement le monopole qu'elle prétend posséder sur l'utilisation de ce terme. Aussi, elle ne saurait considérer comme un système juridique que l'ensemble normatif qui émane d'un État. Elle cherche de cette façon à faire glisser le centralisme étatique d'une condition formelle à une condition de légitimité pour le juridique. À l'inverse, elle accepte que le terme *normatif* ne soit pas ainsi déterminé de sorte que ce dernier puisse désigner des normes qui ne sont pas associées à l'État.

Le pluralisme juridique, et plus particulièrement le pluralisme juridique radical,

s'objecte toutefois fondamentalement à tout effort de confiscation du sens du qualificatif *juridique*. Aucune communauté ne possède l'apanage de la détermination de la signification des mots, même si la pratique qu'elle signe peut contribuer à une certaine fixation du sens. En fait, le pluralisme juridique radical revendique délibérément pour le terme *juridique* la même signification que pour le terme *normatif*. Cette revendication, qui passait autrefois pour bravade et désir de reconnaissance, est aujourd'hui pleinement justifiée par son ancrage dans une tradition et une discipline qui se sont solidement établies. Le terme demeure par ailleurs essentiel à l'activité descriptive à laquelle le pluralisme juridique se consacre en raison justement du fait qu'il établit une identité entre toutes les déclinaisons des phénomènes normatifs, sans égard au fait qu'ils soient le produit de l'intervention étatique ou d'une autre dynamique. La normativité associée à l'État perd ainsi toute prétention à la primauté. Dans ce contexte, le juridique concerne tout ce qui se rapporte aux normes ou à la normativité. Aucune coloration particulière ne doit lui être associée et tout effort de compréhension qu'il suppose devrait être fondé sur son caractère neutre et ouvert.

Dans le cadre de la présente thèse, nous désignerons donc par l'expression *système juridique* tout ensemble de normes qui s'articulent sur les fondements d'une même source, d'une même logique ou d'un certain critère unificateur. On parle alors d'un système en raison du caractère systémique de ces normes. L'État demeure bien entendu un exemple évident de critère unificateur, mais cette définition implique également que tout ensemble de normes émanant d'une même communauté constitue un système juridique. C'est pourquoi nous considérons comme synonymes les expressions *ordre normatif* et *système juridique*. L'un comme l'autre désignent un ensemble de normes qui s'imbriquent, de façon plus ou moins étroite, dans un système. Pour les mêmes raisons, cette identité de sens s'étend à l'expression *système normatif* à laquelle nous ferons

quelquefois référence.

Ce caractère revendicateur du pluralisme juridique radical s'étend naturellement aux autres expressions qui définissent la terminologie juridique. C'est ainsi qu'il se ré-approprie des termes dont l'usage a été détourné avec le temps au profit du centralisme étatique. Le pluralisme juridique radical cherche de cette façon à investir l'imaginaire du juriste pour qu'il se saisisse du caractère porteur et englobant de son savoir. Avant d'entrer dans le coeur du présent chapitre, qui porte sur l'étude du cheminement qui a mené à l'affirmation du pluralisme juridique radical et donc à l'exploration de ce savoir juridique, nous croyons par conséquent nécessaire de poursuivre l'effort de définition entrepris ci-dessus pour préciser le sens du vocabulaire que nous utiliserons tout au long de la présente thèse.

C'est dans cette optique générale que nous attribuons au terme *norme* une signification neutre. Cette dernière ne pose d'ailleurs généralement pas problème puisque ce vocable est d'usage courant dans une multitude de disciplines, que ce soit en philosophie, en psychologie ou même en physique. Ainsi, nous comprenons sous cette appellation toute forme d'expression qui porte une injonction ou une règle de conduite. Comme l'objet de la présente thèse est justement d'explorer l'ontologie des phénomènes normatifs, nous nous en tiendrons pour l'instant à cette définition ouverte qui a l'avantage, pour nos fins, de ne pas opérer de distinction entre différentes formes d'expression normative comme par exemple, la morale, l'instinct, l'*habitus* ou le droit. Les développements auxquels donnera lieu la présente thèse démontreront qu'aucune forme de régulation ne doit *a priori* être exclue du domaine juridique. C'est d'ailleurs pourquoi nous considérons que ce dernier concerne de façon générale la *normativité* dont les *phénomènes normatifs* sont l'expression. Toutes ces déclinaisons de la norme

concernent, à la base, les processus par lesquels s'expriment les règles qui interviennent dans notre existence.

Plusieurs autres termes auxquels nous ferons constamment référence dans le cadre de cette thèse méritent certaines précisions supplémentaires. À ce titre, le terme *droit* pose un problème particulier en raison de sa polysémie. Il désigne à la fois la discipline qui se préoccupe de la normativité et le phénomène normatif en général. À moins que le contexte n'indique une intention contraire, c'est à cette dernière acception que nous ferons référence par l'utilisation de ce terme. Il découle par ailleurs de la compréhension de la normativité qui anime la présente thèse que le droit ne doit surtout pas être spontanément associé à l'État. Il concerne toute forme d'expression normative. C'est d'ailleurs ce que reconnaît implicitement la théorie juridique traditionnelle qui admet que le droit naturel et le droit canonique constituent deux de ses démembrements. Le terme *droit* peut également désigner l'expression particulière d'une règle, *un droit*, ou encore d'un ensemble de règles reliées entre elles par un critère de cohérence, *des droits* ou *les droits*. Dans un cas comme dans l'autre, le contexte ainsi que les précisions apportées dans le texte feront foi de la signification que nous attribuons à ce terme qui, rappelons-le, n'implique pas une intervention étatique.

Le terme *loi* sera par contre utilisé dans le strict sens qui lui est usuellement attribué en théorie juridique, c'est-à-dire un texte normatif émanant de l'État. Il n'impliquera donc aucune connotation philosophique ou morale qui pourrait le rattacher à un phénomène normatif plus large. Dans un même ordre d'idées, le vocable *règlement* désignera les normes administratives édictées en conformité avec une loi.

Il nous reste enfin à définir trois séries d'expressions qui visent chacune à

embrasser par leurs termes l'ensemble des normes qui sont définies par une caractéristique particulière. La première série d'expressions se décline sous les vocables *droit étatique* et *normativité étatique*. Ces dernières réfèrent à l'ensemble des normes qui sont produites par l'État. *A priori*, comme nous le verrons tout au long de cette thèse, l'État est l'occasion d'une vaste diversité de normes qui dépasse largement la seule production législative et réglementaire. Ces normes plus formelles, que nous qualifierons de manifestes dans le cadre de la typologie développée au chapitre trois, représentent néanmoins la production normative qui y est traditionnellement associée. Aux strictes fins du présent chapitre et du chapitre deux, essentiellement parce qu'ils précèdent le développement de la typologie normative propre au pluralisme juridique radical, nous désignerons donc par *droit étatique* ou *normativité étatique* l'ensemble des lois - ce qui inclue les lois constitutionnelles - et des règlements que produisent l'État et ses démembrements. Ces expressions visent donc à rendre compte, dans le contexte de ces chapitres, d'une vision conservatrice de l'étendue du domaine juridique dont nous devons néanmoins reconnaître qu'elle inclue quelquefois certaines autres normes choisies, dont la jurisprudence. Lorsque le contexte s'y prête, ces expressions seront donc réputées inclure ces autres types de normes. Dès le chapitre trois toutefois, ces expressions seront considérées désigner toute norme dont la production est, de près ou de loin, associée à l'État.

Le droit étatique ou la normativité étatique servent par ailleurs de repoussoir à la deuxième série de locutions, soit *droit alternatif* et *normativité alternative*. Ces expressions désignent toutes les normes dont la production n'est *pas*, de près ou de loin, associée à l'État. Il s'agit donc de l'envers de la normativité étatique. Ces expressions, dont la définition demeurera stable tout au long de la présente thèse, visent essentiellement cet ensemble incroyablement riche et complexe que constituent toutes les

normes qui émergent en dehors du contrôle étatique. C'est d'ailleurs à l'exploration de leurs configurations et de leur potentiel que sera consacrée une partie importante de notre propos. À travers elles, nous découvrirons la face de la normativité que la théorie juridique traditionnelle occulte.

La dernière de ces séries de locutions à travers lesquelles nous expliciterons la théorie qui anime la présente thèse ne sera essentiellement utile que pour les fins du présent chapitre. Il s'agit des expressions *droit traditionnel* et *normativité traditionnelle*. Ces dernières, qui visent par ailleurs des sous-catégories de la normativité alternative, doivent se comprendre dans une optique orthodoxe et non pluraliste du droit. Elles concernent les normes issues des systèmes juridiques prévalant dans les sociétés dites *primitives* ou *traditionnelles*. Ces dernières s'entendent au sens qui leur était donné jusqu'à une époque récente, soit les sociétés non-industrialisées et dépourvues d'un État central moderne. Il s'agit d'une terminologie chargée d'un bagage symbolique fortement négatif auquel nous devons néanmoins référer en raison de l'utilisation étendue dont elle a fait l'objet dans la littérature anthropologique jusqu'aux années 1970. Il faut toutefois comprendre que dans le cadre analytique que représente le pluralisme juridique radical, la catégorisation de ce type de normativité comme *traditionnelle* est de peu d'utilité car elle émerge et opère selon des mécaniques qui sont communes à toutes les formes d'expression normative. Les expressions qui réfèrent à cette normativité demeurent néanmoins pertinentes dans la mesure où elles offrent un support terminologique à un phénomène historique qui est central à l'émergence du concept de pluralisme juridique dont descend la théorie que nous défendons dans la présente thèse, soit le pluralisme juridique radical.

1.1 Historique du pluralisme juridique

Le pluralisme juridique, et même la théorisation du pluralisme juridique, ne sont pas des phénomènes nouveaux. Tout au plus peut-on considérer qu'on accole une nouvelle terminologie à un phénomène immémorial. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le pluralisme juridique vise la coexistence de plusieurs ordres normatifs au sein d'une même unité d'espace et de temps. Nous démontrerons ci-après qu'une multitude d'ordres normatifs coexistent actuellement dans toutes nos sociétés. Mais ce type de pluralisme a toujours existé. À bien des égards, il était toutefois plus explicite avant l'avènement de l'État moderne au dix-huitième et dix-neuvième siècles. En fait, les données historiques qui nous sont parvenues nous indiquent clairement qu'avant la transition vers l'État moderne, même dans les sociétés organisées sous forme d'États relativement centralisés, des systèmes juridiques alternatifs étaient explicitement reconnus et leur autonomie respectée. Plusieurs systèmes prétendaient à une portée normative et étaient reconnus comme tels par les pouvoirs parallèles dont ils émergeaient.

À titre d'exemple, dès le moyen âge, l'autorité du droit canonique était reconnue. Il s'agissait d'un système parallèle qui, tout comme l'État moderne, était fortement centralisé et dont la portée était beaucoup plus englobante que celle qui lui demeure aujourd'hui. La légitimité de sources normatives plus diffuses était également explicitement reconnue par les pouvoirs parallèles⁶. La plus évidente est la coutume, mais entre également dans cette catégorie le *jus gentium*. Aucun pouvoir organisé n'était responsable de l'élaboration de ces normes censées refléter la sagesse de la pratique séculaire, mais leur autorité et leur autonomie étaient reconnues par les instances

⁶ Sur l'interaction et l'évolution des divers ordres normatifs de cette époque, voir H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

affichant des prétentions normatives explicites, soit celles qui croyaient être légitimement fondées de régir la conduite humaine. La grande différence entre l'État d'aujourd'hui et l'État d'alors est que ce dernier reconnaissait un certain pluralisme juridique alors que le premier prétend avoir confisqué toute l'étendue du domaine juridique.

Ce type de reconnaissance explicite et officielle de l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques a en effet été la règle, le monisme actuel constituant une exception moderne. Ce qui ne veut pas dire que certaines formes antérieures d'États n'avaient pas des visées normatives hégémoniques; ces derniers reconnaissaient toutefois leur impuissance à occuper entièrement le domaine juridique. Par conséquent, seuls étaient reconnus par l'État les ordres normatifs qui pouvaient le concurrencer par leur ampleur et leur emprise. À l'inverse, ces ordres normatifs concurrents ne reconnaissaient l'intervention normative de l'État que dans la mesure où ce dernier possédait les moyens effectifs d'imposer sa volonté.

Si l'État moderne affiche des prétentions hégémoniques, il ne désire pas pour autant effectivement contrôler tous les faits et gestes de ses sujets. Il cherche plutôt à écarter ou dé-légitimer les sièges de pouvoir concurrents pour s'arroger tout le capital d'intervention légitime. L'État ainsi compris n'est pas nécessairement dictatorial, c'est d'ailleurs l'exception, mais il projette l'idée de son omniscience, de son omniprésence et de son omnipotence. Ainsi, si l'État moderne est pour plusieurs le garant de la liberté, c'est parce qu'il ne semble revenir qu'à lui de légitimement concéder ou aménager des espaces de liberté. L'État se construit ainsi une image de magnanimité puisqu'il semble seul habilité à faire don des espaces d'autonomie ou de liberté dont jouit le citoyen. Par ce subterfuge qui repose en filigrane sur une conception hobbesienne de l'état de nature, l'État devient le garant des droits et, ce qui est plus important, des libertés des citoyens,

ces derniers ne possédant pas en propre d'autonomie dans l'action. L'État distribue ainsi des aires de liberté, dont l'importante liberté de commerce, mais la menace d'une intervention en cas de dis-fonctionnement demeure pour empêcher les abus, et pour protéger l'image d'omnipotence étatique.

Cette image de l'omnipotence de l'État constitue nécessairement une fiction, mais une fiction dont la symbolique est pénétrante. Cette occupation ou cette captation symbolique de l'espace normatif évacue l'idée d'une réalité alternative. Il devient impossible de penser l'existence d'autres formes normatives de même que d'autres modes de structuration sociale. Dans les esprits, la normativité alternative demeure marginale ou clandestine dans les instances limitées où elle apparaît comme tangible. Le pluralisme juridique est donc généralement devenu, pour l'esprit moderne, une hallucination ou pire, une impossibilité.

Mais il serait faux de croire que notre époque se distingue radicalement de l'époque pré-moderne. De tout temps, pour des raisons de politique, la reconnaissance du pluralisme juridique a été limitée. On reconnaissait l'existence de certains ordres normatifs liés à des pouvoirs, mais on ne reconnaissait pas toute la complexité et la pluralité des ordres normatifs. Comme aujourd'hui, ces derniers étaient multiples, multiformes et évolutifs. Ils reflétaient les problématiques propres aux sociétés dont ils émergeaient et ces préoccupations n'étaient certainement pas limitées aux seules préoccupations des pouvoirs pré-éminents. De tout temps, des systèmes de régulation parallèles se sont développés, avec ou sans l'assentiment de l'État, pour répondre aux besoins normatifs des individus composant la société. Ils se sont donc développés en symbiose avec l'étendue des problématiques auxquels ils répondaient pour s'étendre à la famille, au clan, au village, au corps de métier, ou à d'autres unités sociales encore.

Il faut également comprendre que l'application de ces ordres normatifs ne fut jamais exclusive. De tout temps, une pluralité d'ordres normatifs se sont superposés pour s'appliquer, implicitement ou explicitement, aux mêmes individus. Cet entrecroisement des systèmes juridiques reflète les appartenances multiples qui nous conditionnent tous⁷. Nul ne peut honnêtement se définir par son rattachement à un seul intérêt ou à un groupe unique. Le propre de l'être humain est l'interaction sociale, ce qui implique la multiplication des amitiés, des reconnaissances, des intérêts et des allégeances. Ces dernières peuvent être contradictoires, et le sont souvent en pratique. Plus les interactions d'un individu sont complexes, plus l'ensemble normatif le régissant est complexe. Il est donc probable que les systèmes normatifs ont cru en nombre et en complexité avec l'intensification des communications et la démultiplication des interactions dans nos sociétés modernes. En tout état de cause, il faut retenir qu'ils n'ont jamais été aussi limitées que ne l'a toujours prétendu le discours officiel.

Si la reconnaissance officielle d'un pluralisme juridique limité ne date pas d'hier, la reconnaissance théorique de l'existence de ce pluralisme juridique n'est pas, elle aussi, une invention récente. Comme nous l'avons vu ci-dessus, le pluralisme juridique est au premier chef une théorie qui décrit le caractère multiforme des phénomènes normatifs. Dans ce rôle descriptif, il ne crée pas de normes puisqu'il ne se propose que de reconnaître leur caractère multiple. Or, les écrits théoriques portant sur le droit ont jusqu'à récemment reconnu explicitement l'existence d'une multitude d'ordres normatifs. De fait, cette reconnaissance recouvrait dans la plupart des cas la reconnaissance officielle de ces ordres juridiques, mais la dépassait quelquefois. Jusqu'à la professionnalisation moderne de la pratique juridique au tournant du siècle dernier, l'horizon symbolique était

⁷ Cette fragmentation de l'identité est un aspect important de la présente thèse. Nous y consacrerons des développements considérables à la partie 2.3.

suffisamment ouvert pour que la théorie reconnaisse elle aussi l'existence d'un certain pluralisme juridique.

Montesquieu fait figure d'exemple en ce domaine puisqu'il fut l'un des premiers à démontrer une ouverture d'esprit réelle à l'égard de l'altérité en droit⁸. Il envisagea le droit comme matériellement et culturellement contingent et dénué de hiérarchie ontologique. Bien qu'il ait mis trop d'emphase sur des causes naturelles du développement de systèmes juridiques, telles le climat, la géographie et l'environnement, il n'en retint pas moins, ce qui est essentiel, que ces systèmes s'équivalent en principe même s'ils empruntent des formes fortement différenciées. Il s'est refusé à considérer le droit occidental comme un sommet de l'évolution juridique pour plutôt l'expliquer comme la manifestation d'une forme de juridicité parmi d'autres, qui peut même être considérée à certains égards comme inférieure à des formes d'expression juridique traditionnelles. Ses analyses étaient souvent teintées d'un romantisme propre à son époque, surtout en ce qui concernait le nouveau monde, mais il fut à l'origine d'une ouverture vers l'altérité annonciatrice du pluralisme juridique à venir. Son approche ne prétendait pas être scientifique, mais il a ouvert la voie à ceux qui viendront plus tard systématiser l'étude de l'altérité en droit.

Les régimes de *Common Law* présentent, dans leur rapport au pluralisme juridique, un cas particulier. La théorie que la *Common Law* cautionne a de tout temps été obligée de reconnaître une forme relativement affirmée de pluralisme juridique. En effet, ce système juridique est construit par stratification à partir des normes révélées ou découvertes par les magistrats. Ces normes sont *révélées* et non *éditées*. Elles sont censées pré-exister à l'état brut dans la société et il revient au magistrat de leurs donner

⁸ Voir: Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Éditions Garnier, 1973.

corps⁹. Dans les faits ces normes reflètent des pratiques sociales pré-existantes et formalisent, en quelque sorte, une normativité déjà effective. Car ce que fait la *Common Law*, c'est institutionnaliser une pratique informelle et mettre à son service l'appareil répressif de l'État. Ce faisant, la *Common Law* a toutefois souvent façonné les normes implicites en les alignant, dans leurs re-formulations explicites, sur des intérêts autres que ceux originalement visés¹⁰. Il n'en demeure que par la nature moins centralisée de leur droit officiel, les régimes de *Common Law* auraient naturellement dû être plus ouverts à la reconnaissance d'un certain pluralisme juridique.

Dans les faits, ces régimes ont toutefois suivi le même parcours vers le centralisme étatique que les sociétés relevant d'autres traditions juridiques. S'y est enracinée l'idée que le droit devait être l'expression d'une autorité légitime, et que l'autorité légitime résidait dans l'État. À l'image de la marginalisation progressive de la coutume dans les régimes civilistes, la capacité des communautés à générer des normes a progressivement été désavouée dans les régimes de *Common Law*. En effet, ces derniers, qui admettaient initialement les particularismes locaux et l'émergence de nouvelles normes différenciées, ont graduellement procédé à une uniformisation du droit en même temps qu'ils ont contribué à la concentration du pouvoir vers l'État et à la légitimation de l'action étatique. Les régimes de *Common Law* ont ainsi progressivement abandonné l'affinité naturelle qu'ils entretenaient avec une conception pluraliste du droit.

⁹ Au sujet du processus de structuration de propositions juridiques qui s'ensuit, voir: Arthur R. Hogue, *Origins of the Common Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1986, en particulier aux pages 182 à 200.

¹⁰ Harry Arthurs a consacré une monographie au détournement de la normativité alternative qu'a opérée la *Common Law* à l'époque victorienne et sur la résilience qu'a néanmoins démontrée cette normativité alternative. Voir: Harry Arthurs, *Without the Law*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

1.2 *L'émergence de l'anthropologie juridique*

Malgré les liens qui l'unissent au passé, le concept moderne de pluralisme juridique ne s'est pas développé dans un esprit de continuité avec ses racines historiques, mais dans un contexte de confrontation et de rupture avec les idées de son époque. Comme les explications qui ont précédé l'ont démontré, le pluralisme juridique n'a rien inventé, il n'a fait que reconnaître une réalité qui a existé de tous temps. La formulation de l'idée d'un pluralisme dans le domaine juridique impliquait toutefois une certaine audace de la part de ses protagonistes puisque le monisme juridique était devenu à l'époque de son émergence, à la fin du dix-neuvième siècle, une orthodoxie qui ne souffrait guère de remise en question, comme elle le demeure d'ailleurs à bien des égards aujourd'hui.

La naissance de l'anthropologie descriptive, qui précède d'environ cent ans son organisation formelle en tant que discipline, remonte au milieu du dix-neuvième siècle¹¹. Elle visait alors l'étude scientifique des sociétés dites "primitives". Ces sociétés étaient ainsi qualifiées parce qu'elles ne ressemblaient pas, par leur organisation sociale et politique, aux sociétés occidentales qui servaient d'exemple paradigmatique. À l'observation, il apparaissait toutefois que les sociétés primitives pouvaient être régies par une structure interne cohérente et une certaine forme de contrôle centralisé. Elles s'étaient développées en tant que sociétés plus ou moins homogènes, mais n'avaient pas atteint, lorsqu'on les comparait avec les sociétés occidentales, un niveau de développement avancé et n'étaient donc pas encore entrées dans la modernité. C'est à l'étude de leurs particularismes et, plus tard, aux enseignements qu'elles pourraient

¹¹ En sont des représentants Henry Sumner Maine, Lewis Morgan, J. Bachofen et J.F. MacLennan dont nous traiterons dans la prochaine partie.

receler pour les sociétés modernes, que l'anthropologie a consacré ses efforts.

L'anthropologie de la fin du dix-neuvième siècle était proche parente de la sociologie naissante qui, elle, étudiait les sociétés modernes ou industrialisées. Les deux disciplines partageaient les mêmes fondements et plusieurs des mêmes outils analytiques. Cette parenté découle bien entendu de la similarité des objets d'études respectifs des deux disciplines, mais elle relève aussi pour une part importante de l'influence qu'a eu Max Weber sur leur développement. Ses analyses de la société européenne de la fin du dix-neuvième siècle présentaient une nouvelle façon réaliste et scientifique d'aborder les rapports sociaux et leur évolution qui annonçait la possibilité d'une compréhension plus globale des phénomènes humains¹². Weber jetait ainsi les bases à la fois de la sociologie et de l'anthropologie. Ces disciplines se sont ensuite spécialisées et recoupées. Ainsi, elles ont premièrement raffiné leurs méthodes, la sociologie préférant une approche plus théorique se rapprochant parfois de la philosophie, et l'anthropologie privilégiant le terrain et l'étude plus objective des phénomènes. Elles se sont toutefois rejointes par la suite en ce que la sociologie se préoccupe maintenant tout autant des sociétés occidentales que des autres sociétés, et que l'anthropologie a aujourd'hui investi les phénomènes sociaux modernes, qu'ils soient propres aux sociétés occidentales ou non¹³.

C'est dans le contexte de ce bouillonnement que l'anthropologie juridique s'est progressivement affirmée comme discipline autonome au cours du vingtième siècle. De

¹² Voir en particulier: Max Weber, *Économie et société*, traduction française de J. Freund et al., sous la direction de J. Chavy et É. de Dampierre, Paris, Plon, 1971 et *Max Weber on Law in Economy and Society*, sous la direction de Max Rheinstein, Cambridge, Harvard University Press, 1954. Voir également Michel Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris et Québec, LGDJ et Les Presses de l'Université Laval, 1995.

¹³ Il en est ainsi particulièrement des travaux de l'équipe de Raymond Verdier au centre Droit et Culture. Voir notamment: *La vengeance*, sous la direction de R. Verdier, édition en quatre volumes, Paris, Cujas, de 1981 à 1984.

façon plus spécifique, on peut toutefois avancer que l'anthropologie juridique, en tant que discipline spécialisée, est née de la convergence de deux ouvertures dans l'horizon symbolique, ce qui n'a toutefois su lui assurer une parfaite acceptation de la part des disciplines déjà établies, dont le droit. La première de ces ouvertures consistait en la montée du scientisme et du rationalisme amorcée depuis déjà plus d'un siècle. De plus en plus, on avait recours à des explications scientifiques caractérisées par une vision mécaniste et causale des phénomènes, les explications holistiques ou spirituelles n'ayant plus cours. La foi dans les avancées et les possibilités que recelait la science moderne, à la fois quant à son pouvoir explicatif et à son potentiel d'harnachement du monde naturel et même psychologique, faisait en sorte qu'on entrait dans l'ère du "tout scientifique". Ce nouveau paradigme avait largement dépassé les confins des sciences naturelles pour envahir tous les champs d'études. Les disciplines qui deviendront, signe des temps, connues sous le vocable de *sciences* humaines désiraient également objectiver leurs savoirs ou du moins accéder à la respectabilité du scientisme. C'est dans le sillon de cette mouvance que s'est développée l'anthropologie juridique.

Ce contexte constituait par ailleurs un terreau fertile à l'éclosion de nouvelles disciplines en raison de la foi en le potentiel explicatif des sciences et la vision causale qu'il implique. Tous les phénomènes peuvent ainsi être compris comme le produit d'une mécanique interne susceptible d'explicitation et, ceci étant, de contrôle ou du moins de modulation. Peu importe le domaine concerné, il devenait donc nécessaire de découvrir la logique des phénomènes. L'anthropologie, l'étude des sociétés primitives, devenait de ce fait un domaine légitime et nécessaire de recherche

Dans un même ordre d'idées, la montée des sciences a préfiguré la spécialisation des savoirs. Le propre de l'approche rationaliste du savoir scientifique est d'isoler les

sources causales premières des phénomènes en éliminant les sources secondaires et les éléments neutres. On simplifie ainsi le savoir en le compartimentant. Cette survalorisation de la causalité simplifiée mène nécessairement à une spécialisation des savoirs. Alors que le projet de l'anthropologie aurait pu autrefois être compris dans la grande catégorie des humanités ou de la philosophie, il se devait à ce moment de valoriser son objet d'études en affirmant sa spécificité. La consolidation du scientisme a donc ouvert l'horizon symbolique à l'éclosion de disciplines, l'anthropologie et dans sa foulée l'anthropologie juridique, qui autrement ne se seraient probablement pas développées.

L'anthropologie n'aurait toutefois su apparaître sans l'existence d'une autre ouverture importante de l'horizon symbolique provoquée par la proximité et l'accessibilité de l'altérité. En effet, avec la colonisation des dix-huitième, dix-neuvième et début du vingtième siècles, des peuples participant à un univers référentiel singulièrement distinct du nôtre sont devenus disponibles comme sujets d'études. Auparavant, l'existence et certaines caractéristiques de ces peuples étaient certes connues, mais ils constituaient une mouvance obscure et menaçante, qui ne devait être abordée que sous l'angle mercantile, militaire, ou quelquefois religieux. Bien qu'ils fussent considérés comme inférieurs à un titre ou à un autre, barbares et incultes, ils constituaient néanmoins une menace pour la sécurité de la Civilisation. En quelque sorte, par leur force ou leur potentiel destructeur, ils étaient des égaux. Dans ces conditions, ils ne pouvaient constituer des sujets d'études à part entière, mais seulement l'objet de préoccupations. L'idée de l'altérité demeurait menaçante.

Cette idée d'altérité se transforme fondamentalement pendant le siècle des lumières. La pensée se détourne alors du mystique ou du transcendant pour faire porter son attention sur le sensible et le réel. C'est dans ce contexte qu'il devient possible de ne

plus percevoir l'altérité comme le non-nous, mais plutôt comme un autre nous dont les caractéristiques particulières nous éclairent sur notre propre nature. L'étude scientifique de l'autre devient possible alors que sa nature tangible était effacée autrefois sous une catégorisation qui le plaçait dans un monde idéal distinct. Mais ces peuples furent également ramenés à une réalité moins intimidante dans l'imaginaire occidental par leur colonisation et leur inféodation aux intérêts des grandes puissances. La menace militaire, religieuse ou même civilisationnelle qu'ils représentaient en fut anéantie et le concept d'altérité s'en trouva profondément transformé. L'autre demeurait différent, souvent profondément différent, mais cette différence s'exprimait maintenant surtout par son retard dans l'échelle évolutive. L'occident était au pinacle de l'échelle que les colonisés n'avaient su gravir. Dans cette vision linéaire, les primitifs pourraient toutefois profiter des bienfaits de la civilisation. Il devenait par conséquent nécessaire d'appliquer les méthodes scientifiques à développer des moyens de la leur apporter.

En plus d'être moins menaçante, l'altérité devint plus disponible. Certaines conditions matérielles eurent un impact important. Premièrement, alors qu'il était autrefois difficile d'atteindre ces peuples, l'évolution des moyens de transport, et ensuite de communication, permirent aux instigateurs de l'anthropologie de plus facilement les rejoindre, de mieux vivre le contact et de plus facilement faire connaître les expériences vécues suite à ce dernier. En deuxième lieu, la colonisation rendit nécessaire le maintien permanent et l'intensification de ces contacts. Même les peuplades reculées devenaient moins dangereuses et plus accessibles en raison des bases avancées établies dans les colonies. Cette proximité physique se traduisait également par une plus grande proximité dans les rapports humains, quoique ces derniers demeuraient fortement hiérarchisés. L'étranger n'était plus aussi terrible et différent lorsqu'il prenait les traits du colonisé. Il devenait un objet valide d'observation.

Cette transformation de l'univers symbolique donna donc naissance à l'idée moderne d'anthropologie qui suggère une archéologie culturelle et sociale de ce qui est actuel mais distinct. L'affirmation de la discipline mènera en retour à la considération de phénomènes sociaux et culturels dont l'observation conduira au développement de l'anthropologie juridique et ensuite du pluralisme juridique. Car l'émergence de l'idée du pluralisme juridique - de son caractère particulier et de l'originalité de sa démarche - se produisit dans le cadre de l'observation concrète de sociétés "primitives", souvent dans un contexte colonial, ou quasi-colonial.

Certaines observations ressortirent rapidement des travaux des premiers anthropologues, dont la plus importante fut probablement que les sociétés dites "primitives" n'étaient pas anarchiques et présentaient des structures et pratiques sociales fortement ancrées. De plus, ces pratiques semblaient relever de règles qui, puisque la tradition de ces sociétés était orale, n'étaient pas écrites. Un objet important de ces recherches fut donc l'identification et la théorisation de ces formes de normativité qui, les anthropologues le constatèrent rapidement, jouaient à bien des égards le même rôle que le droit étatique dans les sociétés "développées". Cette constatation s'accompagna d'un malaise lorsque certains avancèrent qu'à part sa plus grande envergure et le fait qu'il soit le plus souvent écrit, le droit occidental ne différait pas fondamentalement de ces normativités. Sauf que les sociétés primitives fonctionnaient sans État, du moins sans un appareil qui puisse être apparenté à l'État moderne, sans bureaucratie et le plus souvent sans armée constituée et sans pouvoir de police. Le droit étant indissociablement lié dans la pensée occidentale à la présence de l'État coercitif et structuré, la suggestion d'une forme de droit sans État semblait devoir tenir soit de l'hérésie, soit d'une profonde méprise sur la nature de la normativité.

Ces analyses relevaient par conséquent des faits troublants. Ces sociétés sans État, ou sans appareil étatique moderne, présentaient un ordonnancement social souvent très élaboré de même que plusieurs conventions fortement respectées, dans des domaines aussi divers que l'autorité parentale, les règles gouvernant le mariage, celles relatives à la propriété et aux échanges, au contrôle de la violence¹⁴, etc. Les règles ainsi découvertes représentaient par ailleurs plusieurs caractéristiques "juridiques" traditionnelles. Ces normes étaient publiques, en ce sens qu'elles étaient connues de tous, elles étaient appliquées uniformément, elles faisaient souvent l'objet d'une disposition par des personnes dont il était généralement reconnu qu'elles étaient habilitées à statuer sur leur application, et elles pouvaient faire l'objet d'exécution forcée. Tout un formalisme juridique entourait enfin une grande partie de ces normes, même si ce formalisme différait souvent foncièrement de celui auquel réfère la normativité étatique moderne.

Plus intéressante et plus troublante à la fois était la constatation que ces normes étaient, dans la très grande majorité des cas, respectées par les populations qui y étaient soumises contrairement à ce qui est souvent le cas en occident. Ces normes apparaissaient participer de façon organique à la constitution de l'identité de ces peuples alors qu'elles sont normalement envisagées comme une externalité dans les métropoles, comme un acte volitif d'un tiers qui s'impose par la raison ou par la force au justiciable. Était-ce là l'expression d'un droit idéalisé, en ce sens qu'il serait plus parfaitement assimilé par les justiciables, ou au contraire l'indice d'une absence de droit, de la simple existence de réflexes quasi-instinctifs ou d'automatismes plus reliés au désir de survie qu'à une volonté de structuration sociale?

Cette dernière compréhension des phénomènes normatifs propres aux sociétés

¹⁴ Voir par exemple Claude Lévy-Strauss, *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1976.

dites "primitives" a longtemps été reçue comme l'expression valide d'une opinion scientifique et non la manifestation d'un racisme primaire¹⁵. Heureusement, certains anthropologues de l'époque ont eu le courage de tenter de contredire les interprétations réductrices en s'engageant dans des études comparatives des normativités traditionnelles et étatiques¹⁶. Il ressort souvent de ces derniers travaux, à un niveau plus fondamental, que les normes observées au sein des peuples primitifs constituent du droit qui ne connaît pas l'abus volitif ou instrumental, et qui ne voit en conséquence que très peu remise en question sa légitimité.

Les travaux des anthropologues qui découvraient ces autres manières de faire le droit furent souvent critiqués sur le fondement de visions stéréotypées ou fortement réductrices de la réalité sociale ou culturelle. Ces critiques reposaient fréquemment sur le postulat de l'absence d'État dans les sociétés étudiées, et donc sur l'impossibilité qu'elles puissent porter du droit. Ceci reflétait une compréhension dominante de l'idée de juridicité qui ne l'associait qu'à l'État - fortement structuré, centralisé, professionnalisé, bureaucratisé et prétendant au monopole de l'autorité - que connaissaient les sociétés modernes. Ce raisonnement relevait bien entendu d'une pétition de principe qui postulait que l'État ne pouvait adopter d'autres formes que celles qui étaient familières aux occidentaux.

¹⁵ Même en 1957, Maspétiol pouvait toujours affirmer au sujet des structures sociales propres aux Inuits qu'elles "[...] ne paraissent pas supérieures à celles des sociétés animales constituant les groupements homogènes les plus évolués." Roland Maspétiol, *La société politique et le droit*, Paris, Montchrestien, 1957, page 3.

¹⁶ Par exemple, Henry Sumner-Maine dont les oeuvres les plus importantes sont: *Ancient Law: It's Connetion with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, Boston, Beacon Press, 1963, initialement publié en 1871, *Lectures on the Early History of Institutions*, Buffalo, W.S. Hein, 1987, initialement publié en 1888, *On early law and custom*, Londres, Murray, 1883, et *Popular Government*, Indianapolis, Liberty Classics, 1976, initialement publié en 1885, où il applique ses concepts analytiques à la société anglaise.

Or l'anthropologie tendait à démontrer que la nature et le rôle respectifs du droit et de l'État pouvaient être imaginés autrement. Dans cette optique, l'État constitue la structure par laquelle un groupe assure sa cohésion dans la prise d'orientations appelées à être communes. Ces orientations peuvent par ailleurs porter sur la culture, la répartition des ressources, la structure sociale, la défense de l'identité, etc. Ce qui les caractérise, c'est qu'elles sont une expression volitive appelée à s'appliquer au groupe. En ce sens, l'État peut être plus ou moins structuré, plus ou moins inclusif, plus ou moins explicite dans son existence et il peut avoir des préoccupations plus ou moins étendues. À ce titre, les sociétés traditionnelles pouvaient donc être considérées comme dotées d'une structure étatique dont le rôle dans la production normative demeurerait néanmoins contesté.

Mais la reconnaissance d'une présence étatique au sein de ces sociétés traditionnelles n'était pas nécessaire aux conclusions que l'anthropologie pouvait tirer sur le droit. La pré-éminence accordée à l'État dans ce débat repose en effet sur l'affirmation de l'indissociabilité du couple État - droit. En ramenant la polémique sur l'existence ou non d'État dans ces sociétés, ceux qui s'opposaient à la vision qui animait l'anthropologie tentaient d'occulter le véritable débat qui aurait dû porter sur la nature du rapport qu'entretiennent l'État et le droit. Or, les observations des anthropologues démontrèrent dès les débuts de la discipline que des phénomènes normatifs existaient bel et bien dans les sociétés traditionnelles, que l'on considère ou non celles-ci comme dotées de structure étatique. En fait, comme nous le verrons au chapitre trois, la plus grande partie des phénomènes normatifs existe hors l'emprise ou la volonté de l'État, quelle que soit la définition qu'on lui donne.

C'est dans ce sens que nous affirmons au début de la présente partie que le concept moderne de pluralisme juridique s'est développé dans un contexte de

confrontation et de rupture avec les idées de son époque. Ses fondements qui découlent des travaux précurseurs des premiers anthropologues du droit étaient fortement contestés par la communauté juridique et le demeurent aujourd'hui à bien des égards. Nous devons toutefois reconnaître qu'à l'origine les théoriciens de l'anthropologie n'étaient pas directement habités de préoccupations sectaires, pas plus qu'ils ne désiraient remettre en question les concepts modernes de droit et d'État. Ils n'étaient préoccupés que par la description et la théorisation d'une réalité à laquelle leurs travaux les avait confronté.

L'anthropologie ne visait pas directement le droit comme objet de recherches. Ce n'est qu'accidentellement et avec le temps qu'elle s'y est intéressée puisqu'une part importante des observations auxquelles elle a donné lieu concernait les phénomènes de régulation propres aux sociétés primitives. Les fondements de l'anthropologie juridique se sont par conséquent développés au sein même de la discipline anthropologique et en parallèle avec son affirmation. En ce sens, l'anthropologie ne tentait pas *a priori* d'occuper un terrain contesté ce qui lui a évité une partie des querelles territoriales et sémantiques qui auraient pu nuire à sa consolidation. Si elle n'a pas immédiatement confronté la discipline juridique, ses idées n'ont en contrepartie jamais véritablement pénétré l'imaginaire juridique. Pour la grande majorité des théoriciens du droit, elles étaient et demeurent sans enseignement pour le droit puisqu'elles relèvent d'un champ d'étude foncièrement distinct.

1.3 *Quelques théories et théoriciens de l'anthropologie juridique*

Outre les querelles sémantiques ou inter-disciplinaires, les conclusions des anthropologues sur l'existence de phénomènes juridiques ou quasi-juridiques les poussèrent à examiner plus à fond la question de l'expression juridique au sein des

sociétés traditionnelles. D'ailleurs, le droit constituait une préoccupation normale pour les anthropologues en raison de la nature essentielle des normes à la définition des sociétés et de l'identité sociale. Une sous-discipline s'est donc développée, l'anthropologie juridique, branche de l'anthropologie qui se concentre sur la question de la normativité. Il faut toutefois comprendre que ce n'est que beaucoup plus tard que la discipline s'est organisée et s'est fédérée sous cette appellation. De la même façon, la discipline maintenant connue sous le nom d'anthropologie a longtemps été dénommée ethnologie. Il n'empêche qu'en raison du caractère partagé de leur intérêt quant au droit, un groupe important de ces chercheurs peuvent être désignés sous l'appellation d'anthropologues juridiques.

Les recherches de ces premiers anthropologues du droit ont vite mené à un questionnement sur la nature de ce qui est proprement juridique. Cette quête ontologique visait probablement à répondre aux critiques traditionnelles qui associaient droit et État moderne, mais elle était également destinée à mieux délimiter leur objet de recherche. La très grande majorité des anthropologues sérieux s'astreignirent donc à définir un critère de juridicité hors du strict rapport avec un État moderne. Différentes définitions du phénomène furent proposées qui impliquaient toutes un critère de juridicité. Pour ces anthropologues, le droit était fondé sur la coercition, l'autorité, l'ostracisme, l'exécution forcée, l'objectivisme, l'existence d'une structure judiciaire ou d'autres critères encore¹⁷.

Au delà de ces différentes déclinaisons de la normativité, l'idée voulant que ce qui

¹⁷ Pour une recension assez complète des critères de juridicité adoptés par certains auteurs de cette époque de même que pour une étude historique du développement de l'anthropologie juridique vers le pluralisme juridique, voir respectivement les chapitres trois et deux de: Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988. Sur les critères de juridicité, voir également: L. Pospisil, *Anthropology of Law*, 2^e édition, New Haven, HRAF Press, 1974.

est juridique est défini par un critère formel doit toutefois laisser songeur. En effet, pourquoi cette insistance sur cette ontologie qui demeure matérialiste et, comme nous le verrons à la fin du présent chapitre, fortement teintée de centralisme étatique? Plusieurs facteurs auxquels nous avons fait allusion ci-dessus offrent une piste intéressante de réflexion, ou du moins un point d'ancrage aux explications possibles de cette quête de critères de juridicité. En premier lieu, notons que ces définitions ne tiennent pas à un critère métaphysique ou transcendant. Elles sont beaucoup plus matérialistes, mécanistes, dans leur appréhension du droit. Elles permettent ainsi de conclure à l'existence d'un phénomène juridique dès qu'un de ces critères immédiatement observables est repéré. À cet égard, malgré le fait que certains des critères mentionnés relèvent du domaine de la psychologie ou des relations psycho-sociales, il n'en demeure qu'ils reflètent une vision conséquentialiste, causale du phénomène juridique. Par l'adoption de cette méthode, les anthropologues du droit ne faisaient toutefois qu'actualiser les ouvertures symboliques qui ont cautionné l'émergence de leur discipline. Il était donc normal qu'ils tentent de découper des phénomènes complexes selon des axes définis par des critères observables afin de leur imprimer une logique rationnelle et causale.

Le premier réflexe des anthropologues consistait naturellement à comparer ce qui était incontestablement considéré comme du droit, le droit étatique, à ces phénomènes de normativité rencontrés chez les peuples primitifs dans les sociétés coloniales, ce qui a mené à l'identification des critères de juridicité mentionnés ci-dessus. Ce choix analytique découlait de l'intériorisation de la méthodologie scientifique, mais visait également, plus ou moins consciemment, à faire accepter le caractère juridique de ces normes par les juristes traditionnels et, ce faisant, à faire reconnaître la légitimité de la discipline en formation. Cette tentative rencontra un succès mitigé, la normativité traditionnelle étant généralement considérée comme du sous-droit, mais la discipline n'en

continua pas moins sa progression et son affirmation.

Un autre facteur pouvant expliquer ce recours à un critère de juridicité était la prévalence des théories ou méthodes structuralistes durant une bonne partie de l'essor de l'anthropologie juridique, des années 1920 aux années 1960. Cette approche découlant de la linguistique¹⁸ postulait que le produit observable de l'interaction humaine résultait de règles internes uniformes qui en assuraient la cohérence. Ces règles étaient en quelque sorte la grammaire de ces phénomènes et en constituaient le lien unificateur. Cette approche devint très populaire puisqu'elle postulait un déterminisme et un universalisme qui rendait commensurables les expériences humaines. Elle fut par la suite vivement critiquée en raison justement de ce déterminisme et de cet universalisme qui n'autorisaient pas la possibilité de l'autonomie ou de la création. La pensée structuraliste eut néanmoins un impact important sur quelques figures marquantes de l'anthropologie, dont Claude Lévi-Strauss¹⁹. Compte tenu du postulat théorique qui orientait ses recherches, ce dernier devait trouver un ou des critères unificateurs qui démontreraient la logique interne des phénomènes étudiés. Cette grammaire normative appelait donc nécessairement l'adoption de critères de juridicité. En ce sens, l'approche structuraliste présentait une version utile mais tronquée de la réalité.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la véritable naissance de

¹⁸ Et en particulier de l'ouvrage fondateur de Ferdinand de Saussure, *Cours de linguistique générale*, édition critique préparée par Tullio de Mauro, Paris, Payot, 1982, initialement publié en 1916. Sa théorie linguistique était fondée sur l'idée que le langage est un système gouverné par des règles et des contraintes internes. Le pivot de sa théorie consistait en l'affirmation d'un lien univoque entre le signifiant (le mot) et le signifié (le concept) qui produisait le sens. Cette théorie de la correspondance et des systèmes qui affirme fondamentalement l'existence d'une vérité objective connaissable s'est ensuite étendue à la philosophie pour devenir un de ses mouvements importants du vingtième siècle.

¹⁹ Voir *supra*, note 14. Bien qu'il ait précédé le pluralisme juridique, ses travaux sur le droit ont eu un grand retentissement dans la discipline.

l'anthropologie juridique, qui mènera éventuellement à la théorie du pluralisme juridique, date de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle. Rappelons qu'après la colonisation des Amériques, les puissances européennes étaient pleinement engagées dans leur deuxième vague coloniale. L'accessibilité qui s'en suivit à des sociétés qui nous étaient profondément dissimilaires sera l'occasion du développement de l'anthropologie, mais non sa motivation. En effet, ces études se sont souvent développées en opposition aux visées coloniales bien qu'à l'analyse elles aient fait montre d'une assez grande soumission aux modèles étatiques et juridiques dominants. Elles ne s'inscrivaient pas dans la logique coloniale en ce qu'elles reconnaissaient l'existence de normes autochtones traditionnelles. De plus, elles accordaient de ce fait une certaine légitimité à ces normes que les autorités coloniales visaient, à tout le moins, à subordonner. Cette incompatibilité apparente n'a toutefois pas empêché certaines collaborations. Des anthropologues furent mis à contribution pour écrire des coutumiers qui visaient à intégrer les normativités traditionnelles aux normes coloniales²⁰, mais qui visaient également l'acculturation des populations par la captation de ces normes²¹. Les anthropologues juridiques ont donc quelquefois collaboré à la conquête des mentalités qui, après la conquête militaire, pouvait seule assurer le maintien à terme de l'hégémonie des puissances coloniales.

Les premiers théoriciens d'importance de l'anthropologie juridique furent surtout anglais, ce qui ne surprend guère lorsque l'on considère l'ampleur de l'empire colonial britannique d'alors. Un des plus importants fut Henry Sumner-Maine²² qui posa les jalons

²⁰ Voir Norbert Rouland, *supra* note 17, aux numéros 209 à 212.

²¹ Gunther Teubner démontre dans un texte non publié comment les colonisateurs ont feint, devant les tribunaux coloniaux, se rapporter au droit autochtone quand en réalité ils choisissaient ou retranscrivaient ces normes en des termes qui leur permettaient de le moduler à leur convenance. Voir: Gunther Teubner, "Autopoiesis and Steering: How Politics Profits from the Normative Surplus of Capital", 1991, 35 pages.

²² Voir *supra*, note 16.

de l'étude scientifique des normativités alternatives. Il s'intéressa principalement au droit indien en raison des importantes responsabilités qui lui avaient été dévolues dans le gouvernement et les institutions coloniales. Il était en effet membre du Conseil du gouvernement général de l'Inde, vice-chancelier de l'université de Calcutta et responsable de la codification du droit indien. Il s'intéressa également au droit irlandais, ce qui peut surprendre puisqu'avant les années 1970, ce n'est que sporadiquement que des théoriciens de l'anthropologie juridique et du pluralisme juridique se sont penchés sur le droit des sociétés dites modernes ou évoluées. Son intérêt se comprend toutefois un peu mieux si on considère qu'il fut un universitaire de grand renom, et donc un véritable théoricien. Il n'en demeure qu'il était un évolutionniste convaincu qui affirmait la suprématie des normativités modernes²³. En contrepartie, il fut l'un des premiers à procéder à une analyse scientifique des normativités alternatives et à considérer ces dernières comme du droit à part entière, fut-il primitif. Ses écrits sont en ce sens représentatifs de son époque mais également précurseurs de la discipline naissante²⁴.

Mentionnons également Lewis Henry Morgan²⁵ qui solidifia les fondements méthodologiques de la discipline en militant pour la reconnaissance de l'importance particulière de la technique du terrain, c'est-à-dire la cueillette d'informations au sein des

²³ La normativité suivrait pour lui une progression du statut social pré-déterminé vers le contrat et la rencontre de volontés libres et autonomes comme mode d'allocation des ressources. Voir: *On Early Law and Custom*, *supra* note 16.

²⁴ Plusieurs auteurs se sont intéressés à cette époque aux questions anthropologiques, et plus particulièrement au rapport de cette discipline au droit, mais peu conservent une pertinence plus qu'anecdotique aujourd'hui en raison de leur caractère résolument évolutionniste. Albert Herman Post, *Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz*, Odelburg, A. Schwartz, 1894-1895, en constitue un exemple.

²⁵ Il a produit deux ouvrages importants: *Systems of Consanguinity and Affinity in the Human Family*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1997, initialement publié en 1870, et *Ancient Society, or, Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilisation*, Calcutta, K.P. Bagchi, 1982, initialement publié en 1877.

populations étudiées. Il faut comprendre qu'à cette époque, la plupart de ceux qui s'intéressaient à ces questions étaient des "anthropologues de salon" qui théorisaient à partir de données plus ou moins fidèlement recueillies par des administrateurs coloniaux. Il est par ailleurs intéressant de noter que Morgan adopta une approche matérialiste de l'évolution qui prévoit le dépassement éventuel de la propriété privée et de la loi par la propriété commune et la morale, conclusions théoriques qui préfigurent et influenceront le marxisme.

Par un juste retour des choses, ce mouvement influencera également l'anthropologie juridique, principalement en démentant la dichotomie droit-État. Le marxisme affirme en effet que le droit peut exister sans État, ce qui ouvre la voie à une reconnaissance plus large des phénomènes juridiques. Cette reconnaissance demeure toutefois frileuse puisque Marx et Engels distinguent entre le droit et d'autres formes de régulation en ce que le droit doit pour eux être associé à une forme d'autorité publique²⁶. Dans le cadre de cette conception, le champ du droit demeure donc limité, mais à tout le moins est-il dissocié de l'État.

Pour mieux comprendre cette époque, il est important de tenir compte du fait qu'elle fut fortement marquée par la logique évolutionniste, approche unilinéaire et unificatrice qui colora presque tous ses écrits. Or, selon cette logique, l'être humain a réussi à s'arracher du caractère informe de la primitivité en spécialisant ses savoirs, dont le droit. Ainsi, il a réussi à créer une sphère distincte pour le droit qui le différencie de la morale ou des imprécations de nature religieuse. Les normativités traditionnelles étaient

²⁶ Sur les rapports qui peuvent unir le marxisme et le pluralisme juridique, le lecteur consultera avec intérêt: Stanislaw Erlich, "Pluralism and Marxism", dans S. Erlich et G. Wootton, éd., *Three Faces of Pluralism*, Westmead-Farnborough, Gower Pub. Co., 1980, à la page 34, et Peter Fitzpatrick, "Marxism and Legal Pluralism", (1983) 1 *Australian Journal of Law and Society*, 45.

par conséquent considérées comme des stades inférieurs du développement de la sensibilité juridique. L'évolutionnisme marquait un parcours unilinéaire qui progressait du confus au complexe, de l'informe au spécialisé, et qui permettrait à l'être humain de se soustraire à la contingence par une plus grande maîtrise sur son environnement, que ce dernier soit considéré comme naturel ou social.

En anthropologie, l'évolutionnisme est fortement contesté par une vision plus moderne des rapports entre sociétés dès le début du vingtième siècle. Néanmoins, il n'en perd pas immédiatement et définitivement ses lettres de noblesse. Plusieurs auteurs feront preuve d'un évolutionnisme plus ou moins modéré pendant encore assez longtemps. Parmi les plus importants, il y a d'abord les anciens, Bachofen²⁷, Mac Lennan²⁸ et Post²⁹, dont les écrits concordaient avec les sensibilités de leur époque. Ce dernier est particulièrement intéressant puisqu'il visait la découverte des postulats d'un système juridique universel par l'adoption d'un évolutionnisme unilinéaire. A suivi une seconde vague d'évolutionnistes, qualifiés de néo-évolutionnistes³⁰, aux réflexions plus subtiles. Ils prêchaient un évolutionnisme multilinéaire qui acceptait que l'adaptation des peuples aux conditions auxquelles ils sont confrontés signifiait qu'ils n'étaient pas nécessairement engagés dans une marche allant du plus simple au plus complexe. Edward Adamson Hoebel³¹, est un important représentant de ce mouvement.

²⁷ Johan Jacob Bachofen, *Das Mutterrecht*, Basel, B. Schwabe, 1897.

²⁸ J. F. Mac Lennan, *Primitive Marriage*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, initialement publié en 1865.

²⁹ Voir *supra*, note 24.

³⁰ R. L. Carneiro procède à une recension assez exhaustive de ce mouvement dans: "The Four Faces of Evolution", dans J.J. Honigmann, éd., *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Chicago, Rand MacNally, 1973, à la page 89.

³¹ Voir: Edward Adamson Hoebel, *Law of Primitive Man, a Study of Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1957, mais également: Karl N. Llewellyn

L'évolutionnisme de ces auteurs est mal reçu aujourd'hui puisque tout évolutionnisme suppose une hiérarchisation des sociétés qui procède d'une occultation de l'altérité, ou, à tout le moins, de sa dévalorisation sous le couvert de l'objectivisme scientifique. D'autre part, les évolutionnistes sont dans leurs écrits presque toujours demeurés aveugles à l'interpénétration des phénomènes. Ils ne reconnaissent pas l'existence de phénomènes qu'ils associaient aux sociétés évoluées ou modernes dans les sociétés primitives ou traditionnelles, et vice-versa. Il n'en demeure que les néo-évolutionnistes ont à tout le moins le mérite d'admettre la possibilité d'une compréhension complexe et multi-directionnelle des transformations sociales. Selon leur conception, la marche de l'histoire pouvait être ponctuée de reculs et de chemins de travers.

Bronislaw Malinowski est l'un des principaux artisans de l'abandon du paradigme évolutionniste en anthropologie. Ce dernier arrive à cette discipline un peu par accident puisqu'il se destinait aux sciences mathématiques et physiques. Ses études dans ces domaines expliquent certainement en partie le souci de rigueur intellectuelle dont il fera preuve dans ses travaux et l'approche appliquée qu'il choisira. Dès le début, il adopte l'approche du terrain, c'est-à-dire l'observation prolongée dans leur milieu des populations étudiées. En fait, ses premières observations, qui ont conditionnées ses études ultérieures, se sont prolongées beaucoup plus longtemps que prévu en raison de l'éclatement de la première guerre mondiale lorsqu'il s'est retrouvé, en tant que ressortissant de l'empire Austro-Hongrois, en territoire ennemi au sein du dominion de l'Australie. Le gouvernement australien a toutefois accepté qu'il demeure chez les aborigènes pendant la durée du conflit au lieu d'être incarcéré³².

et E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 4^e édition, 1967.

³² Voir: I. Shapera, "Malinowski's Theories of Law", dans R. Firth, éd., *Man and Culture*, London, Routledge and Kegan Paul, 1968, à la page 139.

Ce séjour forcé et ses nombreuses autres expéditions l'amènent à développer une théorie nuancée et complexe, mais surtout anti-évolutionniste des rapports entre sociétés. Quant au droit, il prend graduellement conscience qu'il n'est pas conditionné par l'existence d'un État, mais qu'il est plutôt socialement et environnementalement contingent et qu'il s'inscrit dans des règles révélées par l'observation de phénomènes concrets. Le droit n'est ni autonome, ni abstrait; il s'agit d'une réalité culturelle qui est vécue concrètement et qui doit être observée. On assiste ici à un déplacement de l'ontologie juridique qui sera déterminant pour la théorie du pluralisme juridique qui sera développée dans les années 1960 et 1970. Ce déplacement reflète d'ailleurs les lignes de force du conflit qui oppose cette théorie à la vision traditionnelle du droit qui domine toujours la pensée juridique à bien des égards.

Ces idées mises de l'avant par Malinowski³³ sont à l'origine de la théorie du fonctionnalisme, qui est caractérisée par une analyse processuelle. Elle se fonde sur l'observation des processus pour découvrir les normes sur lesquelles ils reposent au lieu de rechercher les expressions de volonté normative d'une autorité constituée en État. Cette approche a l'avantage marqué de permettre la reconnaissance du droit au sein de sociétés qui auraient autrement été considérées comme insuffisamment avancées pour en produire. Elle se rapproche ainsi d'une compréhension substantive et non formaliste du juridique. Les découvertes que l'adoption de cette approche analytique a permis à Malinowski l'ont confronté à une vie juridique complexe et multiforme au sein de peuples considérés comme primitifs. Souvent, ces processus juridiques, quoique formellement distincts, se rattachaient par leur nature aux processus présents dans les sociétés

³³ D'autres, comme F. Boas ont, avant lui, affirmé l'importance du terrain ou encore, comme Max Weber, la contingence du phénomène juridique, mais il est le premier à les affirmer avec force et spécificité. Voir Franz Boas: *Race, Language and Culture*, New York, Free Press, 1966, et, *A Franz Boas Reader, the Shaping of American Anthropology*, George W. Stocking Jr., éd., Chicago, University of Chicago Press, 1982.

modernes. Ces résultats étaient en opposition directe avec l'approche évolutionniste privilégiée jusqu'alors, mais permettait également de croire en l'universalité du phénomène juridique. En fait, pour Malinowski, le droit est par nature une fonction sociale qui assure la cohésion par le tissage d'obligations réciproques, et sans cohésion il ne peut avoir de société.

Cet éclairage nécessaire de la nature du juridique a probablement trop occulté la complexité du rapport au droit de l'État, tout comme il a accordé une beaucoup trop grande importance aux conflits comme lieu d'expression du juridique. En effet, si les normes juridiques se déduisent de processus observables, le fonctionnalisme n'est pas allé au bout de sa logique et s'est généralement limité aux processus où la norme était le plus facilement observable, soit les processus de règlement des conflits. Ces derniers sont dès lors devenus le critère de juridicité pour la théorie. Outre ces lacunes somme toute normales compte tenu de la nouveauté de la théorie, les écrits de Malinowski ont eu un impact considérable sur le développement futur de l'anthropologie juridique et, à terme, sur l'émergence du pluralisme juridique.

L'anthropologie juridique ne s'arrête pas avec Malinowski, mais plusieurs de ses développements ultérieurs sont moins intéressants pour le pluralisme juridique. Les anthropologues qui l'ont suivi ont surtout approfondi la compréhension de phénomènes juridiques particuliers propres à des sociétés spécifiques. Certains se sont penchés sur le cas des sociétés modernes dans le cadre d'une approche traditionnelle et d'autres se sont attardés aux fondements méthodologiques et théoriques de la discipline³⁴. Il n'empêche

³⁴ Par exemple, J. L. Comaroff et S. Roberts tendent vers une fusion de l'approche processuelle avec une approche formaliste complexe dans: *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in the African Context*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.

qu'après Malinowski, la théorie ne se renouvellera véritablement qu'à travers la nouvelle perspective qu'offrira le pluralisme juridique.

1.4 Vers le pluralisme juridique

Le véritable changement d'importance en anthropologie juridique, qui explique l'émergence du pluralisme juridique, est à la fois méthodologique et théorique. Il s'agit du début de l'application systématique des méthodes et des procédés de l'anthropologie juridique aux sociétés dites "modernes". De telles études avaient bien entendu été menées par le passé, mais elles demeuraient exceptionnelles et étaient souvent effectuées à titre comparatif ou à l'égard de comportements ou de normes jugés archaïques. Dorénavant, les sociétés modernes deviendront l'objet principal de ces études. Ce choix d'objet d'études constitue un changement méthodologique puisque les techniques de l'anthropologie juridique, et notamment l'approche processuelle, avaient été développées pour rendre compte de la spécificité du droit "primitif" qui, le plus souvent, ne répondait pas aux critères de juridicité généralement acceptés pour le droit "moderne". C'est donc une méthodologie totalement étrangère à la méthodologie juridique traditionnelle qui est soudain appliquée aux sociétés modernes et qui y radicalise l'analyse du droit.

Pour la discipline, il s'agit en contrepartie d'un élargissement méthodologique qui postule sans équivoque l'universalité de la démarche. Cette ouverture sous-tend par conséquent l'élargissement de ses fondements théoriques. En affirmant l'universalité de son approche, l'anthropologie juridique relativise définitivement le rôle de l'État à l'égard du droit et de la normativité de même qu'elle rend d'autant plus inconcevable toute théorie évolutionniste de la normativité. C'est à partir de ce moment que s'affirme véritablement le pluralisme juridique et que l'anthropologie juridique va graduellement se fondre avec

lui ou lui céder la place.

Plusieurs définitions du pluralisme juridique ont été offertes avec le temps, ce qui illustre d'ailleurs assez fidèlement le flottement dont la théorie a pu faire l'objet. Comme pour toute théorie, ses protagonistes l'ont définie en fonction de leurs intérêts de recherche et de leur conception du domaine juridique. En voici quelques exemples: "l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques"³⁵; "[M]ultiple systems of legal obligations (...) within the confines of a state"³⁶; "It is when in a social field more than one source of 'law', more than one 'legal order', is observable, that the social order of that field can be said to exhibit legal pluralism"³⁷; "À l'encontre d'une conception minimiste du droit, elle suggère fondamentalement qu'il existe au sein d'une société une pluralité de cadres sociaux où se manifestent des phénomènes de droit, que cette société soit caractérisée ou non par la présence de l'État"³⁸. De ces définitions, et plus particulièrement de l'évolution

³⁵ J. Vanderlinden, "Le pluralisme juridique, essai de synthèse", dans J. Gilissen, éd., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de Bruxelles, 1972, à la page 19. Cette définition laisse la porte ouverte au piège du "faux pluralisme" dont nous traiterons ci-dessous. Les propos de cet auteur sont toutefois nuancés dans ses écrits subséquents. Voir: "Back to Legal Pluralism. Twenty Years Later" (1989) 28 *Journal of Legal Pluralism* 149 et "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", (1993) 53 *Revue de la Recherche Juridique* 573 où il affirme: "Je modifierais ma définition de 1969 de la manière suivante: le pluralisme juridique est la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation."

³⁶ M.B. Hooker, *Legal Pluralism - An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975. Il s'agit d'un autre exemple de faux pluralisme.

³⁷ John Griffiths, "What is Legal Pluralism?", (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, à la page 38. Pour bien comprendre la portée de cette définition du pluralisme, il est nécessaire de se référer à la définition du droit que propose l'auteur: "[L]aw is the self-regulation of a 'semi-autonomous social field'" (*ibid*). Cette définition quelque peu tautologique fait référence à la théorie des champs sociaux semi-autonomes de Sally Falk-Moore sur laquelle nous reviendrons à la partie 2.5.

³⁸ Jean-Guy Belley, "L'État et la régulation juridique des sociétés globales; Pour une problématique du pluralisme juridique", (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11, à la page 12.

des thématiques abordées dans les publications portant sur le pluralisme juridique, nous pouvons dégager certaines convergences. En effet, nous expliquerons dans les prochaines parties que la théorie du pluralisme juridique a déjà traversé deux phases, et qu'elle entre maintenant dans sa troisième phase à la consolidation de laquelle vise à contribuer la présente thèse. Par ailleurs, loin de nous l'idée d'affirmer que cette dernière phase sera l'achèvement de la théorie. Il est souhaitable qu'elle connaisse des développements ultérieurs pour assurer sa pertinence et sa viabilité à long terme.

La première période pourrait être découpée selon de multiples mouvements ou courants de pensée puisqu'elle s'étend des balbutiements de la discipline jusqu'au début des années 1980. En fait, cette période est caractérisée par la recherche d'une unicité et ensuite d'une légitimité pour la discipline. Cet objectif ne sera finalement atteint que durant les années 1970 qui marqueront l'apogée de la première période du pluralisme juridique. Pendant cette décennie, la discipline s'est organisée autour d'un concept que nous qualifions de "faux pluralisme". Le faux pluralisme est caractérisé par la reconnaissance d'une pluralité de normativités alternatives tempérée par leur subordination au droit étatique ou par la marginalisation de leur importance. Il s'agit, en quelque sorte, d'une radicalité inachevée. La deuxième période du pluralisme juridique est caractérisée par le dépassement du faux pluralisme et par l'organisation de la discipline autour de la reconnaissance d'un *véritable* pluralisme dont nous définirons la teneur à la prochaine partie. La troisième période signale l'entrée dans un "pluralisme radical" dont les bases sont jetées mais dont la théorisation demeure encore largement inachevée.

Il s'agit ici d'une définition moderne du phénomène qui préfigure déjà la troisième étape du développement du pluralisme juridique à laquelle nous nous attarderons à la partie 1.7. Elle sous-entend, en effet, une absence d'hierarchisation des normativités.

Comme toute typologie, cette classification demeure insatisfaisante puisqu'elle néglige les importants chassé-croisés entre les moments et les périodes de la discipline et qu'elle amalgame en énoncés généraux des théories dont la finesse mériterait probablement mieux. Nous tenterons néanmoins de rendre compte dans la prochaine partie des contributions importantes de certains précurseurs. Malgré cette faiblesse, cette typologie constitue une hypothèse dont l'utilité réside dans sa valeur heuristique³⁹ puisqu'elle permettra de mettre en exergue ce qui distingue le pluralisme juridique radical des autres formes de pluralisme juridique.

La première vague d'écrits du pluralisme juridique que nous associons au faux pluralisme est caractérisée par l'avancée capitale que représente la découverte empirique de l'existence d'une normativité alternative au sein des sociétés occidentales. Jusqu'alors, la plupart des travaux ayant traité à un titre ou à un autre de pluralisme reposaient presque exclusivement sur l'étude de sociétés coloniales ou primitives. À partir de ce moment, l'existence de normativités alternatives au sein même des sociétés occidentales passe toutefois d'une hypothèse à une certitude empirique. Les implications de ce changement de statut seront importantes pour la discipline.

La majorité des études qui sont entreprises sur la normativité alternative au sein des sociétés occidentales pendant cette période portent sur des phénomènes considérés comme marginaux ou subordonnés. Les phénomènes marginaux étudiés comprennent les règles de régie interne des groupes de criminels organisés, les règles prévalant au sein de

³⁹ Nous traiterons des limites inhérentes aux typologies et des précautions méthodologiques qui doivent accompagner leur utilisation à la partie 2.1.

“sweat shops”, en milieu carcéral⁴⁰, etc⁴¹. Les normativités subordonnées ont surtout été étudiées dans le contexte des diverses expériences visant les modes alternatifs de règlement des conflits et les phénomènes de justice populaire⁴², de même que dans le contexte des règles prévalant dans les grandes organisations⁴³. Ces recherches livrèrent les constats espérés, c'est-à-dire qu'elles démontrèrent l'existence de systèmes normatifs complexes, ordonnés et structurés qui subsistaient hors l'emprise du droit étatique ou à sa marge.

L'objet premier de ces études était empirique. Elles visaient à développer une démonstration factuelle de l'existence d'exemples de pluralisme juridique dans les sociétés modernes. Elles reposaient toutefois sur deux présupposés théoriques importants. Tout premièrement, ces travaux étaient fondés sur une définition ouverte du droit qui, *a priori*, postulait la possibilité des normativités alternatives. Le deuxième présupposé était que cette normativité se situait à la marge du droit étatique, les rapports exacts existant entre les deux étant toujours à définir à cette époque.

⁴⁰ Voir: A. Podgerfcki, *Law and Society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1974 aux pages 137 à 148 et 269-270.

⁴¹ Voir: Stewart Macaulay, “Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports”, (1987) 21 *Law and Society Review* 185, et, en général: Sally Falk-Moore, “Law and Social Change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, dans S.F. Moore, éd., *Law as Process: an Anthropological Approach*, Londres, Routledge and Keegan Paul, 1978 [ci-après “Semi-autonomous Social Field”], Sally Engel Merry, “Legal Pluralism”, (1988) 22 *Law and Society Review*, 869 [ci-après “Legal Pluralism”] et Sally Engel Merry, “Everyday Understandings of the Law in Working-class America”, (1986) 13 *American Ethnologist* 253.

⁴² Voir: M. Galanter, “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law” (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1 et Gordon Woodman, “The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution”, (1991) 32 *Les Cahiers de Droit* 3.

⁴³ Voir: Stuart Macaulay, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study” (1963) 28 *American Sociological Review* 55, et: “Private Government”, dans L. Lipson et S. Wheeler, éd., *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1986, page 445.

Compte tenu de cette posture théorique, il n'est pas surprenant que des systèmes juridiques alternatifs aient été découverts dans le cadre de ces recherches. Mais il ne faut néanmoins pas sous-estimer l'importance et la qualité véritablement novatrice de cette découverte. Car ces études ont permis de mettre en évidence le niveau d'autonomie et de complexité de systèmes normatifs dont on supposait seulement l'existence. La prise de conscience de l'ampleur du phénomène a forcé la main à la théorie et l'a poussé vers les développements dont elle a fait preuve dans la deuxième phase de son évolution. Il n'en demeure que compte tenu du fait que la découverte et surtout l'affirmation de l'existence de ces systèmes juridiques alternatifs était en soi radicale à l'époque, il est compréhensible que la théorisation du phénomène n'ait pas immédiatement été menée à son aboutissement, c'est-à-dire à la désacralisation du droit étatique.

Aussi, certaines critiques peuvent être apportées non pas contre ces études en tant que telles, mais plutôt contre les illusions auxquelles elles ont pu donner lieu. En particulier, plusieurs ont cru, quant aux études portant sur les modes alternatifs de résolution des conflits et sur le mouvement de justice alternative ou communautaire, qu'il s'agissait là de l'expression d'une délocalisation des sièges du pouvoir et d'une démocratisation de la vie sociale. Du moins cette croyance se transposait-elle dans un sentiment populaire.

Plusieurs expériences de justice alternative ont ponctué les années 1970 et 1980, et ces modes de résolution des conflits semblent actuellement faire l'objet d'une certaine recrudescence, à tout le moins au Québec⁴⁴. Pour paraphraser Sally Engle Merry⁴⁵, la

⁴⁴ Soulignons ce phénomène par deux exemples: premièrement, l'attribution officielle au Québec d'une compétence spécialisée à des médiateurs agréés en matière familiale - la main-mise sur ce nouveau champ de pratique ayant d'ailleurs fait l'objet d'une foire d'empoigne très médiatisée et particulièrement vicieuse entre le Notariat et le Barreau - et la création par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke d'un diplôme de deuxième

justice populaire ou alternative puise ses sources culturelles dans la normativité ou l'ordonnement indigène, mais elle n'est liée structurellement qu'avec la normativité étatique. Bien qu'ils empruntent des méthodes et des principes découlant en théorie d'un vécu populaire, ces modes de résolution de conflits ne doivent leur existence qu'à l'*imprimatur* de l'État qui en crée les instances et en fixe les règles de conduite. Par ailleurs, ces instances empruntent volontairement du système juridique officiel certains éléments symboliques - disposition de la salle, règles codifiées, habillement, positionnement du juge, etc - dans une quête d'autorité et de légitimité. De façon plus fondamentale, l'autonomie décisionnelle présumée de ces instances est démentie par le recours aux normes substantives du droit étatique et l'intégration progressive des visées normatives étatiques dans les normes alternatives auxquelles il peut être fait recours⁴⁶. De même, la poursuite en bout de ligne de l'activité de ces forums dépend de la volonté étatique qui, tout comme elle leur a donné une existence, peut les faire disparaître.

En fait, le recours à la justice alternative par l'État apparaît cacher d'autres visées: "By its appeal to indigenous ordering, it defuses protest and resistance to state law"⁴⁷. La justice alternative apparaît dès lors comme un instrument de subversion d'une volonté populaire désirant s'exprimer à l'extérieur du cadre étatique ou en opposition à celui-ci, et comme un moyen d'assimilation par la normativité étatique de la normativité alternative. Dès lors, il ne s'agit plus d'un exemple de pluralisme juridique, mais plutôt de modalités

cycle portant sur la prévention et le règlement des différends.

⁴⁵ Sally Engle Merry, "Popular Justice and the Ideology of Social Transformation", (1992) 1 *Social & Legal Studies* 161, à la page 163 [ci-après "Popular Justice"]. Voir également: *Colonizing Hawai'i, the Cultural Power of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000 [ci-après *Hawai'i*].

⁴⁶ *Ibid* "Popular Justice". Ce qui n'est pas sans rappeler l'utilisation de la normativité traditionnelle par les puissances coloniales.

⁴⁷ *Ibid*, page 168.

originales d'expression de la normativité étatique.

Car il faut bien distinguer entre pluralisme et pluralité juridique. Le pluralisme n'est pas la situation qui prévaut lorsque l'État accepte, tolère ou régularise l'existence d'une multiplicité de régimes juridiques particuliers sur lesquels il conserve la main-mise ultime. L'unitarisme de l'État n'est pas fondé sur l'uniformité des règles qu'il édicte mais plutôt sur son rôle central d'arbitre final de la légitimité et de l'applicabilité des règles. Cette posture sous-tend une hiérarchisation qui présuppose une volonté d'instrumentalisation des autres ordres normatifs. Au mieux pourrait-on parler dans ces circonstances de pluralité juridique ou, en d'autres termes, de faux pluralisme. Et c'est cette voie qu'ont généralement emprunté les premières études portant sur le pluralisme juridique lorsqu'elles ont postulé que la normativité alternative se situait à la marge ou dans l'ombre de la normativité étatique, qui demeurait ainsi hiérarchiquement supérieure.

Il n'en demeure que l'éclosion de ces modes alternatifs de résolution des conflits résulte d'une tentative d'adaptation de l'appareil étatique à l'exaspération d'une population courroucée par ce qu'elle perçoit être un déficit de légitimité du démembrement de l'appareil étatique que constitue l'appareil judiciaire. En ce sens limité, et malgré la tentative manifeste d'accaparement que ces phénomènes de justice alternative représentent, leur émergence souligne le potentiel de l'activisme civique.

Cette première période du pluralisme juridique marque donc des avancées importantes pour la théorie, surtout en ce qu'elle porte son regard vers les sociétés modernes. Les insuffisances théoriques qu'elle a démontré ne doivent pas minimiser le caractère fondamental de ce changement d'orientation. C'est toutefois spécifiquement à une tentative de dépassement de ces insuffisances et à la consolidation de la théorisation

de la discipline que se consacrera le pluralisme juridique dans la deuxième phase de son développement.

1.5 *La deuxième phase du pluralisme juridique*

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la deuxième période de l'évolution de la théorie du pluralisme juridique se démarque de la première par le recentrage de la discipline sur des normes libérées de la tutelle étatique. Ceci implique au premier chef que ces normes ne doivent plus être considérées comme inférieures à la normativité étatique, mais plutôt comme une expression régulatrice *a priori* légitime pouvant valablement faire l'objet de comparaisons avec cette dernière.

Cette évolution de la théorie s'annonce le plus clairement dans la prise de position axiologique qui marque l'article fondateur de John Griffiths: "What is Legal Pluralism"⁴⁸. Cet article, bien qu'il ait fait l'objet de critiques quelquefois assez sévères⁴⁹ marque en effet le moment de l'affirmation, ou de l'entrée dans sa deuxième phase, de la discipline. Le moment de l'émergence de la deuxième phase peut donc être déterminé avec précision. Il précède toutefois la publication officielle de cet article, en 1986. Le texte original avait été présenté en juin 1981 au congrès de la *Law and Society Association* et c'est à cette date que le pluralisme juridique s'affirme véritablement comme discipline. Ce texte a dès sa présentation connu ce que Griffiths qualifie de "subterranean existence", une existence virtuelle, puisqu'il a inspiré ou fortement influencé une abondante

⁴⁸ (1986) 24 *Journal of legal pluralism* 1 [ci-après "What is Legal Pluralism"].

⁴⁹ Voir entre autres: Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, et Marie-Bénédicte Dembour, "Le pluralisme juridique: une démarche parmi d'autres, et non plus innocente", (1990) 24 *Revue inter-disciplinaire d'études juridiques* 43.

littérature dans les années qui ont suivi. Ce sont des copies du texte de la présentation de Griffiths qui ont circulé de main à main et qui ont éventuellement créé une polémique suffisante à la consolidation du champ d'études. À cet égard, bien qu'il ne fût pas le premier à proposer une tentative de définition de la discipline⁵⁰, Griffiths a donné par le ton volontairement polémiste et engagé de son article - *programmatic* selon ses propres mots - une impulsion au mouvement à laquelle il ne s'attendait peut-être pas.

La prise de position que porte cet article se résume à une relativisation radicale du droit étatique au regard des autres formes d'expression normative: le droit étatique ne devrait plus être reconnu que comme un système juridique parmi une multitude de systèmes juridiques dont aucun ne peut prétendre à une hégémonie factuelle sur les autres, et encore moins à la légitimité d'une quelconque hégémonie idéologique. Il refuse foncièrement au droit étatique toute catégorisation particulière, du moins d'un point de vue substantiel. Il est également l'un des premiers à revendiquer l'utilisation du qualificatif *juridique* et du substantif *droit* pour désigner des normativités alternatives et à ainsi viser ouvertement une confusion des genres normatifs. Griffiths désirait donc une certaine radicalisation de la discipline, et avec elle une transformation de notre compréhension des phénomènes juridiques. Ce faisant, il a ouvert les yeux à plusieurs théoriciens qui, en s'affranchissant en bonne partie de la hiérarchisation des normes caractérisant la première période de la théorie du pluralisme juridique, ont pu approfondir leur démarche tout en consolidant la discipline.

Plusieurs précurseurs, des sociologues pour la plupart, ont toutefois annoncé bien avant l'heure l'avènement de cette deuxième étape de l'essor du pluralisme juridique. Mentionnons premièrement Santi Romano dont l'oeuvre maîtresse a été initialement

⁵⁰ Voir, en particulier: "Legal Pluralism", *supra* note 41.

publiée sous forme de fascicules en 1917 et 1918⁵¹. Ce dernier postulait déjà à cette époque la réalité sociologique de l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques au sein de nos États modernes. Sa vision complexe des structures sociales préfigurait déjà une bonne part des développements auxquels allait éventuellement donner lieu la théorie pluraliste. Eugen Erlich a également consacré à partir des années 1930 d'importants efforts au développement d'une conception pluraliste du droit. Comme Romano, et peut-être de façon plus appuyée encore que ce dernier, sa conception du droit était caractérisée par un refus explicite du centralisme étatique⁵². On ne saurait enfin passer sous silence l'importante contribution de Georges Gurvitch. Ce dernier, qui est considéré comme un des fondateurs de la sociologie du droit, a élaboré à partir des années 1930 une grille analytique fondamentalement novatrice pour laquelle le droit reposait sur une conscience collective spontanée et intuitive d'un sentiment de justice⁵³. La formalisation du droit, en particulier à travers l'appareil étatique, n'en serait donc qu'une manifestation secondaire. Cette conception pluraliste du droit a fortement influencé la sociologie juridique et, à travers elle, la théorie du pluralisme juridique⁵⁴. En fait, si la consolidation de la deuxième étape du développement de la discipline s'est effectuée pendant les années 1980 autour de l'article fondateur de Griffiths, la réflexion portant sur la conception de la normativité que ce dernier adopte précède de beaucoup ce moment. Nous devons donc reconnaître que le pluralisme juridique, comme toute théorie, n'a pas suivi un

⁵¹ Santi Romano, *L'ordre juridique*, traduit par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

⁵² Voir en particulier: Eugen Erlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936.

⁵³ Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940; *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935; *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932; *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932; *La déclaration des droits sociaux*, 2e édition, Paris, Vrin, 1946.

⁵⁴ Voir J. G. Belley, *supra* note 38.

développement unilinéaire même si certains moments ont été d'une importance particulière à son affirmation comme discipline.

Il en est ainsi de la prise de position affirmée de Griffiths qui est survenue à un moment dans l'évolution de la discipline qui en appelait la formulation. C'est d'ailleurs ce qui explique la réception assez chaleureuse qui lui fut réservée. La radicalisation dont Griffiths fait la promotion a probablement été comprise par plusieurs comme un judicieux expédient pour affirmer l'autonomie du pluralisme juridique. En attaquant si directement la conception dominante du droit, la discipline devait provoquer une polémique qui la propulserait au coeur du débat juridique. Cette visibilité serait ensuite de nature à la faire connaître de ses sympathisants potentiels de sorte à lui assurer une masse critique essentielle à son maintien et à son développement. Compte tenu de la vitalité soutenue du pluralisme juridique, on peut penser que cet objectif sous-jacent a été atteint.

À un niveau plus général, ce développement du pluralisme juridique s'inscrivait dans une mouvance sociale qui donnait parallèlement naissance aux *critical legal studies*. Alors que les interrogations sur la nature du droit et les limites de son emprise ont foisonné à toutes les époques, ce type de questionnement acquiert une nouvelle pertinence à l'aube des années 1980. Les années 1960 et 1970 avaient vu l'épanouissement d'une conscience sociale nouvelle fondée sur des considérations éthiques qui se manifestait dans la contestation collective de l'autorité, et ce dans tout le monde occidental. En France, les mouvements étudiants de mai 1968 en représentent le prototype; les étudiants revendiquaient une nouvelle façon de concevoir les rapports sociaux et le rôle de l'autorité. Ailleurs en Europe, le processus de décolonisation et les séquelles de la deuxième guerre mondiale ont contribué à ouvrir une fenêtre de liberté que la décolonisation interne, par la chute par l'usure en Espagne et au Portugal des

derniers régimes totalitaires d'Europe de l'ouest, a en quelque sorte consacré. Aux États-Unis, la guerre du Vietnam a bien entendu joué ce rôle catalyseur, mais également les multiples et multiformes mouvements d'affirmations, dont les plus marquants ont sans doute été celui des noirs et celui des femmes.

Il est entendu qu'une multitude d'autres facteurs ont joué dans l'émergence de cette dynamique porteuse. Pensons entre autres à la prospérité et la stabilité politique ayant suivi la deuxième guerre mondiale, à l'apparition et la disponibilité des anovulants et à la généralisation de l'accessibilité aux moyens de transports. Tous ces facteurs ont contribué à une démocratisation de la pensée qui a rendu beaucoup plus réaliste la contestation à grande échelle des structures du pouvoir. Les mouvements réformistes ont passé de la marginalité à une certaine acceptation sociale. En ébranlant les structures du pouvoir, ils ont ouvert l'univers symbolique de sorte qu'il était dorénavant possible de concevoir différemment la légitimité de l'État et la structure des relations sociales même si, à plusieurs égards, il demeurerait tout aussi difficile de les transformer.

Cette ouverture symbolique recelait la potentialité de l'affirmation du pluralisme juridique que Griffiths a saisi. Il eut été envisageable de formuler cette théorie dans un autre contexte et à une époque antérieure, mais elle n'aurait certainement pas eu le retentissement qu'elle a connu. Dans ce contexte d'ouverture symbolique, il devenait moins difficile d'imaginer les idées de négation du centralisme étatique en droit et d'affirmation des normativités alternatives, mais il devenait également plus facile de faire accepter ces idées par un groupe suffisamment important d'universitaires pour créer une communauté d'idée susceptible d'en assurer la pertinence⁵⁵. Les travaux portant sur le

⁵⁵ Notons que le *Journal of Legal Pluralism* est né en 1981 suite au changement de nom, et dans une certaine mesure de vocation, de la revue *African Law Studies*. Ceci reflète le fait que le pluralisme juridique a émergé pour une bonne part du mouvement africaniste.

pluralisme juridique réalisés pendant la première phase du pluralisme juridique avaient donc jetés les fondements d'une affirmation qu'une conjoncture favorable a permise. En d'autres termes, Griffiths arrive à point nommé au sein d'une mouvance plus large.

1.6 *Les limites de la deuxième phase du pluralisme juridique*

Le programme du pluralisme juridique recèle toutefois des difficultés auxquelles la discipline demeure aujourd'hui confrontée. Si les grandes lignes étaient tracées, l'approfondissement de la théorie, de sa grille analytique, de ses méthodes, de ses enjeux et de ses possibles incohérences demeuraient. Une des grandes difficultés de la discipline, son talon d'Achille pour plusieurs⁵⁶, a été et demeure la définition même de son objet d'études: qu'est-ce que le droit?

À la décharge des théoriciens du pluralisme juridique, la définition du droit a de tout temps fait l'objet de polémiques acerbes auprès des théoriciens traditionnalistes. Il n'en demeure que la question se pose avec plus d'acuité pour le pluralisme juridique. En effet, cette discipline demande à imaginer le droit comme séparé de l'État qui constitue d'ordinaire pour la théorie juridique le pilier de son existence. La difficulté provient du fait que le pluralisme juridique définit généralement le droit par ce qu'il n'est pas et non par ce qu'il est. Ceci s'explique par les objectifs poursuivis, mais demeure gênant quant à la cohérence interne de la discipline. L'observateur est éventuellement appelé à extrapoler sur le fondement d'analogies portant sur des exemples d'expression juridique

⁵⁶ Pour les détracteurs, voir par exemple Brian Z. Tamanaha, *supra* note 50 et Gunther Teubner, "The two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1443, de même que pour ses partisans Sally Engel Merry, "Legal Pluralism", *supra* note 42 et Stuart Henry, "The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice", dans J. Lowmann, R. J. Menzies et T. S. Palys, éd., *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*, Aldershots, Hants, 1987.

ou à se rabattre sur des définitions très générales.

Griffiths n'échappe pas à cette dernière difficulté. Il juge nécessaire de compléter la définition du droit qu'il propose, "law is the self-regulation of a 'semi-autonomous social field'" par les précisions suivantes:

"Distinctions can, where appropriate, be made between more or less differentiated forms of law. The self-regulation of a semi-autonomous social field can be regarded as more or less 'legal' according to the degree to which it is differentiated from the rest of the activities in the field and delegated to specialized functionaries. But differentiated or not, 'law' is present in every 'semi-autonomous social field', and since every society contains many such fields, legal pluralism is a universal feature of social organization."⁵⁷ (les soulignés sont de l'auteur)

Cette définition n'est pas un exemple de clarté; elle illustre en fait les deux premiers écueils fondamentaux qui nuisent la théorie développée dans le cadre de cette deuxième phase du pluralisme juridique.

Le premier écueil s'exprime assez facilement: une tautologie ne peut fonder une définition. Parce qu'ils hésitent à affirmer explicitement que toute norme est une forme d'expression juridique, une grande partie des théoriciens du pluralisme juridique en sont réduits à proposer, au terme d'analyses complexes mais éventuellement redondantes, des définitions circulaires du droit. Ils ne parviennent pas à s'affranchir du besoin viscéral de circonscrire leur objet de recherche par une définition étroite, alors qu'ils cherchent expressément à abattre les frontières associées à la définition traditionnelle du droit.

⁵⁷ John Griffiths, *op. cit.* note 42, page 38.

Ce qui les motive est la crainte de l'incohérence, stigmat de l'échec intellectuel en recherche académique. En effet, s'ils proposent une définition trop englobante du droit, ou pire s'ils se refusent à le définir, alors tout devient susceptible d'être qualifié de juridique. Et si tout est juridique, rien n'est juridique puisque le terme perd alors la spécificité de son objet. La difficulté fondamentale provient de ce désir de se soustraire au centralisme étatique tout en maintenant la cohérence interne de l'objet de recherches. Mais il demeure difficile de passer de l'observation des convergences factuelles entre le droit étatique et certaines normativités alternatives à une définition qui tienne compte adéquatement de l'ensemble du phénomène juridique.

La critique qu'oppose Brian Z. Tamanaha au pluralisme juridique illustre cette difficulté que peine à surmonter la discipline dans la deuxième phase de son développement⁵⁸. Il s'attaque au refus de définir le droit comme distinct de l'ordre normatif mais surtout à l'assertion que les pluralistes proposeraient la seule définition juste du phénomène juridique. Il relève qu'une telle définition est un construit qui est fondé sur des présupposés théoriques: "This (that all social control is more or less legal) position tramples everyday usage of these very familiar terms. Law, by our common understanding, is something distinct from the notions of normative order or social control. What that something is depends upon how we define law."⁵⁹ Il reconnaît toutefois ensuite que les définitions usuelles des phénomènes juridiques ne sont pas représentatives d'une plus grande objectivité:

"The root source of the unbudging barrier subverting all attempts at formulating a universal scientific or cross-cultural definition of law lies in

⁵⁸ Brian Z. Tamanaha, "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism", (1993) 20 *Journal of Law and Society* 192.

⁵⁹ *Ibid.*, page 199.

the goal itself. This goal is based upon the faith of the scientific or theoretical attitude that there is something beneath the culturally generated, state-linked notion of law - that law is a fundamental category which can be identified and described, or an essentialist notion which can be internally worked on until a pure (de-contextualized) version is produced. Unsettling as it may be, there is nothing beneath the culturally-generated notion."⁶⁰

Cette affirmation constitue une reconnaissance du fait que toute définition particularisée du droit est culturellement contingente. Le pluralisme, pas plus que la théorie juridique classique, ne pourrait donc s'affranchir objectivement de cette difficulté.

Ce malaise relatif à la définition de l'objet de la discipline devient d'autant plus apparent lorsque l'on considère les nombreuses affirmations à l'emporte-pièce dont est souvent émaillée la doctrine pluraliste sur le caractère non-juridique de certains phénomènes précis qui sont alors catégorisés comme relevant de domaines comme la politique, la psychologie, l'économie, etc. Ces qualifications relèvent le plus souvent de l'impression ou des sentiments que d'analyses sérieuses⁶¹. Elles impliquent que nous aurions une sensibilité innée qui nous permettrait de distinguer ce qui est juridique de ce qui ne l'est pas. Sans surprise, ce type de définition apparaît insatisfaisant.

Les querelles que fondent cette difficulté de la deuxième mouture du pluralisme juridique de préciser sont objet de recherche en viennent à faire oublier l'indiscutable avancée qu'elle signe, soit la reconnaissance que bien que souvent formellement distincte, la normativité étatique partage en substance une nature commune avec la

⁶⁰ *Ibid.*, page 201.

⁶¹ Dembour et Tamanaha en recensent plusieurs exemples. Voir *supra* notes 50 et 59.

normativité alternative. Malgré qu'il soit difficile de proposer une définition satisfaisante du droit, il n'en demeure que seule une analyse très limitée peut justifier le maintien pour le seul droit étatique de l'apanage du juridique.

Le deuxième écueil fondamental guettant le pluralisme juridique découle également de l'ambivalence qu'entretiennent plusieurs de ses théoriciens entre le désir de définir l'objet de leurs recherches et le refus du centralisme étatique. Il emprunte toutefois une autre tangente. Cet écueil se manifeste par la propension de certains théoriciens pluralistes à se rabattre sur l'expédient qu'avaient adopté plusieurs anthropologues juridiques pour surmonter la difficulté que représentait la définition de l'objet de leur discipline⁶². Dans leur foulée, ils adoptent des critères formels de juridicité. Cette approche permet de cerner efficacement au sein d'une dichotomie juridique / non-juridique les phénomènes examinés. Elle n'en constitue pas pour autant une solution au dilemme posé ci-dessus. En plus du caractère nécessairement réducteur d'une telle classification, son utilisation a donné lieu à des développements contradictoires de la théorie.

En effet, les critères de juridicité retenus se rapportent à des caractéristiques qu'on attribue, à tort ou à raison, au droit étatique, comme l'édition formelle, la spécialisation, la présence d'une structure organisationnelle⁶³, l'existence de liens politiques⁶⁴ ou encore

⁶² Voir *supra*, partie 1.3.

⁶³ À titre d'exemple, voir: M. G. Smith, *Corporations and society*, London, Duckworth, 1974.

⁶⁴ À titre d'exemple, voir: Leopold Pospisil, *supra* note 19, aux pp. 39-126; Guy Rocher, "Pour une sociologie des ordres juridiques", (1988) 29 *Les Cahiers de Droit* 91, à la page 107.

la coercition⁶⁵. Au lieu de considérer globalement la normativité pour en cerner les caractéristiques, ces théoriciens ont déployé leur approche en allant du droit étatique vers les normativités alternatives, attribuant à ces dernières un certain mimétisme des premières. Cette approche comporte une hiérarchisation implicite des normes puisqu'elle suppose que le droit étatique est supérieur à tout le moins dans la certitude qu'on peut posséder quant à sa nature. Or c'est précisément contre ce type d'encensement du droit étatique qu'affirme vouloir s'imposer le pluralisme juridique. Le recours à de tels critères de juridicité rappelle un positivisme dont la discipline devrait justement s'éloigner et fait en sorte que celle-ci, en perdant sa principale motivation, abandonne une part importante de sa pertinence. Expriment un radicalisme dans son projet, le pluralisme juridique s'avérerait beaucoup plus conservateur dans les faits.

D'une certaine façon, ce type d'écueil était inévitable puisque le pluralisme juridique a choisi expressément, à des fins politiques, de s'approprier le vocabulaire juridique traditionnel pour décrire une réalité qui dépasse le strict cadre dans lequel ce vocabulaire est normalement employé. Si le droit est droit, c'est qu'au premier chef le droit étatique est droit. Partant de cette certitude, il devient normal de juger de la qualité des autres phénomènes qui pourraient potentiellement constituer du droit à l'aune de certaines caractéristiques de ce "véritable droit". C'est ainsi que ces caractéristiques du droit étatique sont universalisées en un mouvement qui apparaît naturel mais qui n'en demeure pas moins pernicieux et surtout infondé. En effet, en plus de relever de l'idolâtrie juridique, le recours à ce type de critère est fondamentalement arbitraire. Le choix de ces critères est peu ou pas expliqué puisqu'il n'est pas objectivement justifiable. Il apparaît par conséquent découler du tâtonnement.

⁶⁵ Voir en particulier: Santi Romano, *supra* note 52.

Il faut comprendre qu'en procédant essentiellement par analogie, ce type de raisonnement dénature l'objet observé. Le critère retenu est celui qui correspond mieux à un concept idéalisé du droit ou à une perception plus viscérale des limites de son empire. Ces intuitions sont toutefois souvent trompeuses. Par exemple, on ne songerait généralement pas à qualifier de non juridiques des dispositions législatives qui n'assortissent pas de mécanismes spécifiques de sanction aux règles qu'elles renferment. Serait-ce alors que la coercition ou l'exécution forcée ne peuvent être retenues comme critères de juridicité dans le cas de la normativité étatique? *A fortiori*, ces critères ne sauraient être retenus pour juger du caractère juridique de normes alternatives.

Un troisième et dernier écueil découle du fait que les théoriciens du pluralisme juridique semblent souvent s'être demandés quoi faire avec les résultats de leurs recherches et qu'ils ont fréquemment manifesté, dans leur réponse à cette interrogation, une certaine acculturation au centralisme étatique. En effet, bien que leurs recherches soient en général demeurées purement descriptives, elles ont souvent débouché sur des conclusions qui visaient expressément l'amélioration du droit étatique⁶⁶. Ces conclusions visaient généralement à assurer une plus grande efficacité pour la normativité étatique afin que les politiques qu'elle désire mettre en place se traduisent plus directement dans la réalité sociale. L'affirmation de la normativité alternative cautionnerait ainsi une consolidation de la normativité étatique.

Le maintien de ce type de conclusions démontre le profond enracinement d'une vision dogmatique du droit, même dans les sphères réformatrices. Au coeur de ce dogme siège une conception instrumentaliste de l'intervention normative qui postule que celle-ci

⁶⁶ Voir par exemple: Étienne LeRoy, "La domestication du Léviathan ou l'envers du droit, Trente ans de pratiques juridiques à l'ombre de l'État en Afrique francophone." Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, 1988, 36 pages.

devrait constituer un outil au service de la mise en oeuvre transparente de volontés. Nous consacrerons le chapitre quatre en entier à l'exploration des liens qui unissent la normativité et l'instrumentalisme. Pour l'instant, relevons toutefois que dans la mesure où le pluraliste comprend ainsi le sens de l'acte normatif, il ne peut faire autrement que de se reconnaître une affinité particulière avec le droit étatique. Ce dernier est en effet formalisé dans un processus explicite et dans des textes qui en affirment l'existence matérielle. Ces textes étant censés représenter des outils de transmission de la volonté normative, ils rendent en apparence possible la transcription formelle et pratique de conclusions théoriques. À l'opposé, la quasi-totalité des normativités alternatives ne possèdent pas ce caractère formel et explicite, ni surtout la prétention à l'universalité que démontre le droit étatique. Elles ne peuvent donc se prêter que bien imparfaitement à la transcription concrète d'une intervention volitive externe et singulière. En d'autres termes, alors que les normes étatiques s'accordent en apparence avec des visées instrumentales, les normativités alternatives y sont réfractaires par nature. Le pluraliste qui désire transformer son environnement par l'intervention normative aura donc tendance à se rabattre sur le matériau accommodant que représente la normativité étatique.

Mais ce type de démarche révèle une assimilation bien imparfaite des fondements du pluralisme juridique. Toute intervention visant l'amélioration générale du droit étatique ne saurait que renforcer la prédominance et même la légitimité de la conception instrumentale de l'intervention normative. Mais elle déboucherait également sur une plus grande affirmation du centralisme étatique, ce qui est beaucoup plus troublant pour une conception pluraliste du droit. C'est comme si au terme de leur démarche, les théoriciens du pluralisme reconnaissaient que la normativité alternative était d'une pertinence très secondaire pour l'expérience humaine.

Cette deuxième étape de développement de la théorie du pluralisme juridique est certes porteuse de grands espoirs et d'écueils importants. Elle a résolument tourné son regard vers les sociétés modernes et vers un approfondissement de l'effort de théorisation relatif à la nature du phénomène juridique. Et c'est à l'aide de constatations empiriques, sur la base de présupposés théoriques forts et de prises de position axiologiques essentielles qu'elle a poursuivi la démarche qui a mené au rejet du centralisme étatique. Il demeure que la discipline manifeste toujours, comme nous l'avons démontré aux paragraphes précédents, une certaine inféodation aux présupposés de cette vision périmée du droit. C'est par conséquent la nécessité de dépasser ces écueils par l'élaboration d'une théorie plus cohérente qui justifie l'avènement d'un pluralisme juridique *radical*.

1.7 *Le pluralisme juridique radical*

En tout premier lieu, il faut affirmer sans détour que le pluralisme juridique radical se réclame d'une étroite filiation idéologique avec le pluralisme juridique. Il poursuit dans la lignée des avancées marquées qui le caractérisent tout en se proposant de dépasser les limites ou les incongruences qui peuvent lui être reprochées. Le pluralisme juridique radical constitue donc un prolongement des méthodes et des visées du pluralisme juridique, mais il se radicalise quant à lui sous trois aspects. Le premier est le refus d'une définition fermée du phénomène-droit. Le second est un refus ferme du centralisme étatique. La troisième façon dont il se radicalise appartient quant à elle au domaine de la sémantique.

Commençant par cette dernière, nous devons considérer que la locution *pluralisme juridique radical* est porteuse d'un sens fort. En effet, ce pluralisme juridique est au premier chef radical en ce qu'il est résolument tourné vers les racines, vers la nature

et les principes de la normativité. Il est important de se rappeler que la théorie du pluralisme juridique est née de constatations empiriques sur la nature de la normativité qui étaient foncièrement incompatibles avec la théorie juridique dominante. Sur les fondements de ces constatations est née l'approche théorique dont nous traitons aujourd'hui. L'effort d'abstraction a donc suivi l'observation et il n'est que normal que la théorie soit premièrement une théorie descriptive. En ce sens, l'utilisation de la locution "pluralisme juridique radical" vise en partie à rappeler la volonté du pluralisme juridique de mieux rendre compte d'une réalité que la théorie dominante occulte. Cette réalité est celle d'un univers normatif infiniment complexe et dépassant très largement les confins du droit étatique. Le pluralisme juridique radical tente donc de se rapprocher de la nature de la normativité en reflétant plus fidèlement ce que nous pouvons observer de son action au sein des sociétés. La théorie désire ainsi faire preuve d'un plus grand réalisme en s'éloignant d'une construction dogmatique pour se fonder sur une construction empirique.

Il faut toutefois préciser que cette direction donnée à la discipline ne découle pas elle-même d'une confusion sémantique. Nous avons déjà expliqué au début de ce chapitre que nous utilisons les termes "droit" et "normativité" comme synonymes. Le choix de considérer ces mots comme interchangeables reflète l'adoption d'un présupposé théorique découlant des observations empiriques du pluralisme juridique et non d'une confusion des genres. Ces observations ont démontré que les sociétés sont régulées par des mécanismes complexes et parallèles, auxquels participe le droit étatique. Des distinctions formelles existent entre ces autres types de régulations et le droit étatique, mais leurs mécanismes et manifestations substantives se miment. En fait, le droit étatique est l'expression structurée de volontés normatives. Il en résulte des expressions normatives, des normes, dont l'ensemble représente un système normatif, la normativité étatique. Ces normes coexistent avec une multitude de normes relevant d'autres systèmes

normatifs qui, par leur interaction, en modifient très souvent la substance de façon fondamentale. Ce sont tous ces systèmes normatifs qui, ensemble, régulent les comportements individuels et collectifs. C'est donc à partir d'un regard résolument tourné vers le monde empirique que le pluralisme juridique radical a construit sa conception du phénomène juridique qui se veut en réalité une théorie générale de la normativité. Dans le cadre de cette approche, toute forme de normativité doit par conséquent être considérée comme du droit.

Ce postulat fondamental qui identifie droit et normativité met en exergue l'identité existant entre diverses formes d'expression normative afin également de défaire le mythe de l'omniscience, de l'omniprésence et de l'omnipotence du droit étatique et ainsi rendre plus fidèlement compte de la réalité des mécanismes de régulation individuels et collectifs. En ce sens, le pluralisme juridique cherche à renvoyer la discipline juridique aux racines du phénomène qu'elle se donne pour objet d'études afin qu'elle puisse élaborer à son égard une théorisation plus plausible.

Les moyens en sont fournis par les deux premiers principes énoncés ci-dessus. Le premier, le refus d'une définition fermée du phénomène-droit, pourrait être une source d'embarras ou d'incohérence pour la théorie. Qu'étudie le pluralisme juridique radical s'il ne sait définir son objet? Comme ce phénomène doit être étudié quant à sa substance et que les études qui ont mené au déploiement du pluralisme juridique nous ont démontré qu'il dépassait largement la portée du droit étatique, nous devons toutefois nous refuser de le définir par des critères formels de juridicité, surtout lorsque ces derniers se rapportent au droit étatique. Des critères plus larges doivent par conséquent être recherchées qui ne traduiront pas un attachement à une chapelle particulière; ils doivent être neutres afin de permettre une observation sans biais du phénomène.

C'est pourquoi le pluralisme juridique radical se propose d'étudier la normativité par et pour ce qu'elle est, à partir de l'observation que nous pouvons faire de ses manifestations matérielles, mais également des intentions et des motivations qui sous-tendent l'action, dans la mesure où celles-ci manifestent la volonté de réguler le comportement ou représentent la réaction à cette volonté. La normativité est donc le phénomène englobant toutes les facettes de la production, la reproduction, l'interprétation, la mise en oeuvre et la réaction aux règles de conduite, quelles qu'elles soient. En ce sens, c'est par l'entremise d'une méthodologie empiriste quasi-sociologique et axiologiquement neutre que le pluralisme juridique radical désire se déployer. En fait, ce dernier affirme ainsi qu'il est préférable de maintenir un certain indéterminisme définitionnel afin d'assurer une plus grande neutralité dans l'étude du concept. Il n'en demeure pas moins qu'une partie importante des développements auxquels donnera lieu la présente thèse seront consacrés à tenter de mieux cerner l'ontologie du juridique⁶⁷.

Le pluralisme juridique radical se caractérise également par son refus du centralisme étatique. Nous avons déjà pu constater à la partie précédente que le pluralisme juridique se démarque déjà, dans sa deuxième phase, par un rejet explicite de ce dernier. Il n'en demeure que ce rejet formel s'accompagne d'un flottement qui démontre que les postulats du détachement qu'il suppose n'ont pas été parfaitement intégrés. C'est donc à parachever ce détachement que s'applique le pluralisme juridique radical en refusant toute forme de hiérarchisation des phénomènes normatifs qui pourrait être associée à un jugement sur leur valeur respective, et en refusant surtout tout recours à des étalons relevant du droit étatique qui sous-entendrait la primauté de ce dernier. En définitive, le droit étatique ne demeure pour la discipline qu'une forme d'expression normative parmi d'autres.

⁶⁷ Voir en particulier les chapitres trois et six.

La présente thèse signale l'introduction de la locution *pluralisme juridique radical* à la doctrine pluraliste. Le choix de cette locution n'est donc pas innocent. Il traduit des préoccupations et des objectifs particuliers. Nous ne l'avons toutefois retenue non pour souligner l'émergence d'un véhicule entièrement novateur - nous reconnaissons au contraire que plusieurs auteurs partagent des préoccupations similaires - mais plutôt parce qu'elle traduit plus adéquatement l'esprit et la substance de notre propos et qu'elle nous permet de souligner de façon concise ce qui le distingue des développements antérieurs de la théorie pluraliste. Il est important de souligner que notre travail s'inscrit tout de même dans la continuité et que nous croyons que la locution retenue pourrait tout aussi avantageusement décrire le cadre théorique retenu par d'autres auteurs⁶⁸.

Indéniablement, l'approche qui nous a le plus fortement influencée et avec laquelle nous partageons la plus grande affinité est celle de Roderick A. Macdonald qui illustre par ses contributions l'entrée de la discipline dans la troisième phase de son développement⁶⁹. Il a toutefois choisi pour désigner son approche la locution *pluralisme*

⁶⁸ Soulignons en particulier l'importante monographie de Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, et les travaux précurseurs de Roderick A. Macdonald dont les plus importants sont: "Metaphors", *supra* note 1, "Multiple Selves and Legal Pluralism: Justice in Multi-Ethnic Neighbourhoods", non publié, "Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law", dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, éd., *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Les éditions Thémis et Bruylant, 1998, à la page 9 [ci-après "Critical Legal Pluralism"], "Law, Justice and Community: The Way Ahead", avril 1999, non publié, "Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"", (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47 [ci-après "Normativité implicite et inférentielle"], "Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives", dans J.-G. Belley, éd., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 233 [ci-après "Les vieilles gardes"].

⁶⁹ C'est ce que traduit son affirmation que: "In brief, a legal pluralistic approach frees the legal imagination from structuralist thinking; it frees legal conceptions of normativity from the assumptions of Weberian formal-rationality; and it frees legal notions of relationships from their anchorage in official institutions of third-party dispute resolution." "Metaphors", *supra* note 1, à la page 71.

juridique critique, décision qui souligne la parenté de son entreprise avec le mouvement des *critical legal studies* en plein essor dans les années 1980. Il n'en demeure que ses conceptions sont fortement apparentées aux nôtres, ce qui illustre que sous le vocable singulier que nous avons adopté se profile l'appartenance à un groupe beaucoup plus large habité par des préoccupations communes. Même si la présente thèse représente probablement l'un des premiers efforts d'analyse à grande échelle de ces préoccupations et des potentialités qu'offre la nouvelle façon de concevoir le droit qu'évoque le pluralisme juridique radical, elle demeure redevable aux efforts considérables déployés par ceux qui nous ont précédés. C'est par conséquent à la fois dans un esprit de radicalisation et de continuité que nous procéderons, dans les chapitres qui suivent, à l'élaboration des fondements d'un pluralisme juridique radical.

Chapitre deux

Contexte théorique et méthode du pluralisme juridique radical

La théorisation du pluralisme juridique radical que nous proposons dans la présente thèse repose sur des constats fondamentaux relatifs à la connaissance, la vérité et la nature des relations humaines. Comme nous croyons que l'adhésion à une démarche méthodologique colore nécessairement le propos qui y est rattaché, il nous est apparu essentiel de mettre au jour la perspective dans laquelle nous nous situons. Loin de délégitimer nos conclusions théoriques ultimes, nous sommes d'avis qu'une telle approche permet au lecteur de mieux apprécier la pertinence de celles-ci à ses schèmes de pensée et surtout d'acquérir toute la profondeur de champ nécessaire à une véritable compréhension des développements auxquels nos efforts théoriques donnent lieu.

C'est dans cette perspective que nous explorerons dans le cadre du présent chapitre certains aspects fondamentaux du contexte théorique et de la méthode sur lesquels s'appuie le pluralisme juridique radical. Cette démarche nous apparaissait d'autant plus nécessaire que l'originalité de la théorie repose pour une bonne part sur ces éléments contextuels et méthodologiques. Leur explicitation permettra par conséquent au lecteur de mieux saisir l'unité de perspective qui anime la présente thèse. Ces éléments permettront par ailleurs de situer l'hypothèse pluraliste radicale par rapport aux autres conceptions théoriques par lesquelles le droit peut être appréhendé. Ils permettront par la même occasion d'illustrer toute l'étendue et toute la complexité du phénomène que représente la normativité pour le pluralisme juridique radical. Ils permettront enfin de bien asseoir chacun des aspects plus tangibles ou matériels de cette théorie que nous approfondirons dans le cadre des chapitres subséquents.

2.1 *Précautions méthodologiques*

La conceptualisation du pluralisme juridique radical se veut au premier chef une reconnaissance pour le domaine du droit de la réelle complexité propre aux motivations individuelles et sous-jacente à toute interaction humaine. Cette complexité comporte plusieurs facettes et c'est avant tout à un effort analytique qu'elle nous convie dans le cadre de la présente thèse. Cette dernière nous fournira donc l'occasion d'investir et de décrire les diverses formes possibles sous lesquelles peut se décliner le juridique. Ce type d'interrogation débouchera nécessairement sur un questionnement sur les modes d'action et, éventuellement, sur la légitimité de ces divers avatars du droit. Nous devons en effet parler d'avatars car ce qui constitue pour nous des incarnations ou métamorphoses des phénomènes juridiques représente pour une conception plus positiviste des mésaventures ou égarements du droit. Ces divergences auxquelles la différence de perspective donne lieu ne doit pas demeurer tacite car elle conditionne fondamentalement la possibilité d'une compréhension alternative. Par conséquent, c'est sinon sur un terrain neutre du moins sur un terrain moins accidenté que nous désirons entreprendre notre réflexion.

Nous avons expliqué dans le cadre du premier chapitre comment le pluralisme juridique radical découle à la base de constatations fondées sur des observations. C'est sur ce fondement que sont élaborés les conceptions théoriques qu'il porte. Or, la plus grande difficulté à laquelle nous faisons face est que même si le pluralisme juridique radical implique que nous ne pouvons plus croire en une objectivité naturelle, surtout pour le droit, nous ne dénonçons pas pour autant la nécessité d'une approche rationnelle.

Notre démarche, la rédaction d'une thèse, est par nature expressive puisqu'elle vise l'élaboration et la formulation d'une idée, mais surtout sa communication. La préparation

d'un écrit pour diffusion vise fondamentalement le dialogue. C'est par la discussion de ses idées conséquente à leur diffusion que l'auteur se développe et étend sa compréhension de son environnement. Pour ce faire, ses idées doivent être mises en forme, devenir accessibles et intelligibles. Or, notre intelligence est avant tout analytique. Elle considère la réalité dans ses éléments et non dans son ensemble.

L'approche esthétique est plus adaptée à une compréhension holistique mais l'explicitation même de cette compréhension dépend souvent en grande partie de notre capacité de la démembrer en ses caractéristiques. L'approche narrative tente également de transmettre la réalité dans son ensemble mais par l'inférence plutôt que par l'exhaustivité. Les raccourcis logiques deviennent nécessaires pour ne pas perdre dans ses détails la nature de l'objet décrit. Bien que nous ferons un usage étendu de ces approches aux fins de la présente thèse, nous devons néanmoins nous appuyer fondamentalement sur une approche analytique qui suppose le démembrement et la classification des phénomènes. Ceci nous amène à formuler certaines mises en garde.

Toute entreprise de classification est nécessairement un construit théorique qui ne peut refléter entièrement la richesse des phénomènes qu'elle tente de décrire. En ce sens, toute typologie constitue une hypothèse que réfute le réel puisqu'aucune catégorie n'est suffisamment fine pour tenir compte de toute sa complexité latente et de tout l'éventail de ses possibles. Par exemple, le fait de qualifier d'outil à la fois une enclume et un presse-jus ne nous informe que très peu sur la nature, les convergences et les divergences qui peuvent être appréhendées entre ces objets. Pour commencer à comprendre et à exprimer l'expérience qu'ils recèlent, on devrait à tout le moins procéder à leur description visuelle, fonctionnelle, ontologique et symbolique. Mais les typologies ne se prêtent pas aux descriptions extensives qui sont narratives par nature. Elles doivent se concentrer sur un

nombre limité d'aspects choisis qui sont les seuls dont elles se préoccupent. Pour les fins de l'observation, elles circonscrivent la pertinence de ces objets d'études à une réalité univoque, schématique, qui met en exergue les seules caractéristiques dont l'observation est souhaitée.

Les typologies sont mensongères puisqu'elles tronquent radicalement la complexité des phénomènes observés, mais également de l'environnement dans lesquels ils se déploient et dont dépendent leur compréhension. Elles postulent l'existence d'environnements contrôlés aux fins de circonscrire plus avant les phénomènes, pour en limiter les aspects tentaculaires. Car si un objet peut apparaître objectivement descriptible lorsqu'il est isolé analytiquement de son utilisation, il se dérobe fondamentalement à l'objectivation lorsqu'il est soumis à l'interprétation, c'est-à-dire lorsqu'il est inséré dans ses fonctions sociales. Il ne peut alors devenir que multiple et complexe. Il peut susciter une symbolique assez largement partagée, mais qui demeure toujours aux marges un lieu contesté. Un objet ne peut néanmoins avoir de véritable sens que dans cette dialectique. Notre compréhension de la réalité ne peut qu'être un lieu contesté, et dynamique.

Pour mieux permettre la représentation des phénomènes, les typologies procèdent en les figeant. Non pas qu'elles excluent nécessairement la possibilité de leur évolution - elles contiennent d'ailleurs souvent des catégories qui visent expressément à rendre compte des phénomènes évolutifs - mais elles doivent dresser un instantané d'une situation à un certain moment puisqu'elles impliquent la finitude. L'image ainsi produite n'est pas construite pour rendre compte d'un état autrement contextualisé. Des catégories non circonscrites ne peuvent servir d'outil analytique puisqu'elles ne permettent pas d'ordonnancement. Mais la finitude est-elle le propre des phénomènes en général, ou, en

ce qui nous concerne plus spécifiquement, des phénomènes reliés à l'interaction humaine?

Les typologies ne sont donc qu'un outil analytique bien plat, divorcé de l'incommensurable complexité du concret. Elles n'en demeurent pas moins un outil essentiel puisqu'elles permettent de mettre en évidence des congruences ou des divergences des phénomènes observées à travers la mise de l'avant de certaines de leurs caractéristiques. C'est dans cet esprit que nous aurons recours aux typologies dans le cadre de la présente thèse qui se doit entre autres d'illustrer le caractère proprement générique du droit étatique afin d'amener l'adhésion à une compréhension plus englobante et surtout moins hiérarchisée du juridique. Les phénomènes normatifs seront donc décortiqués et classifiés de manière à démontrer les multiples et complexes interactions qu'ils entretiennent. Il ne faut toutefois pas comprendre cette méthodologie comme une entreprise d'objectivation du juridique mais plutôt comme une heuristique, car l'approche herméneutique qui sous-tend le pluralisme juridique radical nous oppose une certaine intangibilité du sens.

Il n'est donc possible de faire référence aux typologies que comme hypothèses heuristiques. Il faudra conserver à l'esprit lorsque nous y aurons recours que de telles hypothèses doivent demeurer des sur-simplifications qui ne sont utiles que dans la mesure où elles nous permettent de mieux appréhender les mouvements qui animent des ensembles dont nous ne pouvons embrasser toute l'étendue. Il ne s'agit pas de nier la possibilité de la connaissance, mais bien, au risque d'un certain indéterminisme, d'en reconnaître les limites afin d'éviter le réductionnisme auquel s'oppose fondamentalement le pluralisme juridique radical.

Il faut bien comprendre que par le jeu de l'interprétation, nos représentations de

notre univers sont construites. Le choix d'un des termes de la dialectique construit/donné semblerait court-circuiter un nécessaire effort de synthèse. Nous prenons toutefois le parti théorique que le donné ne peut relever que du domaine idéal et que la reconnaissance du caractère construit de la vision théorique du droit que nous proposons est nécessaire. En effet, à la base de notre compréhension du monde concret siège la conviction que ce dernier n'est pas objectivement connaissable et encore moins objectivement descriptible. S'il existe objectivement, nous ne pouvons prétendre à sa préhension qu'à travers le filtre de nos sensibilités et du bagage de nos expériences. Tout effort de compréhension est donc condamné à une partialité que nous ne pouvons atténuer que par l'entremise de l'empathie, soit d'une sincère tentative d'intelligence d'autres lectures de la réalité. Mais la partialité ne devient un défaut que lorsqu'elle déborde sur l'opiniâtreté. Autrement, elle ne fait que souligner que l'interlocuteur est ancré dans un univers concret, qu'il ne devient tangible que par son inscription dans un paysage culturel et affectif. Le défaut d'empathie débouche toutefois nécessairement sur une démarche universalisante qui, par définition, est la moins neutre parce qu'elle nie la possibilité de points de vue discordants.

Nous postulons donc que l'abstraction est nécessaire puisqu'il nous est difficile d'imaginer ou d'embrasser des processus dynamiques complexes, mais nous postulons également que nous devons être conscients de ses contingences. Ceci met en exergue les difficultés des processus de compréhension qui caractérisent les sciences modernes. L'approche analytique nous condamne, au moins dans une certaine mesure, à la sédimentation des idées qu'implique la théorie de Feyerabend⁷⁰; une théorie ne succédera

⁷⁰ Paul Feyerabend, *Contre la méthode, esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, traduit par Baudouin Jurdant et Agnès Schlumberger, Paris, Éditions du Seuil, 1979. Voir également Thomas Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, traduit par Laure Meyer, Paris, Flammarion, 1983.

pas à une autre en raison de la démonstration du caractère fallacieux de la première, mais bien plutôt en raison du caractère plus largement inclusif de la deuxième, qui pourra expliquer à la fois tous les phénomènes visés par la première et des phénomènes additionnels dont la première ne pouvait rendre compte. Ce type de connaissance vise une universalisation toujours croissante et en conséquence un aplatissement proportionnel des perspectives.

Ce n'est pas dans cette optique que le pluralisme juridique radical doit être compris. Nous ne désirons pas exclure d'autres perspectives possibles sur le droit, mais plutôt leur juxtaposer une façon de le comprendre qui est à notre avis plus riche et polyvalente. En fait, nous désirons proposer une vision qui permette une meilleure préhension de la nature et des potentialités des phénomènes juridiques en général. De façon plus importante, nous tentons de rejeter une approche explicitement exclusiviste, ou encore une vision linéaire du progrès. Si nous proposons une autre façon de concevoir le droit, nous ne prétendons pas posséder l'autorité pour dé-légitimer ou invalider de façon absolue les théories alternatives. L'adhésion à une théorie repose sur la croyance en des présupposés fondamentaux qui, comme la croyance en Dieu, ne peut découler que de la conviction même si des données intelligibles peuvent venir la conforter ou l'ébranler. En bout de ligne, il ne peut s'agir que du ralliement à l'hypothèse qui nous apparaît la plus plausible étant donné son caractère indémontrable. C'est pourquoi nous soulignons la nécessité pour l'observateur de s'ouvrir à toutes les voix, même si elles sont dissonantes, afin de choisir celles qui lui permettront de tendre à une meilleure compréhension de l'univers au sein duquel il évolue. Nous refusons la prétention de détenir l'achèvement d'un processus, même si nous sommes d'avis que le pluralisme juridique radical s'inscrit dans une trame plus large qui en requiert aujourd'hui l'émergence. Cette théorie, comme toute théorie, est une esthétique qui tente de représenter le plus adéquatement possible

l'univers dont elle émerge.

En ce sens, le pluralisme juridique radical propose un universalisme qui, contrairement à ceux qui l'ont précédé, n'est pas transcendant puisqu'il postule comme paramètre de base la complexité. Il s'agit d'un universalisme puisque la théorie propose une méthode qui puisse rendre compte de tous les phénomènes normatifs. Mais cette méthode vise au premier chef à définir les phénomènes normatifs de façon neutre de sorte à prévenir l'exclusion de certains d'entre eux. Il s'agit donc d'un système ouvert à diverses manifestations d'un phénomène général, mais également ouvert aux particularismes propres aux diverses manifestations et interprétations possibles de ce phénomène. Car cette complexité se manifeste à la fois dans la démultiplication des incarnations des phénomènes normatifs mais également dans l'acceptation de l'indéterminisme et du caractère évolutif de leur charge normative.

Le pluralisme juridique radical s'accommode des visions proposées par d'autres théories du droit comme esthétiques herméneutiques non pas descriptives mais normatives. Par exemple, la vision positiviste relève beaucoup plus du conditionnement du regard que porte le juriste sur la société, et par ricochet la société sur le domaine des juristes, que de la tentative d'explicitation des phénomènes sociaux. Le positivisme postule comme réalité la fiction utile d'une société ordonnée par un pouvoir hiérarchisé, rationnel et omnipotent. Sans surprise, ce sont les gardiens et les interprètes de cette fiction que sont les juristes qui promeuvent le plus activement la conception des relations sociales qu'elle implique. D'une façon plus cynique, on pourrait soutenir que les juristes tentent ainsi de créer un effet de rétroaction qui transformerait cette fiction en réalité, pari par ailleurs largement relevé à un niveau symbolique puisque le réflexe usuel du citoyen face à une problématique est de réclamer une intervention législative.

Les démarches entreprises par le *Collectif pour une loi sur l'élimination de la pauvreté* sont éloquentes à cet égard⁷¹. Le collectif est issu d'une mobilisation populaire contre la situation inacceptable que représente la prévalence de la pauvreté dans une société aussi riche que la nôtre. De façon surprenante et comme le nom du collectif l'indique, le moyen choisi pour lutter contre le phénomène est celui de l'intervention législative. On mise ainsi sur la loi pour amener une conscience et une responsabilité sociale nécessaires à une meilleure répartition de la richesse. Le moyen surprend si l'on considère l'incommensurabilité apparente entre les méthodes législatives et la problématique décriée. Comme nous le verrons toutefois au chapitre cinq, l'impact symbolique d'une telle démarche pourra être beaucoup plus conséquent que son impact instrumental.

Il n'en demeure que le positivisme est une conception idéalisée de la puissance de la rationalité incarnée dans l'intervention législative et dans la mise en oeuvre des lois. Dans le cadre du positivisme, le droit sert donc d'expédient pour projeter une conception particulière des relations sociales. C'est d'ailleurs le rôle tacite qu'emprunte le droit dans la grande majorité des théories juridiques actuelles ou passées. Même des théories à vocation plus descriptives comme la *sociological jurisprudence* de Roscoe Pound présentaient une conception performative du droit qui relevait plus de l'utopie que de l'observation. Essentiellement, c'est donc une esthétique des relations sociales - la transcription d'une harmonie visuelle idéalisée de celles-ci - que propose le positivisme et non une théorie descriptive.

Le même reproche pourrait bien entendu être porté contre le pluralisme juridique radical quant à sa prétention de représenter plus fidèlement la complexité et la pluralité

⁷¹ Le site internet du collectif est le: <http://www.pauvrete.qc.ca>

des phénomènes normatifs. Il a toutefois l'avantage de tirer ses origines d'observations anthropologiques et sociologiques qui lui attribuent à cet égard une certaine crédibilité. Néanmoins, et comme les divergences existant entre une multitude d'anthropologues et de sociologues sur l'ontologie et l'expression normative décrites au chapitre précédent le démontrent, le conditionnement du regard de l'observateur, en fait l'esthétique qui soutient ce regard, détermine une bonne partie des observations relevées. Les normativités alternatives ne deviennent visibles que dans la mesure où l'observateur conçoit le droit comme distinguable de l'État. C'est néanmoins par le caractère plus satisfaisant de l'approche réaliste qu'elle propose que cette théorie aspire en bout de ligne susciter l'adhésion de la communauté juridique.

Les théories du droit, avec comme nous l'avons vu l'exception potentielle du pluralisme juridique radical, sont donc de fausses théories descriptives, que leurs auteurs en soient ou non conscients. Rappelons que là où le pluralisme juridique radical prétend à une certaine supériorité, c'est dans sa capacité descriptive en raison justement de son caractère ouvert et complexe, donc plus inclusif. Toute théorie juridique possède toutefois une portée normative. Par la vision qu'elle projette des phénomènes sociaux, elle tente d'imposer un mode de compréhension, et donc de reproduction, de la dynamique sociale. En d'autres termes, les théories juridiques visent à conditionner le regard de l'observateur qui aura ensuite tendance à reproduire la compréhension qu'elles impliquent. C'est ce qui explique, par exemple, que les juristes puissent à certains égards prétendre que la notion de justice se traduit dans un certain formalisme juridique. Il s'agit bien entendu d'une vision tronquée d'un phénomène social infiniment plus complexe qui peut néanmoins être avancée avec un assez large succès en raison de la légitimité rattachée aux fonctions législative et judiciaire par le positivisme. La normativité des théories juridiques réside donc en leur capacité de porter des fictions juridiques et, de

manière plus large, des fictions sociales. C'est donc, paradoxalement, à la réinscription dans le tissu social d'une conception plus réaliste de l'ontologie normative et du potentiel qui la caractérise qu'oeuvre le pluralisme juridique radical.

2.2 *La complexité*

Un pluralisme juridique radical implique une vision complexe de la réalité sociale et une compréhension lucide des limites de la théorisation. Cette vision complexe s'illustre dans le caractère multiforme du droit sur lequel nous élaborerons ci-après, mais découle fondamentalement de la conception de la nature de la personnalité et de l'interaction humaine que nous adoptons. En fait, le pluralisme juridique radical implique que nous transcendions la dichotomie droit/sujet de droit. Nous postulons que le droit ne peut s'imaginer en faisant abstraction de ceux qui sont à la fois auteurs et sujets de son action, les individus et à travers eux les réseaux qu'ils représentent⁷². Le droit, comme tout autre phénomène, n'existe et n'a de sens pour l'observateur que par la conscience qu'il en a, et par cet acte de conscientisation il passe d'observateur à acteur puisque sa compréhension implique l'interprétation. Ainsi, nous postulons que le droit n'existe et n'a de sens qu'à travers les individus qui composent la matrice normative.

Si la nature du droit se ramène à l'individu, le pluralisme juridique radical n'en prône pas pour autant une conception atomiste, désarticulée de la vie sociale. L'être

⁷² Au sujet de la compréhension du pluralisme juridique fondée sur les sciences sociales et d'une théorisation du droit en découlant, voir: Martha-Marie Kleinhaus et Roderick A. Macdonald, "What is a *Critical Legal Pluralism*", (1997) 12 *Revue Canadienne Droit et Société* 25 [ci-après "What is"] et Brian Z. Tamanaha, "An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law", (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 501. En particulier, l'approche des *sciences* sociales implique la réification de l'objet de recherche, qu'il s'agisse du droit ou du sujet de droit, ce qui tend à exclure la possibilité qu'il puisse être multiforme et ambivalent. C'est un des travers que nous tentons d'éviter.

humain n'est pas une abstraction. Au contraire, la théorie propose à l'égard de l'individu une certaine dichotomie. D'un côté, elle postule que les phénomènes juridiques ne prennent de sens qu'à travers la conscience, si ce n'est qu'intuitive, qu'en ont les individus, tant pour la reconnaissance de leur existence que pour l'interprétation de leur portée normative concrète. Le droit existe par et pour les individus, ce qui n'implique pas qu'il impose sa logique à tous. Les normes existent en autant qu'elles prennent un sens pour certains, mais elles ne deviennent tangibles à un niveau individuel que lorsqu'il est pris conscience de l'intention normative qu'elles portent, ou qu'elles deviennent contraignantes. Par ailleurs, la conscience individuelle de l'intention normative n'implique pas la sujétion puisqu'une personne peut explicitement ou implicitement rejeter la contrainte qu'implique une norme. Enfin, la contrainte peut quant à elle résulter de la soumission volontaire ou non, ou consciente ou non de l'individu. C'est donc par l'entremise du regard ou du vécu individuel que le droit existe. En d'autres termes, le droit ne possède pas de caractère autonome. Comme nous le verrons, cette prise de position ontologique conditionne la compréhension que nous proposons du phénomène.

D'un autre côté, et il s'agit ici de la deuxième facette de la compréhension dichotomique de l'individu que propose la théorie, la construction du sens et de la personnalité individuelle est le résultat d'un nécessaire processus de socialisation et ce n'est qu'à travers le prisme de la personnalité individuelle et des mécanismes de rationalisation que peut s'exprimer le processus herméneutique au terme duquel la portée d'une norme est fixée. En d'autres termes, le droit ne se fixe dans les individus que par l'entremise du sens construit à travers les interactions sociales. Il ne s'agit plus ici d'une ontologie du juridique mais d'une ontologie de la personnalité.

Nous postulons premièrement que le rapport au droit en est un à la fois

d'intellectualisation et de conditionnement. Il ne relève pas de l'inné ou du spontané. Il est au contraire le fruit de mécanismes intellectuels même dans ses manifestations les plus primaires. Par ailleurs, même si l'être humain naît avec certaines potentialités intellectuelles, il ne transforme celles-ci en capacités intellectuelles que par son intégration dans un milieu social caractérisé par l'interaction. Nous postulons par conséquent que la personnalité conditionne la compréhension du phénomène-droit, qui est à la base subjectif, et que la personnalité est le fruit d'un processus de socialisation. De larges débats persistent certes sur le caractère inné ou construit de certains traits de caractère. Notre caractère a indiscutablement un impact considérable sur notre compréhension des phénomènes juridiques mais, même si elle était considérée comme intrinsèque et réflexive, il n'en demeurerait toutefois que la personnalité ne peut s'épanouir que dans un contexte social. C'est pourquoi nous désirons mettre l'emphasis sur les processus cognitifs et intellectuels qui nous permettent d'appréhender le droit.

Ces processus en lesquels nous reconnaissons notre caractère proprement humain ne se développent qu'au contact des autres. Il s'agit d'une sédimentation d'expériences individuelles et collectives et de réflexions partagées sur celles-ci qui ont été transmises par les processus de socialisation, de sorte que nous pouvons construire notre compréhension du monde dans lequel nous existons sur les acquis de nos prédécesseurs. À travers l'interaction se construit une culture et le bagage d'informations qu'elle nous transmet. C'est à travers celle-ci que se construit enfin la personnalité plus proprement individuelle qui, par un processus réflexif, nous permet de porter des jugements, et donc de porter un regard sur le droit.

Pour résumer notre argument, le regard individuel est toujours subjectif, et cette subjectivité est le fruit d'une culture acquise et construite au contact des autres. Ainsi, si

nous ramenons de façon ultime le phénomène juridique à l'individu, nous ne pouvons pour autant en entretenir une compréhension atomiste.

2.3 *Caractère relationnel du droit*

Notre compréhension du monde extérieur et de notre monde intérieur est donc conditionnée par une personnalité et des connaissances sinon acquises, du moins développés socialement. Ces acquis sociaux sont particulièrement importants en ce qui concerne le droit. En effet, le droit, du moins dans sa déclinaison moderne, n'est pas préoccupé par les réflexions individuelles mais plutôt par les relations interpersonnelles.

La première préoccupation du droit est d'assurer les conditions matérielles au bon fonctionnement de la vie sociale. Les normes s'adressent prioritairement aux relations qui nous lient au monde extérieur, que ce soit directement avec les autres individus, ou indirectement par l'entremise des choses à travers lesquelles elles s'articulent. En l'absence d'altérité, la normativité que nous abriterions serait purement réflexive. En général, la normativité n'est toutefois pas comprise comme un phénomène introspectif mais plutôt comme une tentative d'ajustement à l'interdépendance et aux compromis qu'impliquent la vie sociale. À la fois la normativité étatique et la normativité alternative régulent les comportements de sorte à rendre possible la coexistence tout en reflétant à travers des luttes d'autorité les tensions qu'impliquent le partage de ressources limitées. Le droit s'exprime à travers une géographie qui transcende l'espace intérieur pour embrasser l'espace extérieur de l'univers relationnel. Le regard sur le droit est donc fondamentalement subjectif mais son empire est social.

Cette rationalité de la nécessité de l'existence partagée fonde donc le moyen que

représente la normativité. Il faut toutefois comprendre que ce fondement ultime ne limite pour autant que très peu l'éventail des manifestations possibles de la normativité. Les normes peuvent habiliter toute intention humaine, que ce soit implicitement ou explicitement, de façon plus générale ou très particulière, volontairement ou involontairement. Ainsi, elles peuvent constituer l'outil formel d'expression d'une volonté de contrôle tout comme elles représentent quelquefois un phénomène spontané au caractère émancipateur. N'empêche que l'expression de la norme reflète, directement ou indirectement, consciemment ou inconsciemment, un besoin de coexistence ordonnée, la nécessité d'apaiser ou de contrôler les tensions interactionnelles. Dans notre théorie, le droit est donc orienté à un niveau très élevé d'abstraction, mais demeure ouvert à une infinité de déclinaisons dans ses manifestations matérielles.

À cette contingence sociale de l'intelligence humaine le pluralisme juridique radical ajoute un modèle complexe et fluctuant de l'identité et des sphères sociales. En fait, il postule l'indéterminisme et surtout l'interpénétration de celles-ci. Nous avons vu que l'individu se définit par ses rapports à la société, mais ces rapports ne sont pas univoques ou monistes. Surtout quant à l'identité moderne⁷³, l'individu ne se définit pas par son appartenance à un seul groupe ou par des traits de personnalité dominants. Par l'explosion des communications et des contacts avec des réalités à l'origine profondément étrangères, de même que par la familiarisation avec l'altérité qui en a découlé, l'individu est confronté à une quantité croissante de modèles culturels et sociaux. Le pluralisme juridique radical postule que l'individu est perméable à ces influences. C'est à travers la connaissance d'autrui et d'autres modèles sociaux que l'individu peut accomplir un travail réflexif qui conduit à l'affirmation de son identité.

⁷³ Nous référons le lecteur à l'exploration de sa genèse qu'en fait Charles Taylor: *Sources of the Self, the Making of the Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

Mais les schèmes retenus ne sont ni monistes ni nécessairement cohérents. Différents modèles sont attrayants pour divers motifs. D'ailleurs, l'intégration de ces schèmes peut résulter d'un processus réflexif conscient et cohérent tout comme elle peut résulter d'une acculturation inconsciente, d'une sorte d'assimilation par osmose. Quoi qu'il en soit, l'accumulation d'identifications et de modèles sociaux qui mène à la construction de la personnalité est de plus en plus diversifiée. De plus, ces modèles et identifications relèvent très fréquemment de sphères divergentes de sorte que la personnalité n'est pas une construction cohérente. Ainsi, un individu pourra être pour l'autonomie de la personne et contre l'avortement, pour la peine de mort et pour la réhabilitation des contrevenants, contre la souveraineté et contre le fédéralisme centralisateur.

Au delà des affiliations idéologiques complexes, le pluralisme juridique radical postule également la complexité des affiliations identitaires. En raison de la prédominance de l'autonomie - qu'on désigne plus souvent par le vocable *liberté* - comme valeur sociale, il est d'autant plus facile pour l'individu moderne de s'identifier à une multitude de groupes qui s'agencent de façon plus ou moins cohérente, ce qui provoque souvent un sentiment de déchirement ou de dislocation. Ainsi, je pourrai me considérer québécois et canadien, intellectuel et prolétaire, snob et populiste, villageois et urbain. L'identité et l'affinité idéologique peuvent également se mêler de sorte que l'individu sera réceptif aux revendications associées à des groupes auxquels il ne s'identifie pas. On pourra supporter les revendications autonomistes des autochtones alors qu'on est blanc et que l'on juge par ailleurs que le territoire national devrait être accessible à tous. En fait, le pluralisme juridique radical postule que l'individu est caractérisé par des identités et appartenances multiples et complexes et que la personnalité ne peut être réduite à une réalité objective. L'identité et l'appartenance sont en grande partie fluctuantes et

indéterminées et ne se concrétisent que par l'entremise du vécu⁷⁴.

Mais l'individu n'est pas un lieu de fluctuation absolue. Le pluralisme juridique radical affirme plutôt que l'individu s'inscrit dans un espace de plus en plus contesté et que c'est le processus dialogique qu'implique la confrontation à l'altérité qui caractérise son humanité et ensuite son rapport au droit. Ce besoin de localisation de l'identité s'affirme d'ailleurs face au post-modernisme fusionnel par le phénomène du repli identitaire. Pour pouvoir porter un jugement, l'individu doit pouvoir s'ancrer dans quelques certitudes. C'est pourquoi le mouvement contemporain d'ouverture sur le monde s'accompagne aussi d'un phénomène d'affirmation, de célébration et de redécouverte des cultures de souche, particulièrement en ce qui concerne les cultures minoritaires ou menacées. La géographie de l'identité ne s'articule pas dans un mouvement de disparition des frontières mais plutôt dans l'approfondissement de la connaissance de nos propres territoires, dans la reconnaissance et la perméabilité des frontières et dans l'accroissement des incursions en territoire étranger.

Pour résumer, nous devons fondamentalement reconnaître que l'identité ne peut pas être considérée comme un fait défini ou stable. D'une part, elle doit être appréhendée comme une mouvance, un phénomène dont le relief et les limites fluctuent tout au long de l'existence au gré des expériences de vie acquises. En fait, la stratification de ces expériences amène des réponses identitaires et affectives variées. La personnalité, l'identité et les affinités peuvent se développer en synergie ou en réaction à ces

⁷⁴ Nous avons été fortement influencé dans l'élaboration de notre conception de la nature fragmentée et plurielle de notre identité par la description convaincante qu'en ont proposé James Tully dans un contexte plus théorique et Jeremy Webber dans un contexte plus pratique. Voir: James Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, et: Jeremy Webber, *Reimagining Canada. Language, Culture, and the Canadian Constitution*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1994.

expériences, dans la résignation ou l'emballlement face à celles-ci, en pleine connaissance de cause ou par acculturation. L'identité, comme l'identification, s'élabore au contact d'une réalité extérieure mais demeure fondamentalement une affaire personnelle, intérieure. Bien que l'individu n'ait qu'un contrôle limité sur les parcelles qui lui sont transmises et qui servent de matériau de base à sa construction identitaire, le contenu concret de ce processus ne peut être contrôlé de l'extérieur, d'autant plus qu'il s'agit toujours d'un processus inachevé. Il s'agit d'un processus organique dont nous ne pouvons même pas prédire les matérialisations futures précises à notre propre égard.

D'autre part, ces identités, appartenances ou affinités sont multiples et souvent contradictoires. Le déchirement et la division constituent le caractère premier de l'existence humaine et non la béatitude d'une paix interne caractérisée par la concordance rationnelle de toutes les facettes de l'intellect; l'être humain cesse d'exister lorsqu'il cesse de douter ou de rechercher cette illusoire plénitude. Cet état de fragmentation interne devrait être reconnu, accueilli et même célébré ouvertement puisqu'il constitue le fondement du potentiel réflexif. Ce n'est qu'à travers ce processus que nous sommes capables de nous épanouir. Le caractère multiforme, complexe et pluriel de ces traits identitaires constitue donc un terreau fondamental pour le pluralisme juridique radical.

2.4 La normativité et la construction de l'espace social

La description et la théorisation de la normativité sont au coeur du projet du pluralisme juridique radical. Ce phénomène se décline bien entendu à l'image de la complexité psychologique et de l'interpénétration identitaire des êtres humains par travers lesquels il prend forme. Toute tentative de définition univoque ou déterministe ne saurait donc en saisir la substance. C'est pourquoi nous devons nous replier sur la description de

certaines grandes dynamiques qui sont au coeur de sa nature.

D'un point de vue définitionnel, précisons d'entrée de jeu que la normativité est d'ordinaire envisagée comme constituée des règles qui se projettent à l'extérieur de l'individu. C'est pourquoi nous la définissons premièrement comme une activité qui a pour objet la régulation des comportements inter-personnels, que ce soit directement entre les individus ou par l'entremise des objets à travers lesquels ces relations se concrétisent. Ainsi, les règles relatives à la propriété ne visent pas tant à définir la relation entre le propriétaire et son bien, mais plutôt entre le propriétaire et tout ceux qui, à un titre ou un autre, pourraient interagir avec son bien. Le bien ne joue ici que le rôle d'un intermédiaire dans une relation inter-personnelle. Nous évoquerons néanmoins aux chapitres cinq et six la possibilité d'une normativité purement introspective.

L'objet de la normativité suppose donc, au premier chef, la régulation d'un espace social. La régulation implique certes l'existence de règles, mais de règles visant le fonctionnement correct ou harmonieux de l'objet qui y est soumis. La normativité suppose par conséquent certaines affinités. Elle vise, que ce soit par l'expression d'une volonté délibérée ou non, une certaine structuration ou un ordonnancement social. En ce sens, son action n'est pas neutre mais orientée. C'est à travers cet ordonnancement qu'on assure à la société un fonctionnement sinon harmonieux, du moins correct.

Les phénomènes normatifs ne sont toutefois pas fatalement issus d'un raisonnement axiologique complexe, pas plus qu'ils ne correspondent nécessairement à une représentation univoque d'un principe de justice. *A priori*, les processus d'émergence normative sont, comme tout comportement humain, ouvert à des influences contradictoires qui donnent lieu à des normes qui pourront être jugées comme délétères

ou saines par une proportion plus ou moins grande d'une population donnée, selon les schèmes d'évaluation collectifs ou individuels auxquels on pourra se référer. En fait, les normes peuvent refléter un partage inégal du pouvoir social, et reflètent d'ailleurs souvent des tendances dominatrices. Tout type de normativité, qu'il s'agisse de normativité étatique ou alternative, peut souffrir d'un manque de légitimité dans les processus qui ont donné lieu à son émergence tout comme dans ses effets, et ce même si ces normes peuvent par ailleurs être qualifiées de démocratiques. Par conséquent aucune norme ne peut être, *ab initio*, qualifiée de bonne ou mauvaise. Ce type de jugement ne peut être vraisemblablement porté que suite à un processus dialogique.

Les normes tendent plutôt à assurer un fonctionnement social harmonieux ou correct en ce sens qu'elles président à un encadrement des comportements humains qui vise à limiter les tensions inter-individuelles par la détermination préalable des attentes et, réciproquement, des limites des comportements acceptables. Ce que les normes rendent ainsi possible, c'est le maintien d'une existence commune par l'imposition d'une certaine stabilité, même si cette existence se traduit par le statut d'esclave pour certains et de maîtres pour d'autres. L'harmonie ou la rectitude que les normes rendent possible relève donc de leur tendance implicite à fonder les conditions nécessaires au maintien d'une vie commune plutôt que de leur correspondance à une hypothétique conception objective et universelle de la justice.

Cet encadrement est nécessaire puisqu'en raison du caractère fini du monde dans lequel nous évoluons, nos actions ont nécessairement des répercussions sur les autres. Les exigences de la survie et ensuite la recherche d'un certain confort matériel nous confrontent par ailleurs à l'utopie de toute volonté autarcique. Nous ne pouvons prétendre répondre à tous nos besoins et désirs de façon autonome. Cette dépendance sur

autrui implique un univers relationnel complexe caractérisé par des interactions qui supposent des impacts réciproques sur la vie de chacun. De surcroît, l'être humain est en général une créature sociale, de sorte que l'interaction, loin d'être vécue comme un phénomène imposé, est plutôt activement recherchée par la très grande majorité d'entre nous, ce qui multiplie les occasions de confrontation.

Les interactions causées par l'exiguïté géographique et cette interdépendance matérielle et émotive sont à la base de contacts qui ont nécessairement un impact sur ceux qui y sont partie. Il est possible d'imaginer un scénario où ces contacts se produiraient en l'absence de toute norme en régulant le déroulement. Aucun principe fondamental, tels le respect, les échanges fondés sur des contreparties équivalentes, l'appropriation privée et la recherche du bien commun, ne tiendraient, pas plus que des normes plus particulières. Cette absence de balise créerait nécessairement des tensions qui feraient en sorte que cet hypothétique espace pré-normatif deviendrait nécessairement instable et foncièrement insécurisant pour la population entière.

C'est d'ailleurs en partie ce qui se produit en période révolutionnaire lorsque les normes soutenues par les anciennes conventions - normes qui dépassent par ailleurs largement les confins du droit étatique - sont renversées avec le régime officiel. La perception de non-droit ainsi créée insuffle un certain sentiment d'impunité qui mène à une désintégration de la communauté si un nouvel ordre social ne réussit à s'affirmer à travers un nouveau régime normatif. Il ne faudrait toutefois pas croire que les périodes de transitions sont exemptes de normes. Plusieurs normes s'éteignent toutefois dans ces circonstances ou deviennent foncièrement inconséquentes. Les normes qui demeurent ne sont plus à la hauteur des besoins de régulation, surtout parce qu'elles cessent d'être suffisamment largement partagées. Au delà des troubles et de l'insécurité corrélative que

ce phénomène entraîne, il ouvre toutefois la possibilité à une redéfinition des rapports de force au sein d'une société, et à la redéfinition de certaines hiérarchies normatives. C'est ce même mécanisme qui trouve application, quoique de façon moins violente et subite, en période de transition paradigmatique. Et c'est par conséquent prioritairement dans le cadre de ces périodes de transition que le droit réinvente ses fondements. En définitive toutefois, qu'il réponde à cette logique du changement ou à celle de la continuité, le droit est un mécanisme d'adaptation sociale qui facilite la volonté de pérennité de l'existence humaine par la mise en place de conditions nécessaires à la coexistence.

2.5 *Les champs sociaux semi-autonomes*

La normativité vise donc la régulation des relations interpersonnelles. Dans quels milieux et surtout à quelle échelle se déploie-t-elle toutefois? On peut en effet penser que les normes ne constituent pas toutes des phénomènes d'une étendue identique et qu'elles reflètent de ce fait la nature complexe de nos affiliations. C'est aux fins de cerner la nature de ces milieux où la norme prend son existence que le concept de *champ social semi-autonome* développé par Sally Falk-Moore⁷⁵ est particulièrement éclairant.

Cette dernière a développé ce concept pour constituer le fondement d'une grille analytique qui rendrait compte de façon plus satisfaisante de la complexité des phénomènes normatifs. Selon la définition de Falk-Moore, le champ social semi-autonome est un "small field observable to an anthropologist" caractérisé:

"not by its organization (it may be a corporate group, it may not) but by a processual characteristic, the fact that it can generate rules and coerce or

⁷⁵ Sally Falk-Moore, "Semi-autonomous Social Field", *supra*, note 41.

induce compliance to them. [...] Many such fields may articulate with others in such a way as to form complex chains, rather the way the social networks of individuals, when attached to each other, may be considered as unending chains. The interdependent articulations of many different social fields constitutes one of the basic characteristics of complex societies"⁷⁶.

Nous devons premièrement souligner que nous ne donnerons pas à cette expression le sens exact que lui avait attribué Falk-Moore. Le champ social semi-autonome constitue selon nous à la base un construit théorique, une heuristique, et non une réalité susceptible d'être déterminée concrètement. C'est pourquoi nous qualifierons sa définition du champ social semi-autonome afin de traduire de façon plus juste les présupposés théoriques qui animent notre conception du droit, mais également afin d'actualiser ce concept pour qu'il représente une meilleure adéquation avec l'état d'avancement actuel de la théorie pluraliste. Nous croyons qu'il demeure néanmoins utile d'y référer en raison de la richesse du sens qu'il porte. En fait, nous sommes d'avis qu'il est capital à la compréhension des procédés normatifs.

Certaines caractéristiques de la définition proposée par Falk-Moore sont d'une importance particulière. Nous retenons premièrement le fait qu'est un champ social semi-autonome tout *locus* de production normative, c'est-à-dire tout groupe humain qui génère des normes. Nous jugeons toutefois qu'il est contre-productif de tenter de circonscrire ce *locus* en l'associant nécessairement à la capacité de mettre en oeuvre mais surtout de procéder à l'exécution forcée des obligations qui pourraient découler des normes qu'il abrite. Ce type d'association relève d'un centralisme étatique qui réduit inutilement la

⁷⁶ *Ibid*, aux pages 55, 57 et 58.

pertinence du concept⁷⁷. Pour nos fins, le champ social semi-autonome décrit par conséquent tout lieu d'interaction humaine dont émergent des normes.

Ce concept n'aurait pas été aussi utile et novateur s'il n'eut été du fait qu'il postule également que ces lieux d'interaction humaine sont *semi-autonomes*. Falk-Moore avance en effet que ces derniers n'opèrent pas en vase clos. Elle vise ainsi à rendre compte de la complexité concrète et tangible de l'existence humaine. L'être humain est caractérisé à la fois par sa propension pour l'interaction sociale et sa capacité à l'autonomie. Les champs sociaux semi-autonomes par lesquels s'exprime sa capacité de créer des normes reflètent donc ces deux caractéristiques. Ils peuvent être animés par leur propre logique, mais ils sont nécessairement perméables à leur environnement. La production normative est donc un jeu d'influences réciproques plus ou moins senties.

Une dernière caractéristique importante de ces champs sociaux semi-autonomes, qui découle de la caractéristique précédente, est qu'ils ne sont pas exclusifs les uns des autres. En effet, en plus d'être perméables aux influences réciproques qu'ils peuvent signer, ces derniers s'inter-pénètrent dans leur opération pratique. Les unités de base qui les définissent, les êtres humains, appartiennent simultanément à une multitude de champs sociaux semi-autonomes, ce qui reflète le caractère complexe et partagé de leur identité⁷⁸. En contrepartie, les champs sociaux semi-autonomes se superposent et s'entremêlent au sein de l'espace social.

L'avantage marqué de ce dernier aspect du modèle proposé est qu'il évite de rendre nécessaire le recours à des critères artificiels et surajoutés pour rendre compte du

⁷⁷ Pour les raisons dont nous avons traité à la partie 1.6.

⁷⁸ Voir *supra*, à la partie 2.3.

caractère relationnel de la normativité. Ce type de travers affecte en particulier la théorie autopoïétique développée par Gunther Teubner⁷⁹ qui, parce qu'elle postule à la base des systèmes autonomes, autosuffisants et auto-générateurs, doit ensuite relier ces derniers à raison d' "arrimages structurels" par lesquels ces systèmes se "perturbent" mutuellement, et à raison de "liens" par lesquels ils apprivoisent leurs logiques respectives. Cette théorie tente en fait l'impossible, c'est-à-dire de rendre compte d'une existence parallèle dans un univers partagé. Elle reflète de ce fait une artificialisation des rapports humains qui l'oblige à reconstruire une évocation de la sociabilité. À l'opposé, l'adoption initiale d'une théorie complexe des appartenances conduit la théorie des champs sociaux semi-autonomes à une représentation réaliste, plus satisfaisante et plus porteuse des rapports normatifs.

Compte tenu du caractère central de ce concept au pluralisme juridique radical, nous explorerons maintenant plus à fond ces trois caractéristiques des champs sociaux semi-autonomes, mais également les conséquences pour notre théorie de l'adoption de ce modèle complexe du *locus* normatif.

⁷⁹ Voir en particulier Gunther Teubner, *supra* note 56, mais également: Gunther Teubner, "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", dans G. Teubner, éd., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1986, à la page 299, "Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions", dans G. Teubner, éd., *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Anti-Trust and Social Welfare Law*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1987, à la page 3, et "Evolution of Autopoietic Law", dans G. Teubner, éd., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1988, à la page 217. Pour un argument similaire au nôtre, voir: Michel Coutu, "Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner: la nouvelle guerre des dieux", (1997) 12 *Revue Canadienne Droit et Société* 93.

2.5.1 Le caractère complexe des champs sociaux

Les champs sociaux semi-autonomes sont définis par la ou les normes qu'ils englobent. Ils représentent l'ensemble des individus qu'affectent une norme, en somme tous les individus compris dans l'étendue naturelle de celle-ci. La définition de ces contours naturels peut toutefois poser problème puisqu'il est souvent difficile, dans des cas individuels, de déterminer si une personne est appelée à être affectée par une norme. Par exemple, une norme peut être appelée à une application universelle dans un ensemble donné alors que certains ou même une majorité des individus visés par l'intention normative peuvent totalement ignorer celle-ci de sorte qu'elle n'est suivie en apparence d'aucune effectivité dans leur cas; font-ils alors partie du champ social semi-autonome de cette norme?

En réalité, ce problème se pose en raison de la nature prescriptive des normes. Certaines normes ne prétendent pas à une portée plus grande que le groupe dont elles ressortent; leur champ d'action se voit assez bien circonscrit. Par exemple, les normes régulant les relations entre des parents et leurs enfants, ou encore entre les parents quant à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants. Ce type de normes émerge au sein de la cellule familiale et n'est destiné à s'exercer qu'au sein de cette dernière. Le champ social semi-autonome dont il s'agit dans ce cas est celui de la cellule familiale visée, c'est-à-dire l'univers où se déploient les normes dont il est question.

D'autres normes présentent un portrait plus complexe. Elles prétendent s'imposer à un groupe large qui peut se sentir plus ou moins concerné par elles, et qui peut même en ignorer l'existence. C'est souvent le cas des normes étatiques. L'article 600 du code civil du Québec peut bien prévoir spécifiquement que l'autorité parentale s'exerce

conjointement par les parents, peu de familles modèlent leurs relations en fonction de cette injonction. En réalité, si une majorité de parents partagent dans les faits l'exercice de l'autorité parentale, c'est plutôt en réponse à la portée normative d'un certain *habitus* social que suite à un sentiment de soumission à une norme législative. Par ailleurs, dans plusieurs familles traditionnelles, le père exerce seul l'autorité parentale alors que dans certaines autres familles ce pourra être le cas de la mère. La norme étatique a ici un impact marginal puisqu'elle est méconnue au sein de la population ou qu'elle est identifiée comme non-pertinente. Par ailleurs, plus la norme est technique ou abstraite, plus le phénomène tend à se confirmer.

Le droit étatique est néanmoins constitué de normes qui, par définition, existent au sein de champs sociaux semi-autonomes. De quelle géographie normative parle-t-on dans ce cas? Incontestablement, le champ social semi-autonome dont il est question comprend tous les individus qui connaissent la norme; comprend-il également les individus visés par l'intention normative mais qui en ignorent l'existence?

La réponse à cette question doit être positive puisque ces individus ont eu une influence, à leur insu, sur le contenu de la norme telle qu'elle existe. En effet, la norme a été conçue ou a émergée en fonction des caractéristiques ou de la situation des personnes auxquelles elle est appelée à trouver application. Qu'elle leur trouve application ou non dans les faits, la condition de ces individus a été conséquente dans son processus d'émergence. Ils font donc partie de la sphère englobant les variables pertinentes à la définition de la norme. Ils sont par ailleurs compris, directement ou indirectement, dans la sphère d'influence de cette dernière en ce qu'ils sont susceptibles d'être affectés par celle-ci. Leur ignorance actuelle de la norme ne détermine aucunement la nature de l'implication que cette dernière pourra éventuellement avoir sur eux, et eux sur la

trajectoire de cette dernière. En fait, le champ social semi-autonome d'une norme inclue tous les individus qui sont compris dans l'étendue naturelle de celle-ci, c'est-à-dire tout le groupe visé par l'intention normative qu'elle recèle et tous ceux qui ont participé à son émergence et à ses transformations subséquentes. Cette compréhension reflète d'ailleurs le sens commun, qui, en ce domaine, n'est pas nécessairement un mauvais guide.

Reste néanmoins la question des individus qui, connaissant la norme, demeurent à l'extérieur de son étendue naturelle en ce qu'ils ne sont pas visés par son ou ses injonctions? Un exemple se situant à l'extrémité du spectre des articulations possibles de cette situation, celui de l'anthropologue qui étudie des normes au sein d'une société qui lui est foncièrement étrangère, permet de mieux en saisir la problématique. En théorie, cet individu est un observateur externe, qui tente d'être neutre dans son appréciation d'un phénomène. Certaines normes pourront éventuellement le viser, surtout s'il habite au sein de la population étudiée, mais il ne devrait normalement pas s'immiscer dans le vécu de ses sujets de recherche afin de demeurer objectif. Ceci étant, il devrait demeurer extérieur à plusieurs des champs sociaux semi-autonomes observés.

Le même raisonnement peut être tenu à l'égard d'un individu à qui on a demandé conseil tout en le considérant externe au champ social semi-autonome sur lequel on lui demande de se pencher. Par exemple, le parent qui demande conseil à un ami sur la sanction qu'il devrait exercer à l'encontre d'un enfant désobéissant. L'ami ne fait pas directement partie de la cellule familiale et le parent pourra ne pas se sentir lié par le conseil donné. Ces deux exemples apparaissent indiquer que le seul fait pour un individu de connaître une norme n'est pas suffisant pour qu'il soit nécessairement inclus dans le champ social semi-autonome de la norme dont il est question.

Des objections sérieuses à une telle conception limitative existent toutefois. En réalité, la difficulté vient du fait qu'il est impossible en pratique d'être observateur impartial ou conseiller purement externe. Premièrement, la compréhension nécessite la *préhension*, c'est-à-dire l'expérience de l'objet étudié et même une empathie pour celui-ci. À défaut, l'observation est limitée à un exercice formel qui évacue la substance de l'objet étudié. Nous devons également reconnaître en deuxième lieu que l'observateur a toujours un impact sur le milieu qu'il observe. Le fait de les observer affecte les comportements des tiers qui prennent acte de la présence de l'observateur. L'observé ne demeure jamais parfaitement *naturel*, pas plus d'ailleurs qu'un tel état *de nature* n'existe concrètement. Nos comportements sont toujours affectés, souvent de façon imperceptible, par des mécanismes de rétroaction avec notre milieu qui varient selon les configurations changeantes de celui-ci. La présence d'un observateur transforme, si ce n'est qu'imperceptiblement, la dynamique observée.

D'autre part, le conseil donné ou l'observation colligée affecte directement la trajectoire normative puisqu'il s'inscrit dans un processus interprétatif continu. En effet, le conseil constitue directement une tentative d'infléchissement du sens de la norme; on propose une interprétation de la trajectoire idéale qui pourra, ou non, être retenue mais qui nourrira le fond de connaissance qui informe notre compréhension d'un contenu normatif. Le conseil participe ainsi au processus dialogique de construction du sens.

Par ailleurs, l'observation, même si au contraire du conseil elle se veut externe, a un impact très immédiat sur la compréhension qu'une gamme très large d'individus peuvent avoir d'une norme. L'observation intéresse de prime abord le public scientifique. Si les normes observées sont foncièrement étrangères à ce groupe, par exemple dans le cas de discussions par des anthropologues européens sur la normativité prévalant au sein

de peuplades aborigènes d'Australie, on pourra considérer que cette communauté d'experts n'est pas directement concernée par le champ social semi-autonome relatif aux normes discutées. Les débats de cette communauté démontrent un intérêt purement descriptif. Il n'en demeure que ce genre d'études tend inévitablement à avoir un effet de rétroaction plus ou moins important sur le groupe observé.

Premièrement, le regard que propose l'anthropologue colore la compréhension sociale du phénomène qu'il décrit. Dans la mesure où les groupes dont il est question ne vivent pas en autarcie, l'image d'eux qui leur est renvoyée affecte nécessairement leur compréhension de leur identité et par conséquent de la normativité qu'ils abritent. Par ailleurs, plusieurs tentatives de reconstruction d'identités autochtones malmenées par la désintégration sociale qu'ont entraîné la colonisation et la conquête, que ce soit au Canada ou ailleurs dans le monde, passent par une tentative de ré-appropriation de leur histoire et de leurs traditions. Or, bien que ce type de processus repose en grande partie sur les ressources intra-communautaires, il implique souvent le recours à des ressources externes, principalement anthropologiques, pour pallier au dépérissement de la mémoire collective. Dans ces circonstances, le processus se résume à une appropriation-interprétation d'une interprétation-observation d'un vécu collectif. La compréhension qu'avait l'anthropologue-observateur des normes qu'il a étudié vient ainsi colorer celle qu'en auront ces peuples. Le rôle actif de l'observateur dans la détermination de la trajectoire normative devient encore plus explicite lorsque la culture qu'il observe est la sienne ou encore lorsqu'il agit comme expert dans le cadre de litiges entre diverses communautés socio-culturelles. Dans ces cas, l'observateur influe immédiatement sur la trajectoire de certaines normes qui impliquent directement les membres d'un champ social semi-autonome dont il fait partie.

En somme, on ne peut d'emblée exclure d'un champ social semi-autonome ces personnes qui apparaissent à première vue ne pas être directement visées par ses normes mais qui ont sur leur évolution une influence qui peut quelquefois être considérable. La question semble alors demeurer entière; ces champs sociaux semi-autonomes comportent-ils de véritables frontières qui permettraient leur utilisation à titre d'instrument analytique?

La réponse doit selon nous emprunter l'axe quelquefois frustrant de la reconnaissance du fait que les concepts analytiques peinent à rendre compte de la complexité de l'expérience humaine. Le concept du champ social semi-autonome est une heuristique qui facilite la visualisation des mécaniques normatives. Or, les concepts facilitent d'autant plus un tel effort de visualisation qu'ils empruntent un modèle simple mais incomplet, et reflètent d'autant mieux la réalité à laquelle ils réfèrent qu'ils empruntent un modèle complexe mais hermétique. Face à ce dilemme, nous devons embrasser une certaine mesure de complexité.

Ainsi, peuvent être compris comme membres d'un champ social semi-autonome, outre les personnes incluses dans l'étendue naturelle des normes dont il est le milieu de vie, les personnes qui, bien que n'étant pas visés par ces normes, agissent à un titre ou un autre sur leurs trajectoires, sur leurs transformations. Peuvent donc être compris comme faisant partie du champ social semi-autonome des règles d'exercice de l'autorité parentale d'une cellule familiale les individus qui interagissent avec celle-ci, et même, à un certain niveau, la société au sein de laquelle elle évolue. Ce qui ne revient pas à dire que les champs sociaux semi-autonomes n'ont pas de réelles limites et sont en conséquence dénués d'intérêt comme outil analytique, mais bien plutôt que diverses catégories d'individus participent à ces champs, mais en différentes qualités et avec un impact

distinct. Il s'agit d'une constatation factuelle, mais également d'une position de principe, puisque la mécanique dont nous usons pour étudier la normativité doit permettre la reconnaissance de l'apport de tous les acteurs des processus normatifs.

Une étude plus fine des champs sociaux semi-autonomes permet donc une différenciation de ces acteurs. Ainsi, certains ont un impact plus important quant à certains processus d'émergence normative et d'autres sont plus directement concernés par les normes dont il est question puisque directement visés par celles-ci. Par ailleurs, les mêmes individus peuvent intervenir à plus d'un titre et ainsi avoir un impact pluriel. Dans une telle analyse, on peut donc procéder à une certaine distribution des rôles et ainsi à une reconnaissance de l'apport de divers individus. Certains ont un rôle plus actif de précurseur ou formalisateur de la norme, tandis que d'autres ont un rôle plus passif en ce qu'ils ne semblent que subir celle-ci. Rappelons toutefois que dans ce dernier cas, le rôle de ces individus est néanmoins conséquent dans la définition de la trajectoire normative puisque le consentement béat conforte les prétentions normatives et participe de ce fait au processus dialogique de création normative.

De telles distinctions entre les acteurs des champs sociaux semi-autonomes existent mais il faut éviter de trop les formaliser puisque, comme nous en avons discuté, ces acteurs ne jouent pratiquement jamais un rôle univoque. Ils participent plutôt de façon complexe aux différentes facettes des processus normatifs. Ainsi, un ministre pourra apparaître être le précurseur de normes contenues à un projet de loi et de la sorte être en contrôle de leur destinée. Mais il participe en réalité à un processus beaucoup plus complexe d'émergence et de définition de trajectoires normatives auxquels contribuent en amont d'autres ministres, des fonctionnaires, des sous-ministres, des groupes de pression et des experts et, en aval, des députés, des comités, des justiciables,

des journalistes, des juges et des simples citoyens. La qualification des participations est donc utile, mais ne doit pas devenir réductrice. Alors que l'émergence normative peut quelquefois être centralisée ou organique, l'évolution d'une trajectoire normative implique des influences beaucoup plus diffuses et étendues. En fait, toute norme est soumise à un processus d'émergence continu.

Il n'en demeure que nous pouvons schématiser différents niveaux de déploiement des champs sociaux semi-autonomes. L'aire première des ces derniers est constituée par l'ensemble des personnes qui participent à la création et aux transformations des normes dont ils sont le théâtre et des personnes qui sont visées par celles-ci, ces deux catégories étant par ailleurs souvent difficile à distinguer en pratique, surtout dans le cas des normes moins formalisées.

Une deuxième aire, qui peut être considérée comme périphérique à celle mentionnée ci-dessus, est constituée des personnes qui observent, interprètent ou interviennent dans les processus normatifs opérant dans un champ sans qu'ils soient directement visés par ces normes ou qu'ils se considèrent partie à l'élaboration de leur trajectoire. Il peut être particulièrement ardu de distinguer entre ces personnes qui interviennent sur le cheminement d'une norme sans en être pleinement conscientes et ces personnes dont on considère qu'elles font partie de l'aire première de ces normes parce qu'elles participent directement au processus de création ou de transformation normative. En pratique, il peut n'exister aucune différence entre ces deux groupes, mais il demeure utile d'imaginer ces catégories afin de mieux comprendre les processus à l'oeuvre et ainsi illustrer le fait que certaines personnes révèlent une plus grande proximité aux normes étudiées. En définitive, cette deuxième aire est par conséquent constituée des personnes qui ne font pas partie de l'aire naturelle de la norme.

Une troisième aire, périphérique aux deux premières, comprendrait la société ou la culture dont le champ ressort, ou même la qualité d'humain dont nous participons tous. Il ne faudrait d'ailleurs pas déduire de l'affirmation du caractère périphérique de cette aire qu'une société ou une culture ne peut elle-même constituer un champ social semi-autonome. À un certain niveau, elles sont d'ailleurs presque toujours la source primaire de certaines normes, surtout lorsque la culture ou la société en question puise dans une longue tradition ou ressent le besoin d'affirmer sa spécificité.

Cette représentation des niveaux de déploiement des champs sociaux semi-autonomes sous-entend toutefois le principe d'une pertinence décroissante de ces aires à la norme dont il est question. Il se peut cependant que des individus ou groupes relevant de ces deuxième ou troisième aires aient une incidence ponctuelle déterminante sur certaines configurations des normes émanant de champs particuliers. Dans le cas d'études plus fines ou spécifiques, ces influences particulières peuvent et doivent être reconnues et évaluées.

La définition proposée du champ social semi-autonome cherche essentiellement à illustrer un phénomène effectif qui est néanmoins plus ressenti qu'observé concrètement en raison du caractère immatériel de l'objet, les normes, auquel il se rapporte. Chaque champ social semi-autonome est composé d'un ensemble d'individus réunis par des intérêts, des besoins ou une situation commune qui constituent l'impulsion particulière à la création et à la mutation d'une ou, le plus souvent, plusieurs normes régissant leurs relations. Ces champs se déclinent du plus étroit, constitué de deux personnes, au plus large, constitué de l'ensemble de la communauté terrestre. À la limite, la théorie pourrait probablement s'appliquer utilement aux relations prévalant entre certains animaux et entre les humains et ces derniers dans les aspects évolués - c'est-à-dire sociaux - de leurs

rapports. Mais toute discussion à ce sujet dépasserait largement la portée de la présente étude puisque nous ne saurions prétendre à une quelconque compétence en éthologie et qu'il nous semble impossible d'offrir une appréciation juste des comportements animaux car, en raison de la trop grande distance séparant les espèces, nous ne pouvons faire preuve à leur égard de la réelle empathie nécessaire à leur connaissance.

Il demeure que la détermination du nombre exact de personnes que comprend un champ social semi-autonome est périlleuse en raison du caractère foncièrement immatériel des normes et du caractère relatif de l'impact individuel sur le cheminement d'une norme. Le concept permet plutôt de mettre en exergue le fait que les normes se développent au sein de groupes plus ou moins larges selon leur raison d'être. Et, ce qui est plus important, que l'étendue de ces champs est fluctuante puisqu'ils peuvent acquérir et perdre leur pertinence à certains individus en raison des circonstances changeantes de ceux-ci et des groupes dont ils ressortent. Le champ est une mouvance dont les contours, comme le contenu, évoluent.

2.5.2 La superposition et l'interpénétration des champs sociaux

Nous faisons tous partie d'un nombre très élevé de champs qui se superposent et se recoupent nécessairement. L'appartenance à un champ ne dépend pas nécessairement d'un mécanisme d'adhésion formel, quoiqu'il le puisse quelquefois, mais reflète plutôt un état de fait. Nous faisons consciemment ou inconsciemment partie des aires au sein desquelles des normes existent. Ces aires se rapportent à toutes les facettes de l'activité humaine. Elles se recoupent et se superposent donc de la même façon que se recoupent et se superposent nos participations à ces aires d'activité. Tout comme nos identités et sympathies sont multiples et multiformes, notre appartenance à des champs sociaux semi-

autonomes est complexe. Et nos sociétés étant de plus en plus complexes, le nombre et la complexité des champs va nécessairement en s'accroissant.

Plus important encore est le fait que ces participations multiples ne sont pas définies par un principe de cohérence ou de rationalité. Rappelons premièrement que plusieurs de ces participations sont involontaires, mais soulignons également que la construction de l'identité est le produit d'un vécu interactionnel caractérisé par les confrontations et les contradictions. L'identité se nourrit de visions normatives et d'appartenances à des champs sociaux contradictoires. Même volontaire, la participation à des champs sociaux ne garantit pas la cohérence. Nous participons, consciemment ou non, à une quasi infinité de champs au sein desquels émergent et se transforment les normes qui, que nous en soyons conscients ou non, régissent notre conduite. Ces champs sont une série de sous-ensembles enchevêtrés et superposés qui, collectivement, forment la normativité.

La superposition des champs sociaux implique par ailleurs la superposition des rôles au sein des individus. Par exemple, un individu peut parallèlement faire partie de l'exécutif d'une faculté, du corps professoral, d'un comité facultaire, d'un groupe d'amis au sein de la faculté et du corps général des employés de la faculté. Dans les aspects normatifs de ses relations avec ses collègues il peut être difficile de déterminer à quel titre il agit. Ses comportements pourront même sembler incohérents si les champs normatifs auxquels il participe prévoient des règles contradictoires. Par exemple, une norme de solidarité intra-facultaire relevant du champ des collègues peut contredire une norme de rendement relevant du champ de la direction. La superposition des rôles et des appartenances en notre sein est toutefois une caractéristique centrale des phénomènes normatifs qui explique en grande partie les mécaniques propres à l'émergence normative.

C'est de façon importante par la confrontation et la compétition normative que les trajectoires normatives sont formées. Ces trajectoires ne sont cependant pas orientées vers une uniformisation ou une cohérence croissante. Elles sont le fruit des ensembles au sein desquels elles émergent et reflètent de ce fait la complexité de nos sociétés modernes.

En réalité, le champ social semi-autonome représente le concept d'une mouvance collective situant la mécanique normative. C'est en ce sens que la définition de l'étendue précise d'un champ est moins conséquente que son potentiel heuristique. Il est néanmoins utile de reconnaître que ces champs recoupent des structures sociales avec lesquelles nous sommes familiers. Les champs sociaux semi-autonomes coïncident ainsi avec des agencements au sein desquels des individus sont naturellement fédérés, certains étant plus formels que d'autres, et qui reflètent des préoccupations ou des facettes de l'identité partagées par ceux qui y sont membres. Ils peuvent par exemple prendre la forme d'une communauté culturelle, scientifique, linguistique ou religieuse, d'une école, d'une ville, d'une province ou d'un continent, d'un milieu de travail, d'affaire ou de loisir, d'un groupe d'amis, de la famille nucléaire ou élargie ou d'autres formes encore. Ces champs constituent en réalité une tentative de description de l'espace où se déploie une norme. Cet espace peut par conséquent s'inscrire dans une multitude de reliefs, que ce soit un relief proprement géographique, identitaire, idéologique, biologique, économique, etc.

Il serait par ailleurs faux de croire que ces groupes sont nécessairement départagés selon les fractures géographiques classiques. Ils reflètent l'ampleur des besoins ou intérêts partagés qui lient leurs membres et ces besoins ou intérêts peuvent ou non correspondre à des unités territoriales officiellement reconnues. Ainsi, constitue tout autant un champ normatif le groupe composé des membres et de la direction d'un club de

natation que l'ensemble des électeurs d'une municipalité. Les champs sociaux semi-autonomes recoupent ces aires naturelles au sein desquelles les individus cohabitent, cohabitation qui appelle en contrepartie une régulation.

Enfin, le champ social semi-autonome reflète l'étendue de la dialectique normative qu'il embrasse. Ce qui veut dire que comme cette dernière, il sera évolutif et instable et verra ses frontières et ses contenus varier selon les fluctuations qui affecteront les intérêts et les besoins de ses membres. Il doit par conséquent être résolument compris comme une mouvance dont la principale qualité est heuristique.

2.5.3 Le caractère semi-autonome des champs sociaux

La conception des champs sociaux semi-autonomes dont nous faisons état ici dépasse donc celle présentée par Sally Falk-Moore. Nous les présentons comme une réalité dynamique et souvent informelle, des ensembles mouvants et indéterminés, associations libres ou non d'individus, dont les contours sont d'autant plus difficilement identifiables que, selon la typologie que nous proposerons au prochain chapitre, ils sont souvent implicites et que les normes auxquelles ils se réfèrent sont fréquemment inférentielles. Nous présentons par conséquent un concept moins déterministe. Il n'en demeure qu'avec Falk-Moore, nous croyons essentiel d'insister sur le caractère semi-autonome de ces champs, qui conforte d'ailleurs la vision dynamique que nous en proposons. Ces champs ne sont pas des entités hermétiques suspendues en apnée au milieu d'une réalité qui leur serait étrangère. Leur caractéristique fondamentale est qu'ils sont perméables aux influences externes sans toutefois être déterminées par ces dernières; ils sont proprement semi-autonomes.

Cette caractéristique vise à faire reconnaître l'interpénétration des champs sociaux et l'interdépendance qui caractérise la vie sociale. La constatation de cet état de fait est d'ailleurs inévitable puisque, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, nous participons tous à une multitude de champs et qu'il nous est impossible de cloisonner notre participations à chacun d'entre eux en raison du fait que cette participation est très souvent inconsciente. Et même lorsqu'un individu cherche à cloisonner consciemment sa participation à certains champs, par exemple celui de l'exercice de son autorité parentale, il lui est en pratique presque impossible de faire abstraction du fait qu'il est situé dans une mouvance sociale plus large.

Par ailleurs, à un niveau plus général, les diverses mouvances sociales ont nécessairement une influence réciproque les unes sur les autres en raison de leur cohabitation au sein d'ensembles géographiques ou humains limités; il en est nécessairement de même pour les champs sociaux semi-autonomes. Mais ces mouvances ne se développent pas en parfaite symbiose et conservent leur caractère propre. En somme, les champs sociaux semi-autonome développent leurs dynamiques en fonction de préoccupations singulières mais sont influencés dans l'articulation précise des solutions qu'ils développent sous forme de normes par le fait qu'ils sont situés socialement, qu'ils participent à une dynamique large et complexe. Ils incorporent donc consciemment ou inconsciemment, en y adhérant ou en les rejetant, des influences extérieure individuelles ou collectives dans leurs processus normatifs. En fait, les champs sont constitués de l'ensemble des influences qui affectent l'ensemble de leurs participants. Il peut ainsi être utile de les concevoir comme des ensembles germinaux perméables aux expériences externes.

Il doit toutefois être reconnu que la perméabilité des champs sociaux semi-

autonomes varie grandement. Certains sont mieux définis ou situés formellement, plus isolés socialement ou physiquement ou encore issus d'une volonté affichée d'affirmation d'un caractère distinct. Dans ces situations, les champs sont naturellement plus fermés aux influences externes, d'autant plus qu'ils affichent alors une vigilance particulière à l'égard de celles-ci. En constituent des exemples certaines communautés religieuses orthodoxes. Ces champs ne peuvent néanmoins faire entièrement l'économie des influences extérieures, si ce n'est que par leur affirmation envers et contre elles. Les champs ne peuvent entièrement échapper au fait de leur localisation spatio-temporelle et sociale.

En contrepartie, certains champs peuvent presque entièrement succomber à leur localisation. L'acculturation, le déracinement, la subordination, l'indigence, l'atomisme et l'utilitarisme quelquefois peuvent faire en sorte que des champs sociaux semi-autonomes perdent leur spécificité pour se fondre dans des ensembles plus larges ou se dissoudre en des ensembles distincts reflétant des préoccupations multiples. S'ils sont quelquefois évanescents, les champs peuvent néanmoins exister comme réalités stables dotées d'une très faible spécificité, comme dans le cas du champ relatif aux règles d'attribution des fournitures de bureau d'une filiale d'une entité corporative ayant une culture d'entreprise très affirmée. Bien que répondant à la réalité distincte de la filiale, les normes émanant de ce champ risquent de refléter assez fidèlement celles qu'adopte la société mère. Cette perméabilité pourra donc s'exprimer fort différemment d'un champ social semi-autonome à un autre. Elle peut également être considérée comme une cause supplémentaire de la mesure d'indéterminisme que nous devons tolérer dans toute tentative de définition concrète des frontières des champs sociaux.

Les frontières internes des contenus normatifs de ces champs souffrent elles aussi

nécessairement d'une part d'indéterminisme. En effet, des champs peuvent être hyper-spécialisés, ne contenir qu'une seule norme, ou encore être très généraux et contenir tout un ordre normatif fondé sur un principe fédérateur. En réalité, la difficulté ressort le plus souvent du degré de généralité avec lequel les phénomènes normatifs sont observés. Selon que le regard se penche sur la structure plus large ou certaines de ses parties, la perception et la compréhension de la portée de l'action normative diffère. On peut considérer qu'un ensemble cohérent de règles anime une communauté universitaire et que la normativité présente sur un campus se déploie nécessairement dans ce large champ. Une telle analyse serait fondée lorsqu'elle s'applique à certaines règles plus générales. Toutefois, des articulations précises de ces règles générales et un ensemble entièrement nouveau de règles spécifiques apparaissent si on déporte le regard vers la situation de facultés particulières. De même si on focalise notre attention sur des groupes de professeurs au sein de ces facultés, par exemple les professeurs de droit public ou de droit constitutionnel. Plus le champ observé est précis et caractérisé, plus les normes qui en émanent tendent à être circonscrites puisqu'adaptées à des situations distinctives et peu nombreuses; elles répondent au caractère spécifique des problématiques auxquelles elles sont confrontées.

Par ailleurs, et il s'agit d'une autre façon d'observer la problématique, une même norme subit des transmutations selon le degré de généralité avec laquelle elle est observée, jusqu'à prendre des configurations très particulières dans des champs étroits. Ainsi des normes observées dans ces champs étroits pourront être considérées soit à leur propre mérite comme des normes dotées d'une certaine mesure d'autonomie, soit comme la contextualisation d'une norme plus générale dont elles continuent de participer. Les deux approches sont valables puisque leur utilité dépend avant tout du degré de généralité avec lequel les phénomènes normatifs sont observés. En fait, il doit être considéré que

c'est également sous l'axe de la parenté normative que s'articule le caractère semi-autonome des champs sociaux. Des normes spécifiques subissent une influence externe plus directe quant à leur contenu et des normes générales essaient et acquièrent une existence complexe, multiforme et quelquefois incohérente. On peut affirmer dans ces circonstances que le sens d'une norme s'affine selon le particularisme avec lequel on l'observe ou encore que la norme générale perd ainsi ou épuise en contradiction son contenu normatif. Mais cette dernière interprétation devrait justement rappeler que le sens d'une norme est nécessairement fluctuant, et que le champ qui la comprend englobe cette variance par l'entremise d'un intervalle interprétatif au sein duquel chemine la norme. Et la détermination de cet intervalle est en grande partie fonction des influences réciproques auquel atteste le caractère semi-autonome des champs sociaux.

En définitive, les champs sociaux semi-autonomes reflètent donc les dynamiques qui configurent nos appartenances. Ils sont le fruit du hasard ou de l'intention, de décisions réfléchies ou d'associations subreptices, de la nécessité ou du désir. Ils recouvrent des domaines larges et généraux et des lieux étroits et précis. Quelquefois nous les défendons, quelquefois nous les déprécions. Ils nous procurent de la fierté ou de la gêne. Ils sont parfois composés de ceux qui nous sont proches et quelquefois de ces étrangers que nous croisons. Ils exhibent ainsi toute la complexité de notre vécu social. Les champs sociaux semi-autonomes doivent par conséquent être considérés comme une heuristique qui nous permet de mieux nous saisir des milieux de vie au sein desquels des normes naissent, se développent, se transforment et meurent, avec tous les incidents qui en font des sujets d'étude non pas unidimensionnels mais complexes.

2.6 *Le subjectivisme méthodologique du pluralisme juridique radical*

Il devrait maintenant apparaître assez clairement que le pluralisme juridique radical se fonde sur un subjectivisme méthodologique. Le droit n'existe que par et pour les individus. La norme affirme son existence par l'interpellation des individus et ne prend son sens que dans la régulation de leur existence. À cette fin, la norme n'exige pas que nous prenions tous part activement et consciemment à sa définition, seulement que certains d'entre nous relèvent de son domaine. Et nul besoin de s'inscrire dans une relation d'harmonie avec la norme; c'est bien souvent l'antagonisme qu'elle génère. Mais cet antagonisme souligne l'interdépendance et la nécessité de la coexistence. C'est par conséquent dans notre vécu et dans la complexité des interactions qu'il cautionne que la normativité prend forme.

Le pluralisme juridique radical n'est toutefois pas un solipsisme. La conception de la normativité qu'il prône ne se fonde pas sur un subjectivisme auto-référentiel mais plutôt sur la nécessité d'une épistémologie subjective d'un phénomène qui est interactionnel par nature. Le pluralisme juridique radical considère la norme comme un phénomène qui se fixe dans l'individu et en ce sens s'exprime à travers lui, mais qui porte sur les règles qui devraient guider ses relations avec ceux avec lesquels il interagit. C'est donc à travers le processus dialogique qui caractérise les champs sociaux semi-autonomes au sein desquels elles évoluent que ces normes prennent leur sens.

Chapitre trois

Une typologie normative

Les développements auquel a donné lieu le chapitre précédent nous ont permis de situer l'aire au sein de laquelle se déploient les normes, soit les champs sociaux semi-autonomes, et d'apporter quelques précisions sur la nature de ces milieux et des normes qui les habitent. Nous avons également pu constater qu'il était hasardeux de proposer une typologie trop formelle des champs en raison de leur caractère partiellement indéterminé. Des écueils similaires guettent toute tentative de création d'une typologie normative. Il n'en demeure qu'en gardant à l'esprit qu'un tel exercice constitue avant tout une heuristique, certaines catégorisations peuvent être avancées qui, à notre avis, aident à la compréhension de la nature du droit. En fait, leur apport consiste en la création d'idéaux-types qui facilitent la visualisation des modes d'intervention normative et qui permettent de saisir les distinctions pertinentes qui peuvent exister entre leurs mécaniques propres. À terme, cette préhension de la matière mène à une évaluation plus juste et réaliste des potentialités et limites des divers modes d'intervention normative.

La typologie qui suit est en grande partie fondée sur les travaux précurseurs qu'a produit Roderick A. Macdonald sur le sujet⁸⁰. Le présent chapitre nous donnera toutefois l'occasion d'approfondir et de nuancer la conception *autobiographique*⁸¹ du droit dont il fait la promotion et à laquelle réfère notre conception subjective de la normativité détaillée au chapitre précédent. Nous brosserons donc le portrait d'une nomographie pluraliste et radicale en nous attardant sur un nombre limité de caractéristiques formelles

⁸⁰ Voir en particulier: Roderick A. Macdonald, "Les vieilles gardes", *supra* note 68, "Normativité implicite et inférentielle", *supra* note 68, "Critical Legal Pluralism", *supra* note 68, et "What is", *supra* note 72.

⁸¹ Voir "What is", *supra* note 72, à la page 46.

et substantielles des normes qui en permettent une caractérisation utile. La grille analytique simple ainsi formée permettra de situer avec une certaine élégance la typologie normative sur laquelle nous nous fondons. L'esthétique d'une théorie doit en effet être considérée comme primordiale puisqu'elle conditionne pour une part importante la réception des idées⁸². Pour l'instant, et à la suite de Macdonald, nous postulons que la normativité peut être comprise comme se déployant sur deux axes fondamentaux.

3.1 *L'axe explicite-implicite*

Le premier axe s'étend entre deux pôles extrêmes, celui de la normativité *explicite* et celui de la normativité *implicite*. Entre ces deux pôles existe un continuum à un point duquel peut être associé toute norme selon qu'elle est mue par une logique plus ou moins explicite, ou plus ou moins implicite.

Cet axe implicite-explicite des normes ne se rapporte pas à leurs caractéristiques formelles, comme leur mode de publication ou de publicisation, mais plutôt à leurs modes de production. En ce sens, nous considérons comme explicites les normes qui découlent d'un mode de production conscient, c'est-à-dire que ceux qui y sont partie sont conscients du processus auquel ils participent et des règles qui gouvernent ce processus. Une norme est parfaitement explicite lorsque le non-dit n'intervient aucunement dans son élaboration. À ce titre, peut être considéré un exemple d'une norme explicite la représentation généralement acceptée de normes adoptées par les assemblées législatives et celles adoptées par des organismes à structure démocratique comme les syndicats. De même les normes adoptées en vertu de l'arbitraire d'un dictateur ou d'un directeur d'établissement.

⁸² Au sujet des rapports entre esthétique et droit, voir: Desmond Manderson, *Songs without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 2000.

Les observateurs voient en ce procédé un mécanisme d'adoption de normes dont ils sont conscients qu'il s'agit de la fonction pour laquelle il existe. Le caractère normatif du processus est en ce sens *explicite*. Bien entendu, pour qualifier avec justesse ces processus de purement explicites, il faut faire abstraction de la part importante de non-dit, ou d'implicite, qu'ils contiennent. C'est pourquoi nous avons traité de ces exemples comme des *représentations* possibles de ces processus.

À l'inverse, nous considérons comme implicites les normes qui ne ressortent pas d'un processus conscient d'émergence ou d'élaboration. Les normes implicites sont le produit d'un non-dit, elles représentent un savoir interactionnel latent, un *habitus*. Les processus d'émergence qui les caractérisent sont donc organiques en ce que ces normes émergent sans être accompagnées d'un acte de volonté conscient. Les exemples de normes implicites sont légions et on peut dire d'elles de manière générale qu'elles représentent la partie immergée de l'iceberg, du moins par l'importance qu'elles occupent dans nos vies. Peuvent être ainsi considérées les normes - vérifiables à leur régularité - qui guident les comportements individuels lors d'un cocktail. De même les divers types de normes qui peuvent prévaloir selon le contexte lorsqu'un groupe d'individus attend pour utiliser un service. Sont également implicites les règles de bon voisinage ou quelquefois les normes qui président à l'attribution de certains avantages dans un milieu structuré, comme par exemple les bureaux dans une faculté de droit⁸³. En somme, aucun processus explicite et conscient ne mène à l'adoption de ce type de norme.

Par ailleurs, seule une portion très congrue de ces normes pourrait être considérée comme purement implicite. Ces dernières font souvent l'objet de tentatives

⁸³ Voir: Roderick A. Macdonald, "Office Politics", (1990) 40 *University of Toronto Law Journal*, 419.

d'explicitation, comme lorsqu'on tente de codifier les règles de bonne conduite. Une telle codification peut ne pas représenter *l'état du droit* en la matière, mais il est probable qu'elle ait un impact sur la trajectoire des normes ainsi représentées. Cet impact découle cependant plus probablement de la publicité ainsi accordée à ces normes que de l'intervention directe sur leurs modes de production. Cette publicité permet à des personnes faisant partie du champ social semi-autonome pertinent de prendre conscience de l'existence et de la portée potentielle de ces normes et, par un processus réflexif, de prendre position à leur égard de sorte à participer de façon plus explicite à leur cheminement normatif. Les modes de production de ces normes deviennent ainsi, indirectement, plus explicites.

Toute norme peut en théorie être située sur ce continuum selon la mesure où elle fait appel à des modes de production explicites ou implicites. L'écrasante majorité des normes doit toutefois être localisée dans l'intervalle situé entre ces deux extrêmes en raison de la nécessaire complexité des phénomènes normatifs. En effet, des phénomènes apparaîtront purement explicites lorsque nous leur appliquerons une logique réductrice qui ne tient pas compte du non-dit dans les processus normatifs ou lorsque nous les idéalisons sous un regard borné par les oeillères d'une logique purement formelle. Inversement, les normes purement implicites devraient, en théorie, être insaisissables puisque faisant appel à des processus totalement inconscients. La prise de conscience à l'égard de telles normes qu'implique leur observation les pousse, aussi légèrement soit-il, vers l'explicite. Une compréhension complexe des processus normatifs devrait par conséquent considérer les normes comme nécessairement pétries, à des degrés fortement variables, d'implicite et d'explicite, ce qui exclue d'emblée tout concept de normativité fondé sur le contrôle rationnel pur ou sur le chaos total. Le contrôle rationnel pur est antinomique de notre humanité et le chaos total exclurait ontologiquement la possibilité

même d'un discours rationnel, fondement de toute démarche théorique.

La polarisation des phénomènes qu'autorise leur représentation sur l'axe explicite-implicite met en exergue certaines de leurs caractéristiques qui peuvent par ailleurs apparaître contredire quelques constatations formulées suite à l'analyse des champs sociaux semi-autonomes. Ainsi, l'existence du pôle explicite semble reconnaître conceptuellement l'existence de processus de construction normative hautement centralisés et fortement déterminés dans le temps qui suivent des procédures rigides et hermétiques. Rappelons premièrement que l'axe proposé est une métaphore qui permet de mieux identifier les caractéristiques propres à certaines normes, métaphore fondée sur deux idéaux-types dont l'existence demeure bien hypothétique. Ceci dit, il est vrai que certains phénomènes normatifs s'appuient principalement sur des institutions bien circonscrites, que ce soit l'autorité d'un individu ou un processus législatif hautement défini, qui semblent opérer en autarcie dans leurs procédés de production normative. La production de normes implique néanmoins un processus dialogique puisque l'intention normative est nécessairement tournée vers des individus.

Ce processus dialogique peut revêtir un caractère fort ou faible, ce qui peut d'ailleurs avoir d'importantes répercussions au niveau du type d'effectivité que démontre la norme. Il implique toutefois au minimum une interaction implicite avec les individus visés par la norme. Ainsi, la caractéristique dominante d'une institution normative ne doit pas occulter son caractère multiforme et fluctuant. De même, alors qu'une norme peut sembler déterminée dans le temps par un moment fort - la promulgation d'une bulle papale par exemple - il faut reconnaître qu'elle avait une existence antérieure et qu'elle aura une existence postérieure à son éventuelle révocation, si ce n'est que comme concept qui maintient une certaine portée normative. C'est donc du fait qu'il nous permet de

mieux apprécier l'importance relative de ces différentes mécaniques dans la production normative que l'axe implicite-explicite tire son utilité.

Ceci pose toutefois la question de la place des institutions dans l'axe proposé et, de façon plus large, dans les processus normatifs. Il faut reconnaître en premier lieu que la définition même des institutions est problématique. Nous avons tendance à reconnaître comme institution des groupements hautement structurés et formalisés qui opèrent des fonctions spécifiques. Or, les institutions se rapportent en principe à un phénomène plus large qui englobe toute forme de structure ou regroupement social sans considération pour la fonction qu'il remplit. Ainsi, tout champ social semi-autonome peut lui même être considéré comme une institution mais des institutions sous-jacentes existent souvent au sein de ces mêmes champs qui constituent un catalyseur du fait qu'elles initient les processus de production normative. Ainsi, les institutions, comme les normes, existent à différentes échelles et peuvent être comprises comme plus ou moins explicites ou plus ou moins implicites⁸⁴. La première conclusion devant être tirée est donc que des institutions sont nécessairement à l'oeuvre dans les processus de production normative mais que leur forme de même que la nature de leur intervention varie grandement.

Par ailleurs, un lien semble exister entre la normativité explicite et les institutions explicites. Pour que le processus de production normative soit immédiatement et pleinement conscient et délibéré, ne faut-il pas qu'il soit formalisé au sein d'institutions dont la mécanique est transparente et stable? Cette affinité de principe apparaît évidente mais n'est pas nécessaire. Ainsi, des normes tendant à l'explicite peuvent être produites par des institutions implicites, c'est-à-dire des institutions dont la constitution et l'élaboration ne reposent pas nécessairement sur des processus pleinement conscients. Il

⁸⁴ Voir "Les vieilles gardes", *supra* note 68, aux pages 250 à 252.

peut en être ainsi d'une ligue de garage qui met en place des processus hautement définis quant à l'élaboration des normes relatives au déroulement des parties et à la contribution de chacun sans pour autant adopter une approche délibérée quant à sa propre existence. De même pour un groupe de personnes qui décide de faire du lobbying auprès de leur élus municipaux ou qui décident de former une patrouille de quartier. Ce type d'institution tend à être moins visible parce que moins spectaculaire. Il n'en demeure que son intervention normative peut être très conséquente. En somme, la normativité explicite ne repose pas nécessairement sur des institutions explicites bien que les deux puissent souvent aller de pair. Le même commentaire vaut d'ailleurs pour le lien existant entre la normativité implicite et les institutions implicites. Le caractère explicite ou implicite des normes demeure une variable qui doit être examinée de façon indépendante. Les processus de production normative ne se résument pas à l'instrumentalisation de la volonté d'institutions aux caractéristiques bien définies.

Avant de traiter du deuxième axe de la typologie proposée, nous formulerons quelques commentaires sur un dernier paramètre qui apparaît pertinent aux modes de production normative, soit le rôle de la répartition du pouvoir au sein de la société. Tout autant que les institutions explicites semblent liées aux normes explicites, la détention du pouvoir paraît intrinsèquement liée à la capacité d'intervention normative. Apparence trompeuse s'il en est puisque le droit n'est pas nécessairement une expression du pouvoir. Il n'existe pas uniquement par l'entremise de l'imposition de la volonté ou de l'exécution forcée. La normativité est une façon d'organiser les rapports sociaux. Cette organisation peut s'articuler sous forme de rapports de domination mais elle peut également adopter des rapports de solidarité, de coordination, de détournement ou de résistance. Le pouvoir est souvent plus réparti en société qu'il n'y paraît et l'appel à son autorité n'est pas nécessaire à l'intervention normative.

Il demeure par ailleurs, que moins le pouvoir est partagé, plus le droit qui ressort de son exercice ressemble à un acte de volonté pure qui tendra à être explicite puisque fortement centralisé. Dans ce cas, les modes d'exercice de l'autorité qui mènent à l'intervention normative sont délibérés et parfaitement présents à la conscience de ceux qui y sont soumis. Ce n'est toutefois que lorsque la détention du pouvoir se fonde dans l'exercice de l'autorité par l'intervention normative que ce lien peut être observé. Dans bien des cas, les détenteurs d'un large pouvoir social, par exemple les individus très riches, exprimeront l'autorité qui en découle par un impact normatif implicite, comme par exemple dans l'idée générale que leur stature leur donne droit à des privilèges. Dans une société entraînée dans un processus constant de complexification, les sièges du pouvoir deviennent au demeurant plus difficiles à identifier et plus différenciés selon les fonctions qu'ils jouent. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que le pouvoir entretienne une relation complexe et souvent beaucoup plus subtile qu'on ne pourrait s'y attendre avec la normativité. La normativité explicite n'est pas le domaine exclusif des puissants et la normativité implicite celui des déshérités.

3.2 *L'axe formulé-inférentiel*

Le deuxième axe selon lequel nous désirons analyser les phénomènes normatifs se déploie selon une logique identique à celle discutée ci-dessus au sein du continuum compris entre les pôles *formulé* et *inférentiel*. Alors que le premier axe visait à qualifier la nature du processus de production normative, celui dont nous traiterons ci-dessous concerne les modes d'expression et de compréhension des contenus normatifs.

L'axe formulé-inférentiel vise en grande partie à permettre la qualification du degré de précision avec lequel une norme peut être connue de l'esprit. Ainsi, une norme

est formulée lorsqu'elle adopte une formulation *canonique*⁸⁵, c'est-à-dire que la substance de la règle qu'elle porte se réduit à une phraséologie précise qui est largement reprise de façon ritualisée. Les termes qui énoncent la norme formulée sont donc connaissables de façon précise.

Il en est certainement ainsi de toutes les normes qui sont écrites dans des formules ritualisées, c'est-à-dire des formules qui rendent clairement compte de l'intention prescriptive quoique, comme nous le verrons, la signification de telles norme puisse tout de même souffrir d'une certaine ambiguïté. L'exemple typique en est certainement l'intervention législative ou réglementaire étatique qui implique que le législateur ou le délégué couche par écrit, selon des modalités particulières, ce qu'il entend être des règles de conduite. Le geste implique l'identification de la norme à une formule. En sont également des exemples les normes écrites contenues dans des conventions collectives, la réglementation d'une institution sportive et le décalogue. Le caractère formulé d'une norme ne doit *pas* nécessairement être associé à l'intervention étatique.

D'autre part, même si l'écrit est spontanément associé au caractère formulé qu'ont certaines normes, celles-ci ne doivent pas nécessairement être révélées par l'écrit pour être ainsi caractérisées. Il importe seulement que leur substance soit connaissable par une formulation canonique ou rituelle. Ainsi le fait de se signer après la prière et le recours à des proverbes bien établis qui représentent des formulations coutumières. La coutume ou le rite, dans la mesure où ils peuvent être réduits à une formule précise, constituent donc des exemples de normes formulées.

À l'inverse de la norme formulée, la norme inférentielle relève du principe abstrait

⁸⁵ Selon l'image retenue par Macdonald. *Ibid.*, page 249.

qui ne peut être réduit à une formulation précise. Les injonctions qu'impliquent ce type de normes sont rebelles à la détermination dans le langage et ne peuvent être réellement comprises qu'à un niveau assez élevé d'abstraction par leur retranscription métaphorique sous forme de principes généraux. En fait, elles représentent le volet plus proprement sociologique ou anthropologique de la normativité qui est découvert par l'observation et non par référence à des énoncés institutionnalisés. Il s'agit en quelque sorte d'une forme de normativité qui n'est pas scriptée mais plutôt narrée. Ces normes sont en conséquence spontanément associées à l'absence de structures ou d'institutions formelles de même qu'au vécu interactionnel. En sont des illustrations les normes aux contours flous qui guident plusieurs des rapports inter-personnels que nous entretenons comme, par exemple, celles qui guident les règles d'utilisation de la voiture familiale et les responsabilités ménagères. De même les normes qui peuvent coordonner l'utilisation des équipements communs dans un milieu de travail ou tout simplement déterminer qui paye la tournée lorsque des amis se rencontrent.

Mais les normes inférentielles ne se limitent pas à ce type de normes. Des normes émises par des institutions fortement structurées peuvent emprunter un mode inférentiel. Il en est ainsi d'une bonne part de la jurisprudence dont les normes qu'elle fonde demeurent souvent sans formulation canonique et ne peuvent être *inférées* que par l'interprétation et la sédimentation des précédents. De même les normes qui guident les prescriptions d'un directeur de conscience dans une religion organisée ou la mise en oeuvre sélective du droit au grief par un syndicat. Il s'agit de normes floues qui sont inférées de la pratique normative. Les normes inférentielles s'expriment donc par des régularités sociales, des *habitus* ou des comportements fédérés par un principe de cohérence directeur mais non absolu. Elles se manifestent à un degré élevé d'abstraction.

Comme dans le cas des normes implicites, une difficulté d'ordre pratique - et peut-être à la limite d'ordre ontologique - peut être soulevée quant aux normes inférentielles. En effet, la possibilité même d'observer ces normes ou de reconnaître leur existence semble compromise dans la mesure où elles sont rebelles à la formulation puisque produit d'une intellectualisation implicite. Toute tentative analytique à leur égard implique leur traduction dans le langage sinon formulé du moins descriptif, ce qui pose la difficulté du respect du caractère narratif et non canonique de ces normes, et surtout la sur-simplification d'une réalité complexe. L'analyse ne peut embrasser la multiplicité des expériences qui fondent en principe ce type de normes. À un bout du spectre nous avons donc les normes formulées qui sont en bonne adéquation avec les outils usuels de compréhension et d'observation de la réalité humaine, et à l'autre bout les normes inférentielles qui sont dans leur principe rebelles à de telles observations et analyses. Cette inadéquation explique d'ailleurs en partie pourquoi les normes inférentielles ont traditionnellement été marginalisées, cooptées ou tout simplement ignorées par la théorie juridique.

En contrepartie, les normes formulées, puisqu'elles sont écrites ou susceptibles de transcription, font appel à une technique et un savoir qui en magnifient l'importance. Premièrement parce que l'écrit est universellement considéré comme une des avancées majeures de la civilisation. Ensuite parce que l'écrit possède deux caractéristiques qui ont autorisés des développements importants de la rationalité, soit la durée et la stabilité. Les écrits peuvent durer des siècles et, bien que l'interprétation des mots puisse évoluer, la formulation choisie par un auteur demeure. Enfin, en plus d'avoir permis des avancées de la pensée rationnelle, l'écrit est le médium privilégié par l'entremise duquel elle s'exprime. Ici comme ailleurs, l'herméneutique colore notre appréciation des rôles respectifs du formulé et de l'inférentiel dans la détermination du sens d'une norme. Le

regard se porte plus volontiers sur un objet mieux défini et plus réceptif à l'analyse rationnelle et surtout susceptible d'une mémoire désincarnée. C'est donc en ayant conscience de ces difficultés que nous devons considérer le rapport qui existe entre les normes formulées et les normes inférentielles.

Le caractère formulé ou inférentiel d'une norme ne tient toutefois pas seulement au moyen par lequel une norme s'exprime ou se fait connaître; il tient tout autant à la façon dont ces normes sont comprises. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement puisque l'expression du message et sa réception constituent les deux versants de l'espace communicatif. Suivant cette deuxième façon d'envisager la problématique, se situeraient à l'extrémité formulée de l'axe les normes dont la compréhension ou la réception par ceux à qui elles s'adressent ne s'effectue que par l'entremise de l'énoncé canonique de l'intention normative. Il en serait peut-être ainsi de la réglementation technique hyper-spécialisée dont la compréhension apparaît être entièrement tributaire d'un processus auto-référentiel portant sur le texte énonciatif. À l'inverse, seraient comprises comme situées à l'extrémité inférentielle les normes qui, par la sédimentation de l'expérience, en viennent à faire partie de notre bagage de connaissances implicites sur lesquelles l'esprit n'a pas apposé une formule précise mais qui modulent néanmoins ses choix. Il s'agit en quelque sorte de ces représentations et savoirs fluctuants et innomés acquis au fil de nos expériences de vie.

La conjonction de ces deux caractères du continuum formulé-inférentiel, l'expression et la réception normative, donne dès lors lieu à un modèle complexe. Ce dernier ne saurait être polarisé entre, d'une part, les normes canoniques qui seraient considérées comme purement formulées, et, d'autre part, les autres normes qui se rapprocheraient toutes plus ou moins du pôle inférentiel. La réalité de la communication

normative fait appel à une phénoménologie plus subtile.

D'un point de vue conceptuel, il est toutefois possible d'imaginer des normes se situant aux deux extrémités du spectre proposé, surtout si un regard très circonscrit est posé sur des phénomènes normatifs précis. En effet, si le champ social semi-autonome examiné est circonscrit à une forme normative limitée à un moment précis, par exemple une loi au moment de son adoption, la norme atteint un niveau d'homogénéité suffisant pour être considérée comme unidimensionnelle, soit entièrement formulée dans le cas évoqué. De la même façon, la normativité prévalant au sein d'un groupe d'amis pourrait être considérée comme parfaitement inférentielle lorsqu'observée de façon autonome. Par contre, dans la mesure où le champ est élargi, que ce soit dans le temps ou l'espace, la norme observée tend à acquérir une texture beaucoup plus riche. Ainsi, une norme contenue dans une loi peut être considérée d'un point de vue géographique comme la formulation d'un intervalle interprétatif au sein duquel sa trajectoire chemine, et d'un point de vue temporel comme une étape d'une trajectoire normative qui a probablement débuté par une norme inférentielle, qui sera probablement suivie d'amendements pour possiblement subsister comme norme formulée après sa révocation formelle. En d'autres termes, l'appréciation de la nature d'une norme dépend de la nature du regard posé sur elle; plus celui-ci est réducteur, plus elle apparaît unidimensionnelle, et *vice versa*.

Dans l'optique présentée au paragraphe précédent, les normes formulées peuvent être résumées à des normes considérées *in abstracto* en ce sens que le regard ne considère à leur égard que la formule qui consacre l'expression de l'intention normative. Le contenu normatif apparaît ici moins important que la formule normative. D'autre part, les normes inférentielles peuvent être résumées à la pratique normative, c'est-à-dire cette sédimentation des actes dont la régularité rend compte d'une intention normative. Le

contenu normatif prime ici sur la formule normative. L'un appert formel, l'autre substantiel.

Un paradoxe semble découler du fait que les normes formulées sont en principes subsumées dans la pratique, du moins dans la mesure où elles ont une existence concrète, mais que les normes inférentielles ne peuvent aucunement être rattachées à une formulation. La difficulté provient en réalité du fait que le continuum formulé-inférentiel ne se rapporte pas tant à différentes caractéristiques possibles d'un phénomène unique, mais bien à des noumènes distincts qui peuvent se rejoindre dans un phénomène complexe. Le droit formulé est une articulation de l'imaginaire normatif qui se déploie dans l'abstrait et le droit inférentiel en est une articulation qui se déploie dans le concret. Le formulé se rapporte à la formule, l'inféré à l'existence. Ainsi, s'il est vrai qu'une norme législative peut être comprise dans un principe plus général reflété par la pratique normative, il est futile de tenter de départager une pratique générale en des principes canoniques précis puisque ceci impliquerait la dissolution du sens plus général. Il n'en demeure néanmoins que les normes formulées peuvent être considérées à deux égards, c'est-à-dire dans leur *formule* et dans la pratique qu'ils suscitent, et que la connaissance des normes inférentielles est limitée à cette dernière caractéristique.

Tout ceci nous mène à la réalisation que la concrétude normative se rencontre non pas aux extrémités de ce spectre mais plutôt à l'intérieur de son déploiement où des normes participent des deux éléments de la dichotomie formulé-inférentiel. En effet, si on prend pour acquis que l'axe formulé-inférentiel se rapporte à la communication normative, et qu'il implique en conséquence la considération de l'expression normative mais également la réception normative, peu de normes peuvent maintenir de prétention à un caractère univoque. Dans l'intervalle entre d'hypothétiques normes purement

formulées ou purement inférentielles, il est donc possible de reconnaître en quoi les phénomènes normatifs sont constitués, à des degrés divers, d'une part de formulé et d'une part d'inférentiel. Ainsi on peut reconnaître dans un texte législatif une expression canonique d'intention normative. Néanmoins, la réception de cette intention fait appel à un processus complexe d'interprétation et à la conciliation avec le contenu normatif d'une multitude de champs sociaux semi-autonomes. La détermination de la trajectoire de telles normes fait donc appel en partie à un processus inférentiel. Ainsi, plus une loi est technique et plus elle se rapproche du pôle formulé, alors que plus elle se veut l'expression d'un concept général et plus elle s'en éloigne en raison de la part d'inférentiel dans la détermination de sa trajectoire.

À l'inverse, les normes découlant de la sédimentation de l'expérience impliquent presque toujours un certain appel au formulé, sauf peut-être d'hypothétiques normes purement inférentielles dont l'observation est au demeurant impossible en raison de leur nature. En effet, il est du propre de l'être humain de vouloir comprendre la nature du monde dans lequel il existe. Or, la préhension par la raison des phénomènes normatifs nécessite une formulation analytique ou du moins l'identification de leurs principaux objets. De telles démarches prennent la forme de tentatives de formulation, dans un contexte le plus souvent entièrement divorcé de la pratique juridique, de réalités normatives *a priori* comprises comme inférentielles. Ces tentatives de *formulation* des normes ne sont pas nécessairement écrites, elles peuvent résulter d'une simple discussion entre époux sur une correction à appliquer à un enfant, mais elle se résument à une tentative d'explicitation de normes sous-jacentes et souvent à une volonté de cohérence interne.

Les représentations qui ressortent de ces tentatives affectent nécessairement la

trajectoire de la norme visée puisqu'ils la soumettent à un processus interprétatif explicite. Selon que la représentation dont il est question est plus ou moins formulée, la norme s'éloigne plus ou moins du pôle inférentiel. De façon pratique, la portée d'une norme ne s'apprécie donc que par la conjonction de l'étude de l'expression de l'intention normative qu'elle porte et de la réception de cette intention et de la reformulation qui en résulte. Ainsi, des normes qui pourraient être perçues comme uniquement formulées ou inférentielles possèdent un caractère beaucoup plus complexe qui appelle à l'évaluation de l'importance relative de chacune de ces caractéristiques dans la détermination de leur trajectoire normative.

Fondamentalement, la *formulation* d'une norme, que ce soit sous une forme canonique ou narrative, ne constitue qu'une représentation de celle-ci. Elle peut certes aider à en circonscrire le sens, mais elle ne peut le déterminer sauf à adopter une approche purement formelle, démarche dont le pluralisme juridique radical se dissocie. Ce dernier postule que les normes existent dans un état de fluctuation et de dissonance et en conséquence qu'une disjonction radicale existe entre la formule et la normativité. Ceci traduit le fait que, d'une part, les processus normatifs sont dynamiques, ils constituent des processus continus de création et de re-création du sens et que, d'autre part, les normes existent au sein d'un intervalle interprétatif plus ou moins étendu qui ne fait que circonscrire leurs sens possibles. La formulation d'une norme implique nécessairement une certaine ambiguïté du sens qui ne devrait pas être rejetée comme un défaut mais plutôt reconnue comme participant de sa nature complexe. Il ne s'agit pas de nier l'impact de la formulation d'une norme sur sa trajectoire mais d'abandonner la recherche épique du sens univoque.

Il faut donc relativiser radicalement le concept de finitude en droit. En effet,

l'archétype normatif formulé apparaît s'accorder avec l'idée que les normes ont un commencement et une fin définis. Une loi est promulguée et éventuellement abrogée. Elle apparaît connaître une trajectoire définie dans le temps. Mais, même à s'en tenir à des événements formels, une certaine ambiguïté demeure puisqu'il peut être affirmé que son commencement s'opère plutôt avec son adoption ou encore avec le dépôt du projet de loi. Par opposition, l'archétype normatif inférentiel existe par l'entremise d'une sédimentation qui ne laisse pas voir le moment de son émergence ni de son achèvement. Il est possible de comparer des clichés de son évolution mais impossible de déterminer la trame exacte de ce cheminement, ce qui laisse une impression d'intemporalité.

En réalité, s'il est vrai que des normes ayant une existence formelle plus définie possèdent souvent des marqueurs qui permettent de mieux suivre leur évolution, leur principe normatif suit normalement un parcours beaucoup plus tortueux. D'une part, comme nous l'avons auparavant expliqué, ces normes vivent un processus d'émergence continu qui en redéfinit continuellement le sens. D'autre part, les normes, dans leur aspect formulé, naissent en continuité de processus normatifs préexistants, que ce soit comme tentative de formulation d'une norme inférentielle sous-jacente ou comme suite d'un processus réflexif sur l'opportunité d'une intervention normative. De même, une norme peut survivre longtemps après que la loi qui prétendait la mettre en oeuvre cesse d'avoir effet. En raison de l'interpénétration des caractéristiques formulées et inférentielles, toute norme existe dans une temporalité toute relative bien que sa formulation puisse fournir des marqueurs utiles à son analyse.

C'est donc à la reconnaissance du caractère mixte et fluctuant des normes que nous amène leur examen selon l'axe formulé-inférentiel. En fait, cette analyse nous éloigne des modèles normatifs traditionnels en avançant une conception complexe et

subjective de la normativité où celle-ci est ramenée aux phénomènes de psychologie individuelle et collective qui modulent l'action. La normativité est donc fondamentalement issue d'un processus interprétatif qui nous astreint à l'acceptation d'un certain indéterminisme. Ceci peut choquer la théorie juridique traditionnelle mais s'accorde parfaitement avec la réalité de la pratique juridique que nous évoquions dans notre avant-propos. Paradoxalement toutefois, ces mêmes axes choisis pour examiner la normativité peuvent assez bien s'accorder avec la théorie traditionnelle lorsqu'ils se déclinent sous la forme d'une grille analytique reproduisant une théorie des sources.

3.3 *Une grille analytique fondée sur les sources*

Les deux axes sur lesquels nous avons procédé à des développements dans les parties précédentes constituent l'ossature de la grille analytique complexe proposée par Macdonald⁸⁶ afin de rendre compte de tous les modes d'expression des phénomènes normatifs. Sa contribution est originale à plusieurs niveaux. Elle vise bien entendu à dépasser la vision moniste du droit mais également, ce qui est plus novateur, la vision dichotomique qu'en entretiennent traditionnellement les pluralistes. Au lieu de cantonner sa démarche dans le couple droit étatique / droit non-officiel, il préfère considérer la normativité juridique comme un seul phénomène caractérisé par "l'incertitude, la variété et le désordre"⁸⁷. Le caractère étatique ou non des normes acquiert ainsi un statut secondaire puisque la normativité ne se définit plus par référence à l'État.

Par ailleurs, Macdonald se dissocie des approches structurelle, fonctionnelle et

⁸⁶ Principalement dans "Vieilles Gardes", *ibid*, mais également dans les autres articles mentionnés à la note 68.

⁸⁷ Voir: "Vieilles gardes", *supra* note 68, à la page 245.

systemique par lesquelles des théoriciens ont tenté, par le passé, de distinguer le droit d'autres formes de régulation sociale⁸⁸. Bien qu'il suggère qu'un critère de juridicité puisse exister⁸⁹, ses conclusions laissent présager qu'une telle recherche est potentiellement vaine et probablement inutile⁹⁰ puisque la qualification de phénomènes de *juridiques* n'est qu'une façon d'appréhender la réalité, le droit étant une métaphore par laquelle il est possible d'explorer les liens qui nous unissent⁹¹. En somme, si une multiplicité de phénomènes participent à notre auto-définition, ces mêmes phénomènes ont une nature multiple qui en interdit la qualification unilatérale. Macdonald préfère donc une "théorie dynamique de la normativité juridique"⁹² qui pourrait être qualifiée de néo-processuelle en ce qu'il examine les processus normatifs sans leur assigner de finalité ou formes définies et surtout sans les astreindre à un critère de cohérence. Cette normativité fluctuante et dissonante ne se veut toutefois pas radicalement divorcée de l'imaginaire juridique traditionnel puisqu'elle débouche sur la reconnaissance de quatre idéaux-types normatifs qui reproduisent des catégories que les juristes peuvent reconnaître.

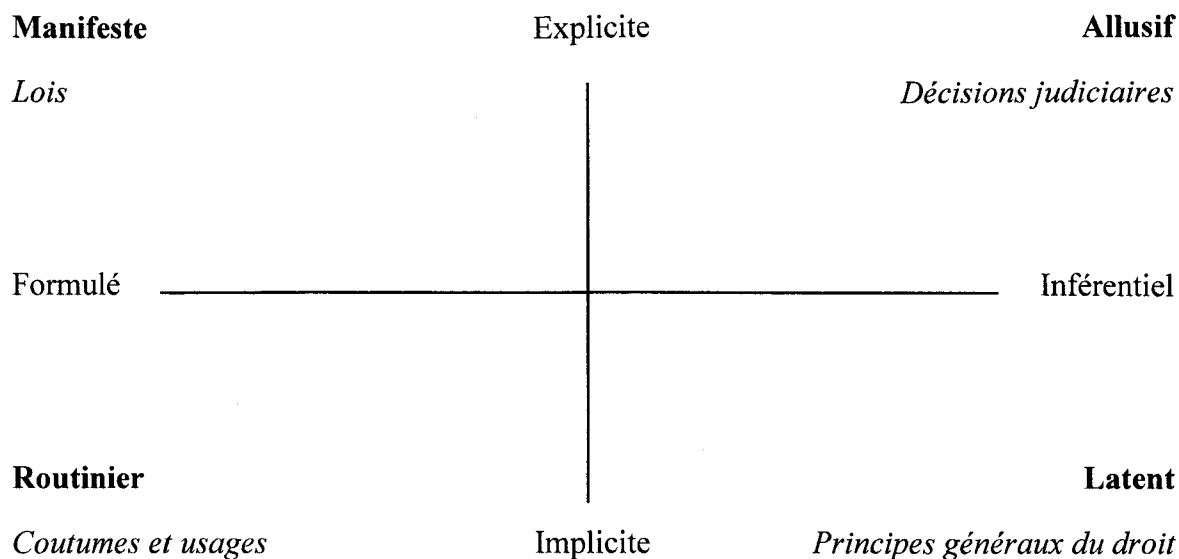
⁸⁸ *Ibid.*, à la page 244.

⁸⁹ "De plus, en identifiant certains caractères communs à ces divers types d'institutions normatives, l'allégorie a aussi pour but d'évoquer l'existence d'une caractéristique, qui reste encore à préciser, permettant de différencier la normativité juridique d'autres types d'activités normatives tels que le politique, l'économique et le social.", *ibid.*, à la page 243.

⁹⁰ "Les typologies qui touchent à la 'théorie politique', aux 'théories psychiques', à la 'professionnalisation' des ordres normatifs et aux structures d'application et de sanctions constituent autant de milieux fondamentaux de normativité. Il s'ensuit qu'un modèle complet de normativité juridique comprendrait l'analyse de ces milieux et d'autres milieux non énumérés." "(...) en tant que mode d'appréhension, la normativité juridique n'a pas de frontières nettes.", *ibid.*, respectivement aux pages 256 et 261. Nous traiterons assez longuement de la possibilité de définir des critères de juridicité à la partie 6.3.

⁹¹ "[...] la normativité juridique est davantage un moyen d'apprécier les interactions sociales qu'une réalité structurelle ou fonctionnelle; le politique, le social et l'économique sont autant de moyens concurrents." *Ibid.*, à la page 261.

⁹² *Ibid.*, à la page 259.



Les quatre normes fondamentales représentées par ce graphe constituent les quatre archétypes normatifs. La normativité manifeste est à la fois explicite et formulée. Elle comprend donc nécessairement les lois et règlements auxquels la théorie juridique traditionnelle accorde la prééminence. Elle comprend néanmoins tout aussi bien les spécifications techniques d'un produit décrétées par une société que les règlements d'un syndicat ou une bulle papale.

La normativité allusive est quant à elle explicite et inférentielle. L'archétype en théorie juridique en est la jurisprudence, par l'entremise de la règle du précédent, mais cette catégorie inclue également la doctrine. Elle s'étend de la même façon aux politiques générales d'une entreprise découlant de la pratique ou des décisions antérieures, aux règles de correction suivies par un professeur expérimenté et aux règles de tolérance respectées par les policiers dans certaines régions et circonstances.

La normativité routinière est implicite et formulée. La coutume et les usages en sont les expressions traditionnelles au sein de la pratique juridique. Sont néanmoins également routiniers des commandements moraux inscrits dans un langage partagé, ou les règles inscrites dans une pratique déterminée et acceptée comme de regarder des deux côtés avant de traverser la rue ou de céder sa place à une personne âgée.

Enfin, la normativité latente est implicite et inférentielle. En théorie juridique traditionnelle elle se manifesterait entre autres sous forme de principes généraux et dans la notion d'ordre public. Mais le principe de la normativité latente englobe également les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale au sein d'une cellule familiale, celles présidant à l'étiquette ou aux comportements en société dans la mesure où elles ne trouvent pas de formulation canonique ou rituelle, à la socialisation et aux relations amoureuses au sein d'une entreprise, ou encore aux limites que nous reconnaissons de façon générale à l'utilisation de nos biens.

Il est intéressant de noter que la grille reprend des archétypes normatifs traditionnellement reconnus mais qu'elle y accole des normativités alternatives que l'on considère souvent comme ontologiquement distinctes. Par la reconnaissance de la nature partagée de ces normativités, la grille analytique proposée constitue en réalité un astucieux outil didactique. En départageant divers types de normes selon leurs modes de production et de communication, le modèle rend compte des phénomènes qui sont généralement acceptés comme juridiques, tout en imposant au juriste une relecture radicale de la compréhension qu'il peut en avoir. Il permet de saisir l'attention du juriste par une conception moins éthérée de la théorie pluraliste pour ensuite le confronter à la caractérisation complexe que cette dernière impose des phénomènes juridiques. La grille reproduit une typologie soutenue par une certaine théorie des sources tout en la libérant

de la compréhension hiérarchique qui la caractérise. En définissant cependant les normes non pas en fonction de leurs sources mais plutôt de certains de leur processus, la typologie proposée met en évidence ce qui identifie de façon concrète ces normes à d'autres formes d'expression normative. L'ouverture du modèle autorise de ce fait une étude plus globale de la normativité.

Le caractère fluctuant du modèle en est cependant sa caractéristique la plus importante. La typologie suggérée produit quatre idéaux types qui n'ont qu'une valeur heuristique et non descriptive. Les manifestations concrètes de la normativité ne peuvent être circonscrites aux quatre extrémités du graphe mais se situent plutôt à des points très variables sur celui-ci. Une analyse fine révèle qu'elles partagent simultanément plusieurs éléments de la nature de ces idéaux-types de sorte qu'elles se situent à des points intermédiaires sur le graphe. Ces points permettent de représenter visuellement le degré de proximité que démontrent ces phénomènes normatifs avec les idéaux-types. Les phénomènes normatifs concrets ne sont pas des manifestations pures.

D'autre part, les phénomènes normatifs s'inscrivent dans une trajectoire. Ainsi, si on peut se prononcer sur leur nature à un moment donné, cette évaluation ne vaut pas nécessairement pour le long terme. Les normes ont une double trajectoire. La trajectoire qui retrace l'évolution de leur contenu normatif dont nous avons discuté ci-dessus, et la trajectoire qui retrace l'évolution de leur nature. Quant à ce deuxième aspect, les normes n'ont donc pas un caractère figé. Ainsi, pour donner un exemple prosaïque, une coutume peut devenir loi et des décisions judiciaires peuvent éventuellement renaître sous forme de principes généraux du droit. Ces évolutions de la nature des normes ne se reconnaissent toutefois généralement pas à leur radicalité, comme celles évoqués ci-dessus, mais à de subtils déplacements. Une norme près du pôle explicite et formulé se

déplace un peu plus vers le pôle implicite et inférentiel avec son absorption dans l'imaginaire collectif. Sa nature, tout comme son sens d'ailleurs, est affectée par son intégration dans les habitudes de vie. Le sens et la nature des normes sont des processus évolutifs.

3.4 *Quelques variables supplémentaires*

D'autres variables auraient certes pu être retenues pour procéder à la réalisation de cette typologie normative. D'un point de vue processuel, si la production et la communication des phénomènes normatifs étaient pertinentes, leur mise en oeuvre ou leur effectivité auraient pu apporter une dimension supplémentaire, la profondeur, à la grille analytique. De même, le lien entre les phénomènes d'émergence normative et leurs modes de production aurait pu être approfondi à même la grille. Une typologie des pouvoirs sociaux aurait pu éclairer plus avant la nature des phénomènes normatifs. De façon générale, les institutions normatives, les procédures et méthodologies et les processus de légitimation des normes auraient pu constituer autant de dimensions supplémentaires sur lesquelles la typologie aurait pu s'appuyer. Enfin, le rôle des présupposés philosophiques, politiques, économiques ou psychosociaux constituent autant de dimensions additionnelles utiles à la compréhension des phénomènes normatifs.

Mais tous ces aspects n'avaient pas à être intégrés à une grille analytique dont l'objet est de permettre d'appréhender la complexité normative. Ils constituent des dimensions supplémentaires qui peuvent mieux être assimilées à titre de variables indépendantes dont l'effet et la pertinence sont analysés en regard du schème de base puisqu'à la différence des caractéristiques propres à production et à la communication des normes, elles ne permettent pas de distinguer utilement celles-ci de manière à les

catégoriser sous forme d'idéaux-types normatifs. Elles nous permettent plutôt, dans l'analyse de normes particulières, de focaliser sur certains de leurs aspects et d'ainsi approfondir notre compréhension des mécaniques qui les animent. Tenter par leur entremise de démultiplier les dimensions qu'implique la grille analytique proposée obscurcirait plus qu'il n'améliorerait son potentiel heuristique.

Il semble en effet assez évident qu'une tentative d'intégration simultanée de toutes ces variables serait, pour deux raisons principales, futile. Premièrement, ces variables, et d'autres variables possibles que nous n'avons pas recensées comme par exemple la démographie, ne sont pas toutes de mêmes nature et impliquent en conséquence des démarches analytiques et des appréciations distinctes. Un schème analytique les regroupant toutes impliquerait des recoupements, des redondances et des incompatibilités. Deuxièmement, même si la précision du modèle augmente généralement avec le nombre de variables considérées, son utilité décroît normalement en proportion puisqu'il devient de plus en plus difficile de procéder aux ajustements réciproques qu'implique l'étude des répercussions d'une variable sur les autres. La pertinence de chacune vient se noyer dans le tout de sorte que le portrait global devient hermétique. De façon utile, nous ne pouvons étudier simultanément qu'un nombre limité de variable⁹³. Ces divers autres aspects des phénomènes normatifs n'en demeurent pas moins pertinents au modèle que nous proposons, et c'est pourquoi nous traiterons rapidement de chacun d'entre eux dans les prochains paragraphes.

⁹³ Voir à ce sujet le concept de polycentricité développé par Michael Polanyi dans: *The logic of liberty*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998, originalement publié en 1951, surtout aux pages 207 ss.

3.4.1 L'effectivité

L'effectivité⁹⁴ des normes est, des variables supplémentaires proposées, celle dont la nature s'apparente le plus aux deux variables qui fondent la grille analytique, soit la production et la communication normatives. Il s'agit d'un troisième volet fondamental des processus normatifs. Il ne faut toutefois pas comprendre ces trois volets comme une trame chronologique, production, communication et effectivité, mais plutôt comme trois sphères générales dans lesquelles on reconnaît l'existence des normes. Et cette existence ne dépend pas d'une mécanique linéaire, la construction du sens étant un processus continu qui se manifeste dans chacun de ces trois aspects et dans leur entrelacement. On obtient ainsi un tissu normatif dense et complexe.

Malgré cette parenté, il n'était pas utile d'incorporer cette troisième variable à la grille analytique proposée. L'effectivité des normes se rapporte aux répercussions de leur existence. Ainsi, l'effectivité se préoccupe nécessairement de la mise en oeuvre des normes, de leur exécution, mais ne se limite pas à ce seul aspect. Elle comprend toutes les conséquences volontaires ou involontaires qui découlent de leur seule existence. Pour reprendre un vocabulaire d'analyse économique du droit, elle s'intéresse autant aux effets pervers d'efforts régulateurs qu'à leurs réussites. Il s'agit d'envisager l'étude de toute modification à la trame sociale qui résulte de l'introduction ou de l'évolution d'une norme.

Une première difficulté relative à l'effectivité aurait été la définition de l'axe servant à en mesurer les caractéristiques. De quel point à quel point se serait-il déployé?

⁹⁴ Nous entendons cette expression dans le sens que lui donne Guy Rocher dans: "L'effectivité du droit", dans A. Lajoie, R.A. Macdonald, R. Janda et G. Rocher, éd., *Théories et émergence du droit: Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998, à la page 133.

Il nous semble qu'il n'aurait pu, tout au plus, que mesurer la conformité des effets d'une norme avec les attentes qu'elle suscite, une extrémité du spectre révélant une parfaite conformité, l'autre un antagonisme absolu. Un axe ainsi déterminé aurait toutefois été inapproprié à au moins trois niveaux.

Dans un premier temps, il n'aurait pas reflété l'effectivité de la norme sous analyse mais bien son efficacité, c'est-à-dire la réussite dans l'atteinte des objectifs qui lui étaient assignés. Or, une norme peut être entièrement efficace - par exemple une norme imposant la quarantaine d'animaux contaminés par une épizootie peut être parfaitement respectée - mais ce sont les conséquences qui découlent de sa mise en place et l'importance de celles-ci qui nous renseignent sur sa véritable portée normative. Ces conséquences englobent normalement un ensemble de circonstances dépassant de beaucoup les conséquences désirées et pourraient inclure, dans l'exemple présenté ci-dessus, une dévalorisation de certains modes de production agricole ou de la consommation de certains produits. Cet axe n'aurait donc pas été suffisamment large pour rendre compte de l'effectivité de la norme.

À un deuxième niveau, l'axe proposé aurait également été déficient puisque la mesure de l'efficacité normative implique nécessairement la détermination de l'intention normative. Or, la détermination de l'intention normative est une pratique déjà périlleuse quant aux normes manifestes qui devient carrément invraisemblable dans le cas de normes latentes puisque ces dernières, par nature, se dissocient de tout déterminisme. Devant l'impossibilité de déterminer avec quelque mesure de certitude que ce soit l'intention normative à laquelle serait comparée la résultante de l'application de la norme, l'axe proposé ne saurait servir à mesurer quoi que ce soit.

L'axe proposé sous-entend enfin qu'il existe une chronologie de la production normative. Or l'existence d'une telle chronologie ne peut être vraisemblablement soutenue que quant aux seules normes manifestes dont le caractère dialectique, partagé entre l'intention normative et l'application des normes, est plus solidement établi. Quant aux normes routinières, allusives et latentes, elles sont justement caractérisées par le brouillage des frontières entre l'idéation et la pratique. L'idée même de la comparaison des deux états devient dès lors absurde.

La difficulté évoquée ci-dessus découle paradoxalement du fait que c'est essentiellement par leur effectivité que les normes latentes et, dans une mesure décroissante les normes allusives et routinières, se reconnaissent. C'est par l'observation des régularités sociales qui dénotent la présence de normativités sous-jacentes qu'on prend conscience de leur existence. D'ailleurs, même pour les normes manifestes, leur effectivité joue un rôle central dans la reconnaissance de leur nature. C'est donc que l'étude de l'effectivité de ces normes est déjà sous-entendue par l'étude de leur production et de leur communication. Il est vrai que les deux axes de la grille analytique ne rendent pas directement compte de l'effectivité des phénomènes normatifs étudiés puisqu'ils n'offrent qu'un bien pâle éclairage sur toutes les conséquences qu'entraînent leur existence. Il n'est toutefois pas évident que l'étude de l'effectivité trouve toute sa pertinence au niveau de la création d'une typologie. Si elle permet accessoirement de rendre compte de l'existence de normes aux caractéristiques formelles effacées, c'est au niveau du potentiel de l'intervention normative qu'elle prend toute son envergure. Elle nous enseigne que toute norme peut avoir une effectivité variée et que ces différentes effectivités peuvent être plus ou moins prononcées selon le cas. Il s'agit donc d'un outil descriptif important mais également d'un outil prescriptif en ce que l'étude de l'effectivité peut nous ramener à des attentes plus réalistes, surtout quant à l'intervention normative

manifeste.

3.4.2 Le pouvoir

Le rôle du pouvoir à l'égard de la normativité et plus particulièrement de la production normative est une question centrale qui est d'ailleurs liée à celle de l'effectivité par l'entremise de la question de l'exécution forcée. Il s'agit toutefois d'une question dont la pertinence dépasse largement la seule création d'une typologie normative, d'autant plus que le pouvoir comme composante de l'action normative ne peut être défini selon un axe unique. Le pouvoir se manifeste selon une typologie à tout le moins aussi complexe que la normativité à proprement parler. Certaines de ses manifestations aident certes à expliquer des configurations normatives particulières - comme par exemple le fait que la centralisation du pouvoir accompagne souvent les phénomènes normatifs explicites - mais, comme pour l'effectivité, son arrimage à la grille analytique proposée ne permettrait pas de clarifier la typologie qu'elle sous-entend. C'est pourquoi nous avons choisi d'intégrer notre traitement de la question du rôle de la répartition des pouvoirs au sein de la société dans les mécaniques normatives tout au long de la présente thèse. Mentionnons toutefois que nous considérons que la maîtrise des processus d'émergence normative n'est pas nécessairement liée à la détention du pouvoir. Le rôle du pouvoir dans les processus normatifs est souvent beaucoup plus subtil et aléatoire.

3.4.3 Certaines autres variables

Une logique analogue s'applique aux institutions, procédures et méthodologies,

processus de légitimation et mécaniques de mise en oeuvre⁹⁵ propres aux diverses formes d'expression normative. En fait, Macdonald les traite comme des objets indépendants qui peuvent, tout comme la normativité à proprement parler, être analysés à travers la grille analytique proposée. Il les traite donc comme des phénomènes à part entière et non comme des variables⁹⁶. Une telle analyse révèle que ces phénomènes s'articulent également sous forme manifeste, allusive, routinière et latente et que, tout comme pour les normes, leurs expressions latentes, allusives et routinières sont trop souvent éclipsées par leurs expressions manifestes.

Si elle révèle des parentés entre ces phénomènes, cette application de la grille analytique n'implique cependant pas de correspondance absolue entre leurs articulations. Ainsi, des institutions allusives peuvent donner lieu à des normes manifestes et des processus de légitimation latents peuvent soutenir des procédures et méthodologies routinières. Macdonald parle plutôt de relations de fluctuance et de dissonance. Pour lui, les ordres normatifs ne sont pas caractérisés par leur cohérence structurelle mais constituent plutôt une "mêlée normative"⁹⁷. Le désordre interne et externe est central à cette dernière notion, de sorte que les phénomènes normatifs peuvent être envisagés comme des processus continus de création du sens caractérisés par une certaine anarchie. L'intérêt des institutions, procédures et méthodologies, processus de légitimation et mécanismes de mise en oeuvre ne se rapporte donc pas aux potentielles dimensions supplémentaires qu'ils pourraient ajouter à une typologie des normes, mais plutôt aux

⁹⁵ Les quatre premières variables ont déjà été examinés par Macdonald dans "Les vieilles Gardes", *supra*, note 68. L'ajout de la cinquième variable nous apparaît quant à elle justifiée par sa parenté avec les quatre premières. Nous en explorerons certains aspects ci-dessous, à la note 99 et au texte correspondant.

⁹⁶ *Ibid*, aux pages 250 à 258.

⁹⁷ *Ibid*, aux pages 258 et 259.

relations qu'elles entretiennent avec les phénomènes normatifs en général et avec les archétypes particuliers sous lesquels ils peuvent être représentés.

3.4.4 Le métacontexte

Quant aux présupposés philosophiques, politiques, économiques ou psychosociaux, nous considérons qu'ils constituent le métacontexte dans lequel s'élaborent les constructions théoriques. Ils ne constituent que des prismes qui forment ou déforment les faits bruts pour les rendre intelligibles. Ce faisant, ils peuvent éclairer ou occulter certains de leurs aspects ou des relations qui les unissent. Nous avons déjà expliqué que le droit n'était qu'une façon de comprendre le tissu complexe de relations qui constitue la trame sociale. De même, les présupposés théoriques qui animent nos propres réflexions nous permettent de considérer plus amplement le caractère relatif et indéterminé des modes d'intervention normatifs en autorisant l'observation de phénomènes trop souvent rejetés comme extrinsèques au droit. Ces présupposés existent et colorent nécessairement notre discours; il doit en conséquence en être tenu compte dans l'appréciation de celui-ci. C'est en définitive pourquoi nous nous sommes attardés au chapitre précédent à rendre transparent le cadre théorique qui fonde nos observations en l'explicitant le plus possible.

À la base, la grille analytique proposée est et demeure une heuristique dont les grandes qualités sont la simplicité et l'ouverture qu'elle cautionne à l'égard des phénomènes normatifs. Ce faisant, elle met en évidence le fait que des phénomènes apparemment distincts partagent en réalité plusieurs caractéristiques, mais qu'ils sont également définis par la dissonance et la fluctuation. La grille analytique ne prétend toutefois pas résumer toute la phénoménologie normative, loin s'en faut. Ainsi, les autres

caractéristiques de ces phénomènes ne doivent pas être envisagées comme des axes supplémentaires de la grille analytique proposée mais plutôt comme des dimensions additionnelles de la normativité qui méritent leurs propres développements. Compte tenu de la complexité de chacune de ces facettes des phénomènes normatifs, ce ne sera toutefois que sur certaines de ces caractéristiques que la présente thèse portera plus particulièrement son attention dans la prochaine partie.

3.5 *Quelques considérations supplémentaires relatives à la typologie proposée*

Malgré le caractère fluctuant et dissonant des phénomènes normatifs, quelques rapports généraux se dessinent entre certaines de leurs caractéristiques et de leurs articulations. Ces rapports prennent la forme d'affinités, de sympathies, de discordances ou d'antagonismes. Ces rapports, sans être absolus, révèlent dans certains cas une inclinaison naturelle qui peut nous renseigner sur la nature des phénomènes qu'ils caractérisent et sur leur potentialité. Il en est ainsi des rapports entre les phénomènes normatifs et les caractéristiques qui suivent.

3.5.1 *Le formalisme*

Un des plus importants de ces rapports est sans doute celui qu'entretient l'écrit avec les phénomènes normatifs. Nous avons déjà traité rapidement de l'impact de l'apparition de l'écrit sur le développement de la pensée⁹⁸ et, par suite, du droit. Nous voulons maintenant traiter d'un autre aspect du droit qu'évoque l'écrit, soit son rapport avec le formalisme. La retranscription de la pensée, puisqu'elle en précise la substance, est indissociable du formalisme. Il est vrai qu'elle n'en détermine ou n'en fixe pas

⁹⁸ Voir *supra*, partie 3.2.

entièrement la substance dans la mesure où l'interprétation continue à jouer et à faire progresser la trajectoire de l'écrit. Il demeure cependant que l'idée passe du noumène au phénomène lorsqu'elle acquiert une certaine tangibilité. La même conversion opère d'ailleurs lorsque des principes sont incarnés dans des objets par l'entremise de la représentation, comme par exemple lorsque des peuplades de tradition orale créent des représentations picturales ou des symboles architecturaux ou statuaire, à l'exception près que l'intervalle interprétatif subsistant dans ces cas demeure probablement plus étendu. Dans un cas comme dans l'autre, la norme a-t-elle besoin de cette tangibilité pour exister?

L'accent traditionnellement mis sur les caractéristiques formelles de la normativité étatique par la théorie juridique pourrait nous le faire croire. Mais c'est plutôt pour des raisons assez diversifiées que le formalisme s'est vu attribuer ce premier rôle. D'une part, et surtout s'il implique l'écrit, le formalisme facilite la précision du contenu normatif et sa longévité, procédant ainsi au rétrécissement de l'intervalle interprétatif de la norme dans l'espace et dans le temps. Il en facilite également la transmission par une certaine ritualisation qui lui donne un statut.

Il s'agit là de la véritable utilité du formalisme. Ce dernier permet surtout de stabiliser les représentations de la répartition des pouvoirs prévalant au sein d'un groupe ou d'une société par l'entremise du contrôle de la légitimité normative. Certaines personnes sont habilitées à édicter des normes selon des conditions formelles établies dont, dans certains cas, d'autre sont habilités à contrôler le respect. Le formalisme permet de créer un statut pour la norme, mais également par ricochet pour la personne qui se voit autorisée à la manier. Le formalisme pérennise ainsi des représentations des relations de pouvoir et des dynamiques de partage de celui-ci. Il ne s'agit toutefois que de représentations puisque, comme la grille analytique le suggère, le pouvoir s'exprime au

sein d'une société tout autant par des courants visibles que des courants souterrains.

Comme le formalisme appartient lui-même au monde de la représentation, il est surtout présent du côté plus visible de la normativité; il se concentre vers son pôle manifeste. En contrepartie, l'absence de formalisme se retrouve dans la pénombre normative, il se concentre vers son pôle latent. Plus les normes relèvent, de par leur caractère, des phénomènes latents, plus elles sont rebelles à l'observation directe parce qu'elles ne possèdent que peu ou aucune caractéristique formelle à la fois au niveau de leurs modes de production et de communication. C'est indirectement que ces normes peuvent se reconnaître, surtout par la sédimentation de la pratique. Elles ont donc fondamentalement une existence substantielle alors que les normes manifestes sont premièrement caractérisées par leur existence formelle. De cette compréhension des formes normatives découle une autre représentation de la grille analytique proposée qui oppose ses pôles manifeste et latent et souligne la proximité qui existe entre ses pôles allusif et routinier:

Dominance du formalisme ----- Absence de formalisme

Allusif
Explicite et inférentiel

Manifeste
Explicite et formulé

Latent
Implicite et inférentiel

Routinier
Implicite et formulé

Demeure la question de l'impact de l'exacerbation du formalisme sur le caractère substantiel des normes. À notre avis, le formalisme n'affecte qu'indirectement le

caractère substantiel des normes par l'impact qu'il peut avoir sur certains de leurs attributs, dont leur visibilité. En particulier, toute emphase sur les aspects formels des normes met en relief la préhensibilité qu'elles peuvent présenter. Elles deviennent des objets susceptibles de manipulation. En contrepartie, l'emphase dont fait l'objet cet aspect des normes éveille les prétentions instrumentales. Dans ces circonstances, les normes deviennent un objet et un enjeu du pouvoir, à la fois comme symbole de la possession de ce dernier et comme vecteur de son expression. La compréhension du potentiel normatif s'en trouve souvent grandement affectée. Il demeure néanmoins que cette exacerbation du formalisme implique une surévaluation du potentiel instrumental des normes. Ces dernières existent dans l'image que s'en font les individus - le fait qu'ils reconnaissent à une injonction particulière le statut de norme - mais elles existent également, et d'une façon importante, dans la pratique qui se développe à leur égard. Or, l'aspect formel des normes est secondaire quant aux trajectoires qu'elles empruntent. Elles ne doivent leur existence à aucun formalisme et ce dernier peut affecter mais ne détermine pas leur réception. Qu'elles soient formellement circonscrites ou non, les normes font l'objet de diverses stratégies par ceux qui s'y trouvent confrontés, stratégies qui passent de l'entière soumission à la confrontation violente. Le formalisme est donc une des facettes des normes dont l'observation fonde certaines constatations sur leurs configurations et potentiels, mais il ne conditionne pas la reconnaissance de leur existence.

3.5.2 Affinités et caractérisations

D'autre part, nous avons déjà expliqué que les phénomènes normatifs s'expriment à travers leurs articulations, soit les normes elles-mêmes bien entendu, mais également les institutions, les procédures et méthodologies, les processus de légitimation et les mécanismes de mise en oeuvre. Nous avons également vu que toutes ces facettes des

phénomènes normatifs peuvent être abordés à l'aide de la grille analytique proposée, de sorte qu'il s'en trouve des manifestes, des allusives, des routinières et des latentes⁹⁹. Il est indéniable que des affinités existent entre ces articulations des phénomènes normatifs selon leur forme. Ainsi, les différentes facettes de mêmes processus normatifs empruntent souvent les mêmes formes. À une norme manifeste correspondent souvent des institutions, des procédures et méthodologies, des processus de légitimation et des mécanismes de mise en oeuvre manifestes. À l'inverse, ces facettes sont souvent allusives pour des normes allusives, routinières pour des normes routinières et latentes pour des normes latentes. Il ne s'agit toutefois que d'une tendance générale dont la prévalence est probablement surévaluée en raison de l'association qui est généralement opérée entre le droit et la cohérence systémique. Ces correspondances sont soulignées en particulier quant aux normes manifestes et aux normes latentes qui sont plus différenciées que ne le sont les normes allusives et routinières.

Il apparaît par exemple tomber sous l'entendement que les normes manifestes se

⁹⁹ Quant à la mise en oeuvre ou l'exécution des normes, les archétypes correspondant aux pôles de la grille analytique proposée sont plus difficiles à établir. Nous proposerions néanmoins la typologie suivante à titre exploratoire:

<i>Maintien du rapport au groupe</i> (l'acte est visé)	-----	<i>Bris du rapport au groupe</i> (la personne est visée)
	<i>Allusive</i>	
	Perte de privilèges	
<i>Manifeste</i> Sanctions formelles		<i>Latente</i> Exclusion ou évitement social
	<i>Routinière</i> Opprobre social	

développent au sein d'institutions manifestes¹⁰⁰, tout comme les normes latentes se développent au sein d'institutions latentes. L'insuffisance de l'affirmation apparaît toutefois rapidement si l'on considère par hypothèse que des débats au sein d'une institution manifeste, par exemple une assemblée législative, peuvent contribuer à l'émergence d'une normativité latente, par exemple une norme de tolérance sociale à l'égard de la pornographie. Inversement, une institution latente, par exemple le groupe des infirmières âgées au sein d'un service d'urgence, peut être la cause d'une norme manifeste, par exemple l'obligation d'appeler le service de sécurité lorsque se présente un narcomane en état de manque. Ces exemples démontrent que l'institution manifeste ou latente peut être la cause de l'émergence de normes qui relèvent d'une autre caractérisation.

Les normes prennent le plus souvent leur existence au sein d'institutions correspondantes mais doivent tout aussi souvent leur existence à des phénomènes qui appartiennent à des domaines qui pourraient être considérés comme antinomiques. Lorsqu'une correspondance s'établit entre les divers aspects par lesquels une norme peut être appréhendée, celle-ci résulte souvent de la parenté nécessaire avec un type d'institution particulier. Les institutions savent en effet assez bien mobiliser les formes dans lesquelles elles se reconnaissent mais elles demeurent généralement dépourvues face aux formes qui leur sont étrangères. Ceci est particulièrement vrai des institutions manifestes qui ne savent mobiliser des outils latents, et des institutions latentes qui ne

¹⁰⁰ Nous reproduisons ici les exemples d'application de la typologie proposée par Macdonald ("Vieilles gardes", *supra* note 68, page 252) quant aux institutions afin de faciliter la compréhension des paragraphes qui suivent:

Manifeste
Législatures

Allusive
Communautés religieuses

Routinière
Associations volontaires

Latente
Personnes d'expérience

savent mobiliser des outils manifestes.

Les institutions manifestes, qui sont fondamentalement réflexives en raison de leur caractère explicite et formulé, ne peuvent concevoir leur action que comme volitive; elles ne sauraient mobiliser, par exemple, la normativité latente puisque cette dernière, par définition, ne peut transmettre une volonté singulière, que ce soit dans sa production ou sa communication. Si elles le font néanmoins quelquefois, c'est *involontairement*. Quant aux institutions latentes, elles ne sauraient bien entendu canaliser une norme au point d'en canoniser les termes et d'en rendre explicites les modes de production. Ces institutions seraient alors passées de latentes à manifestes. La même logique s'applique quant aux autres aspects par lesquels une norme peut être appréhendée - soit les procédures et méthodologies - et aux modes de légitimation et de mise en oeuvre, quoique de façon moins catégorique, surtout dans ce dernier cas.

L'indéterminisme de la normativité latente complique d'autant toute tentative d'exploration des liens qui peuvent l'unir avec ces divers aspects par lesquels sont appréhendées les normes. Son caractère implicite et inférentiel la prive des caractéristiques formelles qui facilitent l'identification des phénomènes manifestes. La reconnaissance des phénomènes latents se déduit de l'observation de leurs manifestations secondaires, dont l'effectivité des normes qu'elles fondent. En fait, ces phénomènes découlent de processus organiques en ce sens qu'ils émergent du corps entier, par sédimentation, sans que les mécaniques productrices puissent être clairement identifiées. Ce sont par définition des processus diffus et surtout soustraits aux prétentions volitives. Ainsi, les liens qui unissent une norme latente et des modes de légitimation allusifs ou des institutions routinières pourront être plus faciles à théoriser qu'à observer concrètement. Reste que cet obstacle n'est pas insurmontable, surtout avec les ressources

de l'anthropologie et de la sociologie contemporaine.

3.5.3 *La communication normative*

Ceci pose la question de la publicité normative ou du mode de connaissance des normes. Nous avons déjà discuté assez longuement de la question dans un contexte général et quant à la question des conditions requises pour que l'existence d'une norme puisse être reconnue¹⁰¹. Nous aimerions maintenant ajouter quelques commentaires sur la relation entre les institutions normatives et la publicité des normes. Un des rôles majeurs des institutions normatives apparaît être, *a priori*, la publicisation des normes dont elles sont responsables. Cette publicisation contribue en contrepartie à asseoir la légitimité et l'autorité de l'institution concernée. Il s'agit d'une mécanique universelle par laquelle la légitimité et l'autorité d'une institution doit premièrement s'appuyer sur la reconnaissance du rôle de cette dernière. La publicité permet d'atteindre cet objectif, tout autant pour la vente de produits de consommation que pour la consolidation d'une institution normative. C'est sur la base de cette reconnaissance que s'élaborent ensuite les liens complexes de sujétion ou d'opposition qui lient des individus à ces institutions. Mais plus la notoriété d'une institution est importante, plus elle tend à emporter une autorité forte qui favorise la reconnaissance de sa légitimité. En d'autres termes, on peut ne pas aimer une institution dominante, que ce soit l'appareil gouvernemental ou Microsoft, on ne peut pour autant l'ignorer.

La description qui précède reflète assez bien la mécanique propre aux institutions explicites et formulées, soit les institutions manifestes, mais assez mal les institutions latentes qui sont implicites et inférentielles. Ceci découle de la nature respective de ces

¹⁰¹ Voir *supra*, partie 2.5.1.

institutions. Les institutions manifestes sont élaborées à partir d'une procédure constitutive explicite, par exemple les procédures de formation d'un gouvernement ou de nomination des instances directrices d'une société par actions. Leur caractère formulé reflète encore plus emphatiquement cette préoccupation quant à leur autorité puisqu'il indique que leur objet est normatif. Ces institutions existent aux fins de créer des normes à l'égard desquelles elles revendiquent une autonomie et quelquefois une exclusivité. Les institutions manifestes sont donc des constructions issues d'un acte volitif et motivées par une intention normative, ce qui implique leur affirmation ou, à défaut, leur disparition à titre d'institution manifeste. Elles recherchent activement à affirmer leur autorité et à asseoir leur légitimité.

À l'inverse, les institutions latentes prennent forme de façon spontanée ou naturelle en fonction d'affinités et non d'intentions manifestes: elles sont implicites. Leur structure est donc imprécise et fluctuante. Tout comme leur constitution n'est pas animée d'une intention spécifique, elles ne sont pas habitées de visées normatives spécifiques: elles sont inférentielles. Leur impact normatif est un sous-produit du fait de leur existence. Comme nous l'avons vu dans le cadre de la précédente partie, en raison même de leurs caractéristiques, il est d'ailleurs difficile d'imaginer qu'elles puissent produire des normes manifestes. Elles ne revendiquent pas d'autorité ou de légitimité particulière; ces dernières leur viennent d'elles-mêmes à travers la reconnaissance individuelle ou collective.

On peut donc affirmer que les institutions manifestes recherchent activement à imposer leur autorité et leur légitimité alors que ces caractéristiques s'attachent naturellement aux institutions latentes qui n'en ont pas besoin pour justifier leur existence. En raison de leurs caractéristiques, les institutions manifestes se préoccupent

spécialement de la publicité des normes manifestes qu'elles émettent - elles sont publiées, diffusées et présumées connues et reconnues - mais elles ne peuvent se préoccuper des normes latentes dont elles pourraient être la source. À l'inverse, les institutions latentes sont détachées de la question de la publicité de leurs normes, particulièrement lorsque ces dernières ne sont pas l'expression de volontés singulières mais plutôt d'injonctions diffuses et générales.

Il demeure que les normes produites par les institutions latentes font l'objet d'une diffusion qui est souvent très large, à la mesure de leur influence. Comme ce type d'institution écarte d'emblée toute prétention instrumentale, comment expliquer leur impact? La réponse réside dans un aspect de l'ontologie normative, soit la nature de ses modes opératoires. À la base, le droit se définit par des phénomènes de psychologie individuelle et collective. Des individus perçoivent des postulats sur les modes de conduite comme normatifs, c'est-à-dire comme formulant une règle qui devrait être suivie. Une collectivité peut par ailleurs comprendre de la même façon des injonctions de sorte qu'elle se sent justifiée d'en imposer le respect, que ce soit directement ou indirectement. Cette compréhension des postulats s'appuie quant à elle sur un ensemble complexe de mécanisme de légitimation dont nous traiterons longuement à la partie 6.3. C'est par l'effet de leur présence et de leurs actions et non par suite d'une expression volitive que les institutions latentes acquièrent cette légitimation qui se transforme en notoriété qui assure ensuite la diffusion ou la publicité des normes dont elles sont la source. C'est donc essentiellement par des processus spontanés mais souvent redoutablement efficaces que ces normes se diffusent.

À mi-chemin entre ces deux extrêmes se situent les institutions routinières et allusives. Ces dernières ne revendiquent pas nécessairement une autorité ou une

légitimité exclusive dans un domaine, mais l'intention normative n'est pas absente de leur préoccupations. Par ailleurs, elles posent souvent des gestes pour affirmer et publiciser cette intention, mais des phénomènes spontanés président également à leur impact normatif. La plus grande recherche de légitimité des institutions allusives est compensée par la plus grande recherche d'impact normatif des institutions routinières. Ces deux types d'institutions peuvent donc se révéler préoccupées par la publicisation de leurs normes, mais on peut croire que de tels efforts ne deviennent pas une préoccupation centrale pour elles. De la même façon, une certaine part de légitimité leur vient sans qu'ils ne la revendiquent dans la mesure où leurs membres se reconnaissent en elles. En définitive toutefois, il faut rappeler que ce plan d'ensemble ne demeure qu'une schématisation effectuée à l'aide d'idéaux-types; la pratique se veut caractérisée par l'interpénétration de ces modèles et, *a priori*, l'absence de pureté phénoménologique. Elle peut donc se révéler beaucoup plus nuancée et complexe.

3.6 *Une conception autobiographique du droit*

Ceci nous amène à conclure sur la question de la conception autobiographique du droit que nous évoquions en introduction au présent chapitre. Cette conception métaphorique vise à souligner le fait que notre compréhension du phénomène-droit ne se développe qu'à la lecture des événements qui ponctuent notre trame de vie. Notre compréhension de la normativité reflète ainsi notre compréhension de notre propre histoire. Ce caractère réflexif de la démarche cognitive annonce la centralité de la psychologie individuelle aux phénomènes normatifs.

Au premier regard, une progression linéaire semblerait exister de la normativité manifeste vers la normativité latente en passant par les normativités allusive et routinière

quant à l'importance de l'internalisation dans leur émergence. Cette internalisation refléterait les caractéristiques réflexives relatives à la psychologie individuelle. Ainsi, les normes latentes seraient entièrement redevables à des phénomènes de psychologie individuelle tandis que les normes manifestes seraient divorcés de ces phénomènes. Ces dernières découleraient de processus formels et objectifs. Il s'agit bien entendu d'une conception erronée qui révèle néanmoins une dichotomie persistante qui habite les phénomènes normatifs: le partage entre leurs aspects internes et leur aspects externes.

Toute norme a pour objet, à un niveau ou à un autre, la régulation des comportements humains. L'être humain doit donc être le point de départ méthodologique de toute analyse de l'effectivité normative. Ce type d'étude concerne en premier lieu les raisons pour agir, les motivations qui animent l'individu. Dans un contexte normatif, ceci correspond aux raisons pour lesquelles un individu se sent lié et à ses réactions face à ce qu'il perçoit comme des règles. La construction de la normativité est en ce sens un double processus d'interprétation subjective, premièrement quant à la reconnaissance et à la qualification d'injonctions comme normatives, et ensuite quant à l'interprétation de la portée concrète de ces injonctions. Soit dit en passant qu'on imagine bien qu'il ne doit pas nécessairement s'agir d'un processus conscient. En fait, vu la somme considérable de décisions que nous prenons chaque jour et dans lesquelles des processus normatifs sont susceptibles d'intervenir, dans la majorité des cas ces processus sont inconscients. Cet aspect des normes relève néanmoins de la psychologie individuelle même si, rappelons le, l'activité normative vise nos relations avec les autres. L'interprétation de la portée normative est logée au sein de l'individu mais la norme se déploie dans l'inter-relation. Cet aspect interne des phénomènes normatifs se rapporte tout autant aux normes manifestes qu'aux normes allusives.

L'aspect externe des phénomènes normatifs se rapporte à leurs dimensions qui dépassent l'individu. Il s'agit à la base de processus psychologiques collectifs qui mènent à l'imposition de règles de conduite perçues comme normatives. Ce deuxième aspect est difficile à nier mais, comme nous l'avons expliqué ci-dessus¹⁰², il n'est pas aussi prééminent que la théorie juridique contemporaine ne le laisse croire. L'individu peut être soumis à une norme qu'il interprète différemment de ceux qui la lui imposent ou même qu'il ne reconnaît pas comme telle. Cette imposition reflète des phénomènes collectifs d'interprétation et d'application des normes puisque nul, à l'exception possible de Dieu, ne peut seul imposer sa loi ni même, et c'est là notre prétention, la construire par lui-même. C'est collectivement qu'a lieu cette construction et reconstruction des relations de pouvoir au sein des sociétés qui fonde l'aspect externe des phénomènes normatifs dans lequel est situé le potentiel répressif du droit.

Une autre façon de qualifier cette situation est de considérer que le sens normatif se construit au sein d'un processus dialogique qui allie des aspects relevant de la psychologie individuelle et des aspects relevant de la psychologie collective. La normativité est construite dans et par des interactions sociales au sein desquelles les interprétations individuelles des contenus normatifs sont confrontés les unes aux autres. Ce sont ces confrontations qui alimentent les phénomènes collectifs de légitimation qui, par un retour des choses, peuvent ensuite s'imposer aux individus. La prise au sérieux d'une théorie psychologique de la normativité implique donc la reconnaissance du fait que les institutions ne sont pas radicalement distinctes des justiciables puisque les lieux de production normative nous habitent tout autant qu'ils s'imposent à nous. En somme, la

¹⁰² Voir *supra*, partie 2.5.1.

normativité fait tout autant appel aux ressources de notre potentiel créatif qu'à notre capacité de sujétion. En ce sens, c'est notre propre histoire que nous racontons à travers elle.

Chapitre quatre

L'instrumentalisme et le droit

Le point de vue juridique est une des façons de concevoir et de comprendre les actions individuelles et collectives. Il s'agit d'un filtre à travers lequel nous pouvons répondre à un besoin qui caractérise l'esprit humain, soit de tenter de donner du sens à notre univers en interprétant nos actions. *A priori* ni meilleur ni pire que d'autres modes de compréhension, il jette toutefois un éclairage particulier, que nous développons dans la présente thèse, sur la nature de l'être humain et des rapports qu'il entretient avec ses pairs. Cette nature est multiple, complexe et souvent contradictoire et ces rapports sont pour une part importants contraints par une normativité qui possède ces mêmes caractéristiques. Et c'est dans le cadre de la théorie du pluralisme juridique radical que nous développons cette métaphore de l'expérience humaine.

À l'image de tout mode de compréhension, le juridique est toutefois un filtre multiforme qui peut lui-même être appréhendé sous une multitude d'abords. Deux de ces facettes par lesquelles on peut tenter de comprendre les phénomènes juridiques sont l'instrumentalisme et le symbolisme. Nous explorerons dans le présent chapitre le rapport qu'entretient le premier de ces deux modes opératoires avec les phénomènes normatifs en tenant compte de l'éclairage général qu'en donne le pluralisme juridique radical. Cet éclairage se veut bien entendu descriptif, mais également prospectif. Ainsi, nous analyserons les raisons de l'influence exagérée qu'en est venue à avoir la conception instrumentale sur l'intervention normative pour proposer une compréhension plus raisonnée de son potentiel. En contrepartie, nous explorerons dans le prochain chapitre les fondements de la sous-pondération du potentiel symbolique de l'intervention normative et les raisons pour lesquelles ce dernier justifie plus adéquatement le désir

d'agir sur notre milieu.

Car c'est l'inscription volitive, le désir d'agir sur les comportements, qui lie ces deux facettes par lesquelles on peut saisir le juridique. L'instrumentalisme sous-entend un désir d'orienter ou de contrôler directement les comportements humains alors que le symbolisme décrit un mécanisme à travers lequel on infléchit les mentalités de sorte à influencer les comportements. L'un comme l'autre peuvent donc être compris comme des outils pour imprimer à des ensembles sociaux des comportements désirés. L'instrumentalisme et le symbolisme s'inscrivent ainsi dans une représentation assez traditionnelle de la normativité.

Or, nous devons rappeler que la typologie normative que nous avons proposé au chapitre précédent ne se veut pas ainsi limitée. Les phénomènes de régulation des comportements dont nous rendons compte à travers notre analyse de la normativité ne se veulent pas le reflet de structures de pouvoir verticales où une autorité centralisée diffuse les règles de conduite. Bien au contraire, le modèle que nous développons propose comme une de ses caractéristiques principales que la normativité est un processus continu de construction du sens et qu'il est en conséquence difficile de rattacher des normes précises à des institutions particulières. En fait, une grande partie de la normativité ne peut être reliée à des institutions formelles pas plus qu'elle ne peut faire l'objet d'un contrôle individuel puisqu'elle est le produit diffus d'un construit social.

Ce que nous désirons toutefois reconnaître et explorer dans le présent et dans le prochain chapitre, c'est que le désir d'intervention fait partie de la nature humaine et qu'il est par conséquent normal qu'il cherche à se manifester dans l'activité normative. En raison du rapport à la nature qui nous a vraisemblablement toujours habité et que nous

avons spectaculairement développé par l'entremise de la culture, les êtres humains ont une propension à vouloir maîtriser et diriger leur milieu. L'environnement terrestre a bien entendu permis notre émergence comme espèce et la poursuite de notre existence sociale, mais il a également constitué un milieu hostile qui recelait des dangers constants à la survie individuelle et collective. Afin de faciliter notre existence ou assurer notre survie, il devait être maîtrisé, ou à tout le moins circonscrit dans ses capacités destructrices. Avec l'avènement de la culture et de la technologie, l'humain a compris qu'il pouvait transformer son environnement et même le dominer à plusieurs égards. Les religions organisées, et plus particulièrement le christianisme, ont ensuite inscrit ce potentiel comme un devoir humain. D'un facteur hostile, l'environnement est ainsi devenu un outil pour le développement.

De façon prévisible, cette tendance à vouloir imprimer notre volonté au domaine naturel s'est répercutée sur le domaine social. C'est sous cette impulsion que se sont développées les tentatives de plus en plus perfectionnées de contrôler à grande échelle les comportements humains qui ont mené au droit étatique actuel. Ces tentatives apparaissaient justifiées par les succès que nous avons enregistré dans le contrôle de notre environnement physique mais elles nous apprirent en réalité que ces résultats ne pouvaient être automatiquement transposés dans le domaine social. Nous verrons que des limites très réelles devraient freiner ces élans d'optimisme et qu'il est improbable qu'un contrôle social vraiment efficace puisse être obtenu par l'entremise de la normativité manifeste, du moins dans le contexte actuel. Il est d'ailleurs préférable qu'une telle capacité de contrôle de notre prochain se révèle une chimère puisqu'autrement elle mènerait à l'oblitération probable du libre arbitre et, avec lui, de notre capacité d'épanouissement et de notre inventivité. Si l'être humain a toujours démontré une propension au contrôle de son milieu, il s'est également révélé rebelle aux tentatives de

contrôle de sa personne.

La tendance à instrumentaliser notre environnement, qu'il soit physique ou social, fait toutefois partie de la nature humaine. Ainsi, c'est probablement à tort qu'on y associe une connotation négative. Ce désir d'agir sur notre environnement constitue même une des forces vives qui animent notre âme. Il représente la volonté de changer ce qui nous apparaît injuste ou inadéquat, de ne pas nous contenter de la situation qui nous est donnée, de tenter de dépasser nos limites. Le jugement qui peut ensuite être posé sur ces interventions ne doit donc pas colorer la légitimité du phénomène. C'est par conséquent une caractéristique axiologiquement neutre que nous examinerons dans le présent chapitre, soit l'aspect instrumental des phénomènes normatifs.

Ceci pose la question préalable du rôle et des modes d'influence de la normativité. Quant à son rôle, nous avons déjà expliqué qu'il consistait en gros à préserver une certaine cohésion sociale assurant le maintien de la vie commune¹⁰³. Ceci ne se traduit pas par l'imposition de volontés singulières mais plutôt par la mise en place de paramètres communs qui mènent à une certaine prévisibilité des attentes sociales et une facilitation des rapports inter-personnels. Une des voies que cette construction normative emprunte est la normativité manifeste mais, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, ceci ne saurait constituer que la portion congrue du domaine normatif. Ce rôle que nous reconnaissons à la norme s'articule de multiples autres façons.

Par ailleurs, les modes d'influence de la normativité nous apparaissent se concentrer dans la dialectique composée de l'instrumentalisme et du symbolisme. L'impact des phénomènes normatifs est certes beaucoup plus large, nous y reviendrons au

¹⁰³ Voir supra, partie 2.3.

dernier chapitre, mais les modes par lesquels la normativité répercute l'inscription volitive peuvent être utilement subsumés sous ces deux pôles qui permettent de rendre compte des modes directs et indirects d'inscription volitive. Ces modes d'influence ou modes opératoires ne sont toutefois pas propres aux phénomènes juridiques; ils sont des construits théoriques qui peuvent être utilisés pour rendre compte des déclinaisons particulières d'une multitude d'autres phénomènes humains. Par exemple, les phénomènes religieux, philosophiques, économiques ou moraux peuvent être analysés selon ces deux modes d'appréhension. En fait, l'instrumentalisme et le symbolisme ne constituent que deux façons de voir ou d'appréhender le phénomène juridique; ils ne décrivent pas le phénomène lui-même. La réalité des phénomènes juridiques n'est ni entièrement instrumentale, ni entièrement symbolique. Plus encore, cette qualification d'instrumentale ou de symbolique ne peut découler que de l'appréciation subjective des circonstances entourant un phénomène juridique concret qui pourrait lui-même potentiellement être compris comme un phénomène économique, politique, religieux, ou autre. Tous ces construits théoriques ne constituent en définitive que des heuristiques qui nous permettent de mieux rendre compte des motivations complexes qui nous animent et qui fondent notre interprétation de nos interactions sociales.

4.1 L'instrumentalisme

L'instrumentalisme décrit un état de faits et d'esprit. Il s'agit de la tentative de transformation de l'objet étudié en un outil pour l'action. Cet objet peut être une théorie ou un fait social. L'impact de son instrumentalisation découle du fait qu'il cesse d'être neutre pour être tourné vers une fin particulière. L'instrumentalisation ne se déploie donc qu'en présence d'acteurs qui impriment cette fin à l'objet étudié. Ceci sous-entend que ces acteurs entretiennent une appréciation particulière des potentialités d'un phénomène qui le

transforme dans leur esprit en un outil de mise en oeuvre de leurs visées. L'objet dont il est question cesse donc en pratique d'être une fin en soi pour devenir un moyen d'atteindre d'autres objectifs. L'instrumentalisation représente la résultante de ce processus, un état de fait, tout en évoquant l'appréciation subjective qui en constitue le fondement, un état d'esprit.

On peut ainsi instrumentaliser la plupart des grands secteurs d'activité humaine. Par exemple la politique, la religion, les mouvements sociaux et toutes les activités qui regroupent les masses. De façon plus précise, une religion peut par exemple être instrumentalisée lorsque des individus utilisent la ferveur religieuse pour asseoir leur pouvoir personnel ou pour obtenir des avantages pécuniaires. De même lorsque la politique devient un outil d'accumulation de privilèges plutôt qu'un forum au sein duquel sont débattues les orientations nécessaires à la promotion du bien social.

L'instrumentalisme implique une forme de détournement de l'objet social concerné. On utilise un objet dont les potentialités sont *a priori* neutres à des fins qui, elles, sont bien définies. Cette idée d'utilisation ou de détournement suppose une manipulation à laquelle on associe une connotation négative. Celle-ci n'est toutefois pas justifiée puisque toute théorie et tout fait social peuvent être compris comme des outils, des instruments pour l'action. Ils sont ensuite utilisés à des fins sur lesquelles un jugement peut être porté. Il demeure que certaines utilisations des faits sociaux pourront apparaître moins facilement justifiables en raison de leur éloignement de l'ontologie du fait concerné. Ainsi, l'utilisation de la religion pour contrôler les populations semble injustifiée au regard de son objet premier qui devrait être de structurer les rapports avec la ou les divinités. Cette utilisation de la religion peut par ailleurs trouver son fondement dans les préceptes d'une religion particulière pour laquelle Dieu aurait révélé sa volonté

d'une société ordonnée et hiérarchisée pour ses sujets. Ainsi, l'appréciation de la légitimité de l'impulsion donnée aux faits sociaux ou aux théories dépend du point de vue adopté à leur égard.

De façon plus large encore, toute activité humaine peut être comprise en des termes instrumentaux, c'est-à-dire comme un moyen tourné vers un but. Il est de la nature humaine d'utiliser les connaissances que nous acquérons à des fins qui nous sont communiquées ou que nous établissons nous-mêmes. Or, toute forme d'activité humaine recèle un savoir qui peut ainsi être dirigé vers un objet immédiat ou ultime. On peut presque toujours, à tout le moins à un niveau inconscient, attribuer une intention à nos actions. Dès que l'intention guide l'action, on peut donc par conséquent concevoir une situation comme instrumentale. Dans cette optique, à peu près tous nos gestes individuels ou collectifs pourraient être analysés à l'aune de l'instrumentalisme.

Mais la conception de l'instrumentalisme que nous désirons explorer dans la présente partie est plus circonscrite. Il s'agit de l'instrumentalisme comme tentative de transcription dans le concret d'une intention ou d'une volonté singulière par l'entremise d'une théorie ou d'un fait social. L'idée de volonté singulière se rapporte à une intention manifeste et univoque, définie de façon individuelle ou collective. Dans ce dernier cas, l'intention dont il est question doit faire l'objet d'un accord qui permette de la définir de façon précise. Ainsi, dans cette optique, on ne pourrait définir en des termes instrumentaux les actions d'une foule de manifestants qui, bien que partageant peu ou prou un idéal commun, sont animés par des motivations souvent divergentes; ils n'agissent pas *comme un seul homme*. L'intention ou la volonté doit en ce sens être manifeste afin de pouvoir faire l'objet d'une tentative de retranscription qui doit, elle aussi, être manifeste.

L'instrumentalisme se fonde sur un processus d'explicitation et de formulation des intentions. Comme on tente d'utiliser un moyen au service d'une fin, cette dernière doit premièrement être circonscrite. Dans ce contexte, les processus donnant lieu à l'élaboration de l'intention sont donc généralement fortement explicites afin d'en assurer l'unité, et cette intention fait l'objet d'une formulation d'ordinaire assez précise pour restreindre son intervalle interprétatif. Il s'agit en ce sens d'une vision univoque qui fait ensuite l'objet d'une tentative de retranscription dans la réalité sociale. Cette retranscription emprunte les vecteurs que lui offrent ou que semblent lui offrir les théories ou les faits sociaux concernés. Par exemple, puisque la théorie psychologique implique que le renforcement positif amène une adhésion subconsciente, les publicitaires utilisent ce moyen pour tenter de conditionner le public afin qu'il préfère certains produits. De la même manière, comme la religion porte sur les rapports à la divinité et organise ainsi une partie de la vie sociale, les élites ont souvent tenté d'asseoir leur domination sur la justification divine de leur statut.

Il est utile de déplacer le regard plus avant pour mieux comprendre le phénomène que nous analysons. Comme l'instrumentalisme transforme une théorie ou un fait social en un moyen dirigé vers une fin, il implique une tentative de contrôle de la réalité dans laquelle nous évoluons. On tente d'amener l'existence d'un état de faits souhaité. Or, le contrôle implique la prévisibilité des résultats. Ce que cette prétention au contrôle sous-tend, c'est donc que le monde concret se déploie selon des mécaniques constantes définies par des paramètres qu'il est possible de manipuler. Et c'est par la manipulation de ces paramètres que les fins désirées peuvent être atteintes. En fait, il s'agirait d'une croyance en la transcendance des théories qui ferait en sorte que les faits se conformeraient à leurs préceptes. Ceci suppose une vision très mécanique de notre univers.

Ainsi, l'instrumentalisme sert en quelque sorte à transformer des moyens d'action en mode de prédiction de leurs résultats. La théorie devient un instrument qui permet de prédire les observations futures et non seulement expliquer ou donner un sens à une activité humaine. On transforme cette activité en outil pour façonner la réalité sociale. Ceci suppose une maîtrise des éléments qui confond la prédiction avec le contrôle de leurs desseins. Dans cette optique, la valeur d'un fait social ou d'une théorie tient dans son caractère indicatif d'une réalité possible. On prend pour acquis que l'atteinte de cette réalité tient à la bonne utilisation des mécaniques que la théorie recèle. Plus encore, la compréhension de ses mécaniques impliquerait la maîtrise des effets qu'elle est censée produire.

L'instrumentalisme constitue par conséquent une profession de foi, une expression de confiance en la possibilité de modeler la réalité matérielle, et surtout sociale, dans laquelle nous évoluons. Comme toute profession de foi, elle tend ainsi à voiler le regard de ses adhérents de sorte à les pousser à surestimer la conformité de cette réalité avec les attentes qu'ils formulent à son égard. C'est bien entendu ce qui explique l'aveuglement que nous pouvons entretenir quant à nos tentatives d'infléchir le monde concret afin qu'il reflète les fins que nous lui assignons. Il en fut ainsi de la longévité remarquable des dénégations des pays communistes à l'égard de leurs échecs sociaux et économiques¹⁰⁴, mais également de l'aveuglement que persistent à démontrer des institutions comme la Banque Mondiale et le Fond Monétaire International quant à l'inadéquation fondamentale de leurs programmes d'ajustement structurels.

¹⁰⁴ Les commentaires de Michael Polanyi à l'égard de la contradiction interne qui animait la vision à la fois sceptique et idéaliste du potentiel de la science propre au dogme communiste offre un éclairage percutant sur les limites à l'explicitation des savoirs dont on voudrait qu'il justifie l'instrumentalisme. Voir: Michael Polanyi, *The tacit dimension*, Garden City, Doubleday & Company, Anchor Books, 1967, particulièrement aux pages 55 à 63.

Ces interprétations fallacieuses de faits rebelles aux théories ne découlent pas nécessairement de la *mauvaise foi* des intervenants mais, ce qui est plus troublant, de l'aveuglement que la *foi*, leur croyance au potentiel instrumental des théories, leur inculque. Il demeure que, comme nous l'avons déjà observé, les faits sociaux sont rarement univoques. Les interprétations multiples auxquels ils ouvrent la porte autorisent initialement des lectures des événements qui tiennent de la supputation. Leur défaut réside dans le fait qu'avec l'écoulement du temps et l'accumulation des preuves contraires, ces supputations se transforment en invraisemblances ou en fabulations que plus rien ne justifie. Il devient toutefois difficile d'abandonner les principes que nous avons érigé en certitudes et qui fondent souvent une grande partie de nos structures de pensée. C'est probablement ce qui explique que la croyance au potentiel instrumental de théories et de faits sociaux particuliers persiste longtemps après que la résistance du monde concret en ait justifié l'abandon. Cet aveuglement sur-valorise le potentiel instrumental des théories et des faits sociaux.

Il est important de comprendre ici que nous n'affirmons pas que des théories ou des faits sociaux ne peuvent pas révéler un potentiel instrumental dans certaines circonstances précises ou que l'intervention humaine est sans effet sur le monde concret. Nous soutenons au contraire que nous modelons constamment notre environnement à la fois physique et humain. En définitive, nous avançons toutefois que les gestes que nous posons, même ceux que nous posons en conformité avec ces prétentions instrumentales, ont nécessairement des répercussions multiples dont certaines peuvent s'orienter dans le sens désiré mais dont plusieurs autres suivent des trajectoires imprévues. En fait, moins l'environnement dans lequel ces tentatives instrumentales sont menées est contrôlé, c'est-à-dire que moins cet environnement ressemble à celui d'un laboratoire, moins fortes sont les probabilités de reproductibilité des résultats et donc d'atteinte des fins désirées. Ce

sont par conséquent souvent des formes bien involontaires que nous donnons à notre univers.

4.2 *Instrumentalisme et modernité*

Le développement du phénomène de l'instrumentalisme tel que nous le comprenons aujourd'hui est étroitement relié à l'émergence du large mouvement que l'on subsume sous le concept de modernité. L'ensemble des développements que l'on résume ainsi ont, entre autres, façonné une nouvelle manière pour l'homme de concevoir ses rapports avec l'environnement qui repose en grande partie sur l'actualisation d'un désir de puissance. Les développements techniques et théoriques qui ont suivi le moyen-âge et qui se sont accélérés à l'aube de l'ère industrielle, parce qu'ils autorisaient un déploiement et un impact plus grand de l'activité humaine sur l'environnement, ont crédibilisé la prétention de l'être humain à dominer ce dernier. En fait, on a procédé d'un raccourci logique entre cette démultiplication de la capacité d'intervention et la faculté d'en contrôler toutes les conséquences.

L'histoire de l'instrumentalisme est par ailleurs imbriquée dans celle qui a marqué l'avènement des sciences modernes. L'émergence de ces dernières a permis de croire en un environnement régi par des principes premiers rationnels et susceptibles de découverte. L'univers serait déterminé et à la portée de l'intellect. Ces idées d'ordre, de régularité, de structure et de linéarité, qui s'opposent à des concepts post-modernes comme ceux de chaos et de fractals, imposent une rationalité cartésienne à l'univers. Cette rationalité reposerait sur des lois comprises comme immuables qui permettraient de comprendre et donc d'expliquer les choses, mais également de projeter sur elles un regard prospectif qui autoriserait la prédiction de leurs configurations futures. Plus avant, ces

développements devaient nécessairement mener à la montée en puissance d'une rationalité instrumentale qui cautionne la compréhension de ces avancées théoriques comme des moyens au service de nos fins.

Ces développements modernes de l'entendement portent premièrement sur l'environnement physique. La science pure a initialement permis de percer une partie des mystères de ce dernier et le développement des techniques et des sciences appliquées a autorisé un certain transfert des savoirs ainsi développés vers le monde concret. Les mystères de l'âme et des comportements humains devaient jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle continuer d'être explorée par les moyens propres à la philosophie, mais déjà la science ouvrait la possibilité pour l'homme, tel Dieu, de modeler son monde à son image. La rationalisation de la nature a permis de croire en sa domestication. Elle a également permis, ce qui est plus important, de croire au progrès, à l'évolution vers des niveaux supérieurs de connaissance et d'existence. En effet, s'il était donné à l'homme d'ainsi intervenir sur son environnement, c'était pour l'améliorer, le mieux plier à ses besoins et désirs. Ainsi, la condition humaine pourrait être rehaussée au bénéfice de toute l'humanité.

Cette vision était doublement rassurante. D'une part, cette croyance en la pente ascendante du progrès permettait de croire que les ratés dont pourrait souffrir la théorie ne constituaient que des accidents de parcours qui seraient corrigés avec les développements futurs. D'autre part, l'existence même de cette faculté humaine d'évoluer dans sa connaissance et sa maîtrise de l'environnement tendait à confirmer le rôle premier qui revenait à l'être humain dans l'univers, que cet honneur lui revienne de son ontologie ou d'une attribution divine. Toute tentative de soumission de l'environnement s'en est trouvée justifiée.

Ces idées ont circulé. Elles ne se sont pas limitées à des sphères pré-déterminées. Ainsi, la philosophie, et de façon plus précise la philosophie politique, s'est largement inspirée de ces théories, de même qu'elle a largement contribué à leur émergence. Cette transformation de la philosophie s'illustre par la transformation du concept de droit naturel. Dorénavant, le rôle de l'être humain n'était plus défini par son ontologie naturelle ou divine, mais plutôt par sa nature rationnelle. En effet, si la rationalité s'exprime dans notre univers physique, à plus forte raison doit-elle constituer une composante centrale de notre nature. Cette nature nécessairement partagée par tous justifiait par suite l'adoption d'un mode de gouvernance fondé sur la rationalité¹⁰⁵. C'était l'impulsion qui justifia le triomphe du mouvement des lumières et les révolutions française et américaine, mais également la révolution anglaise.

Le caractère partagé de la rationalité fonda également l'universalisation des principes d'égalité et de liberté individuelle. C'est cette mouvance générale, en grande partie fondée comme nous l'avons vu sur une rationalité instrumentale, qui instaura les conditions nécessaires à une extension importante du rôle de l'instrumentalisme dans les rapports sociaux. L'amélioration de la société devait nécessairement résider dans son évolution qui ne saurait avoir lieu que par son administration rationnelle. Pour ce faire, les comportements irrationnels, c'est-à-dire tous ceux qui ne tendent pas vers cette évolution, devaient être infléchis par les moyens qu'offraient les théories et les faits sociaux. L'autre n'était pas tant une fin en soi qu'un élément qui devrait être intégré dans l'ordre des choses.

¹⁰⁵ Voir: Auguste Comte, *Auguste Comte and Positivism, the Essential Writings*, sous la direction de Gertrud Lenzer, Chicago, University of Chicago Press, 1983, et Benjamin Constant, *Political Writings*, traduit par Biancamaria Fontana, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

L'individualisme et plus encore l'atomisme, qui caractérisent notre époque et qui constituent des dégénérescences des principes d'égalité et surtout de liberté, sont les autres alliés naturels de l'instrumentalisme puisqu'ils retirent la composante morale des rapports humains. Ceci génère une micro-instrumentalisation des rapports humains en ce sens que dépouillé de sa valeur intrinsèque l'autre peut plus facilement être utilisé comme un moyen tourné vers une fin. La généralisation de ces pratiques rend ensuite tolérable ce que les principes premiers pourraient interdire de sorte à créer un *habitus* instrumental.

Ceci facilite en retour un macro-instrumentalisme, c'est-à-dire une tentative de contrôle de collectivités par l'instrumentalisation de théories ou de faits sociaux. D'une part l'atomisme nous détourne d'une préoccupation pour le sort d'autrui, et d'autre part l'*habitus* instrumental justifie *a priori* ce type d'intervention. Ceci renforce par conséquent la propension à reporter sur autrui la responsabilité de créer un ordonnancement social propice à l'épanouissement individuel et donc la poursuite d'une conception relativement narcissique de l'existence. Ce désenchantement du monde fonde l'instrumentalisation de la société en faisant perdre son importance à ce qui nous est extérieur et en autorisant le recours aux moyens les plus simples et efficaces pour parvenir à nos fins. Comme nous le verrons ci-dessous, tous ces facteurs tendent à justifier les techniques instrumentales utilisées par l'État dans nos sociétés modernes, de même que le caractère apparemment incontournable que ce dernier s'y est approprié.

Avant de procéder à la description du rapport qu'entretiennent l'instrumentalisme et l'État moderne et plus particulièrement du rôle du droit étatique dans ce rapport, nous voudrions ajouter quelques commentaires sur la connotation assez négative que notre description de l'instrumentalisme peut suggérer. Cette connotation négative est fort probablement dans l'air du temps, en ce sens qu'elle reflète un rejet des cul-de-sac

environnementaux et sociaux dans lesquels nos sociétés semblent s'enfoncer. Nous avons perdu notre foi dans le caractère inéluctable du progrès en raison du doute qui s'est emparé de la société post-moderne face à des problèmes qu'un optimisme scientifique ne réussit à conjurer.

Il n'empêche que l'instrumentalisme est un phénomène dont la prévalence actuelle découle d'une conjoncture particulière mais qui demeure *a priori* neutre en soi. De tout temps, les êtres humains ont probablement agi de façon instrumentale en ce sens que le savoir a toujours été utilisé comme un outil pour l'action. L'instrumentalisme ne devient néfaste que du fait qu'il voile notre perception d'une part en surestimant notre capacité de contrôle sur notre environnement et, d'autre part, en déshumanisant nos rapports avec nos prochains. Il occulte ainsi l'existence d'autres façons de concevoir ces modes d'intervention et la nature des relations humaines. De même, l'emprise actuelle d'un scientisme qui carbure à l'instrumentalisme ne doit pas seulement s'expliquer par des visées machiavéliques. Dans bien des cas, l'instrumentalisme a été l'occasion de tentative d'amélioration de la société et a été guidée par des idéaux fondamentalement altruistes. Le désir d'agir sur la société ne doit pas être conçu comme une chose mauvaise en soi. Seule la condescendance qu'implique la tentative de prise en charge d'autrui est problématique. Ainsi, on ne doit pas condamner les tentatives de changer le monde ou à tout le moins d'agir sur celui-ci sauf si elles écrasent de ce fait les idées et institutions alternatives et refusent de reconnaître le caractère fragmenté, fluctuant et réflexif de l'identité.

4.3 *Instrumentalisme et droit étatique*

C'est en toute connaissance de cause que nous avons décrit l'instrumentalisme

comme relié à une actualisation d'un désir de puissance car c'est en grande partie par l'entremise d'une vision instrumentale que s'exprime notre volonté de contrôle de notre environnement. En fait, l'instrumentalisme, surtout si on le considère sur une échelle macroscopique, se conjugue avec l'exercice du pouvoir ou de l'autorité. Le degré de pouvoir ou d'autorité d'une personne ou d'une institution se mesure à sa capacité d'inscrire sa volonté dans la collectivité dont elle ressort. Or, l'instrumentalisme est probablement devenu de nos jours la technique privilégiée de transcription volitive. Une conception instrumentale habite donc nécessairement tout processus d'exercice du pouvoir ou de l'autorité. Dans le cas de l'État moderne, qui constitue l'aboutissement d'une conception rationaliste de l'organisation sociale, celle-ci s'est cristallisée dans le droit étatique.

C'est en définitive à l'analyse des rapports qu'entretiennent le droit étatique et l'instrumentalisme que menaient les réflexions générales qui ont précédé. Pour l'heure, nous nous limiterons aux expressions normatives manifestes de l'État et plus particulièrement aux archétypes du droit étatique que représentent les lois et règlements. Ces normes manifestes constituent le moyen privilégié par lequel l'État intervient pour modifier l'environnement social et physique. Et la logique qui anime ces modes d'intervention est avant tout une logique instrumentale.

4.3.1 La logique de l'instrumentalisme

Cette logique repose sur la présomption que la société adhère aux lois pour l'une ou l'autre des raisons suivantes. Premièrement en raison de la légitimité de l'État et du geste qu'il pose par l'acte réglementaire ou législatif. Cette légitimité relèverait par ailleurs de multiples justifications secondaires. Les plus communes actuellement tiennent bien entendu au processus démocratique qui doit assurer la représentativité et

l'imputabilité des acteurs étatiques. Cette légitimité peut par ailleurs être justifiée au yeux de certains par un désir de stabilité, des considérations religieuses ou encore par la confiance en la logique bureaucratique.

Cette compréhension de l'intervention normative implique que chaque citoyen, individuellement, accepte la légitimité de l'État et qu'il se soumet par conséquent aux normes que publie ce dernier. Ceci implique que les individus intériorisent une compréhension de la vie collective où ils troquent leur souveraineté en retour d'une certaine cohésion sociale ou d'un ordonnancement supérieur de la communauté. Il s'agit donc d'une foi qu'on pourrait qualifier d'aveugle dans la capacité de l'État à mieux nous gouverner. Or, ce type de comportement est devenu beaucoup moins plausible avec le développement de l'individualisme qu'implique l'atomisation de nos sociétés. Pour la majorité des citoyens, cette façon de concevoir l'État relève donc de la fiction, ce qui, paradoxalement, n'ébranle pas leur foi dans la capacité régulatrice du droit étatique.

La deuxième raison pour laquelle la société adhérerait aux lois serait pour éviter les sanctions qu'elles prévoient. À un niveau individuel donc, ce serait en raison de notre reconnaissance de la puissance coercitive à la disposition de l'État que nous choisirions de nous plier à ses volontés. Il ne s'agit plus ici de légitimité, si ce n'est celle qu'apporte la supériorité des moyens d'action. On suppose que l'État a les moyens de découvrir et de punir les contraventions aux normes qu'il émet. L'adhésion à la loi relève alors d'un réflexe primaire analogue à celui de l'animal qui s'éloigne du feu. Il n'empêche que si les prémisses sur lesquelles ce raisonnement se fonde étaient vraies, ce comportement devrait être considéré comme rationnel puisqu'il est de la nature humaine d'éviter la douleur ou les désagréments. En ce sens, la contravention à la norme serait pathologique.

Cette vision coercitive du droit, en vertu de laquelle l'État peut imposer sa volonté parce qu'il en a les moyens, est celle qui domine aujourd'hui. Elle serait parfaitement troublante si elle ne trouvait sa limite dans le principe démocratique. Il n'empêche que l'édulcoration de ce dernier dans nos sociétés modernes tend de façon ultime à ramener l'efficacité de la loi à la crainte que l'État inspirerait. Cette idée de sanction est centrale dans la représentation généralement acceptée des processus normatifs. En fait, les lois qui ne prévoient pas explicitement de mode de sanction des obligations qu'elles imposent sont souvent considérées comme un énoncé de principes destiné à demeurer lettre morte. La seule légitimité ne serait certes pas suffisante pour assurer l'efficacité des normes, quoiqu'elle puisse être nécessaire au maintien de l'État.

Nous traiterons ci-dessous, dans un contexte plus concret, de l'inadéquation des présupposés qui fondent cette vision coercitive de l'État. Pour l'instant, précisons qu'ils sont au nombre de cinq: que chaque acte que nous posons est conscient, que chacun de ces actes est rationnel, que nos actes qui correspondent aux prescriptions du droit étatique n'ont aucune autre justification, que l'État est omnipotent et que l'État est omniscient. Outre le fait que ces présupposés présentent une image bien réductrice du caractère humain, cette rationalisation de la normativité ne peut conduire qu'à une inflation répressive puisqu'on doit présumer que la sanction, la douleur infligée à l'individu, est insuffisante s'il ne se conforme pas au droit. En pratique, cette hypothèse est d'autant plus troublante qu'elle ne tient pas compte de l'impact fortement différencié des sanctions selon la situation propre au justiciable concerné.

Cette conception des choses est toutefois plus conforme à un univers atomiste que celle de l'adhésion aveugle à la loi. L'atomisme est caractérisé par une rationalité instrumentale tournée vers nous-mêmes. Nous serions préoccupés au premier chef par

notre propre bien-être et démontrerions une très faible capacité pour des gestes véritablement altruistes. Dans ce contexte, la crainte d'atteinte directe à ce bien-être par la répression est beaucoup plus pressante que l'appréhension d'une atteinte éventuelle à notre qualité de vie en raison d'une perte de cohésion sociale. L'acceptation de ce modèle de l'intervention normative s'inscrit donc dans un contexte plus large qui justifie sa popularité sans assurer qu'il représente adéquatement la réalité.

Il est important de noter que l'atomisme tend également à renforcer la légitimité du droit étatique parce qu'il affaiblit les groupes intermédiaires. L'individu étant détourné de ses congénères pour ne se préoccuper que de son propre sort, ne tisse pas les liens sociaux nécessaires à la création et au maintien de groupes qui peuvent concurrencer l'État par leur production normative, ou du moins par la légitimité qui leur est reconnue. Singulièrement, c'est souvent vers l'État que certains de ces groupes se tournent pour assurer leur survie. Le cas échéant, l'État tend à assurer leurs conditions matérielles au prix de leur cooptation. Il faut bien comprendre qu'il est contraire à la nature profonde de l'État de faciliter l'émergence de concurrents normatifs.

Ces deux raisons pour lesquelles on adhérerait aux lois représentent en réalité une séparation méthodologique assez commune. D'une part, on présente le droit comme un phénomène interne. Il découle d'une adhésion aux normes qui provient de l'acceptation par l'individu de la légitimité de l'action étatique. Ce type d'adhésion relève d'un appel à la fibre intérieure de l'individu. Par ailleurs, le deuxième modèle représente le droit comme un phénomène externe. La norme s'impose à l'individu peu importe que ce dernier accepte ou non la légitimité de l'acte étatique qui la fonde. Le droit serait donc affaire d'imposition de la volonté étatique, l'obéissance étant suscitée par la peur que la loi inspire. D'une manière ou d'une autre, la loi est considérée comme un outil de

transmission de la volonté étatique dont l'efficacité n'est pas remise en question. La soumission aux lois relèverait donc d'une rationalité qui ferait de l'État l'ordonnateur social.

L'État moderne a néanmoins des moyens qui lui permettent certaines prétentions. Il est généralement l'institution explicite la plus vaste que nous connaissons dans nos sociétés, malgré que certaines corporations soient en passe de doubler plusieurs États par leur ampleur. L'État dispose des moyens colossaux de l'appareil bureaucratique. Or, la professionnalisation de la fonction étatique que représente cet appareil devait nécessairement être de nature à consolider le rapport de l'État à l'instrumentalisme. Par son entremise, l'État se donne les moyens non seulement de suggérer les comportements, mais également d'exécuter ses volontés. Il revient aux fonctionnaires de l'État de s'assurer du respect des normes qu'il produit.

D'autre part, les ressources bureaucratiques permettent à l'État de prétendre à une plus grande légitimité de ses interventions puisque celles-ci peuvent désormais être fondées sur des recherches approfondies. Non seulement la norme constitue-t-elle la meilleure solution à un problème social perçu, mais en plus son mode de mise en oeuvre est censé représenter un moyen dosé avec une rigueur scientifique. Et c'est par l'entremise de la rationalité instrumentale qu'on tente d'assurer la rigueur du système et ainsi renforcer sa légitimité. Ces moyens devraient donc assurer l'atteinte efficace de la solution la plus appropriée aux difficultés pouvant confronter une société.

4.3.2 Instrumentalisme et normativité manifeste

Par ailleurs, le droit étatique entretient nécessairement un rapport particulier avec

l'instrumentalisme en raison du type de norme qu'il privilégie. Les normes manifestes reposent sur l'explicitation des processus et la formulation de l'intention. Elles doivent ainsi nécessairement mener à des tentatives manifestes d'inscription volitive dans le tissu social. Or, comme nous l'avons vu ci-dessus, l'inscription volitive explicite se traduit par l'instrumentalisation du moyen choisi. Les normes manifestes sont donc *a priori* un vecteur instrumentalisant. Inversement, les normes allusives, routinières et latentes se prêtent mal à l'instrumentalisation en raison de leur caractère implicite, inférentiel, ou implicite et inférentiel. En effet, une norme inférentielle ne peut transcrire qu'indirectement une intention; elle ne saurait alors traduire efficacement une volonté. Une norme implicite est quant à elle fondée sur des procédures innomées qui ne favorisent pas la canalisation de l'intention. Les normes qui possèdent ces caractéristiques se prêtent donc assez mal à l'instrumentalisation. Par opposition, les normes manifestes reposent sur un double formalisme, à la fois au niveau de ses modes de production et d'expression. Elles autorisent ainsi une cristallisation de la volition.

Cette omniprésence et surtout cette sur-valorisation de l'État et de sa normativité manifeste ont fait en sorte que l'instrumentalisme domine à ce point la conception moderne du droit qu'il en vient souvent à définir ce qui est juridique. Il n'est plus un construit théorique qui permet de mieux comprendre certaines caractéristique du droit, mais devient *le* critère de juridicité. Le droit est compris comme un moyen d'imposer une volonté aux individus formant une collectivité, que cette volonté soit celle du despote ou, le plus souvent, celle même de la collectivité par le mécanisme de rétroaction que suppose la démocratie. Ce serait un outil rationnel d'inscription de la volonté puisqu'au contraire de la force brute, et malgré la fonction coercitive de l'État, il ne serait pas arbitraire. Ainsi compris, le droit constituerait un outil objectif de contrôle des actions.

L'erreur relève non pas de la tentative de transcription volitive que cette conception de la normativité sous-tend, mais plutôt de la confiance qu'elle manifeste en la conformité des résultats appréhendés avec les attentes qu'elle formule. Cette croyance relève du mythe puisque les exemples de la vie quotidienne nous apprennent trop bien que les tentatives de transcription volitive par l'entremise de la normativité s'avèrent souvent inefficace. C'est à la déconstruction de ce mythe que nous nous attarderons maintenant dans la prochaine partie.

4.4 Interprétation des phénomènes normatifs

Il est vrai que certaines actions peuvent être accompagnées de réactions fort prévisibles. C'est particulièrement le cas pour les sciences naturelles bien qu'il est fortement prétentieux de croire que ce domaine est subsumé sous des relations de prévisibilité. L'ordonnancement rationnel que supposent les relations de cause à effet se retrouve également dans les autres sphères d'activité humaine. Ainsi, les menaces de violences physiques ou l'offre de récompenses alléchantes peuvent infléchir le comportement des individus. Ces mécanismes de contrainte débouchent, dans des cas particuliers, sur les résultats souhaités et peuvent même conduire à des régularités généralisables à une situation type. Par exemple, une règle manifeste ordonnant le désenregistrement automatique des compagnies dont les actions ont fait l'objet de transactions d'initiés clandestines peut être associée à une diminution radicale de l'occurrence de tels phénomènes.

La logique législative est fondée sur la généralisation de ces relations causales. Le savoir implicite ressortant de la pratique semble corroborer cette vision selon laquelle la loi peut, de façon générale, contraindre l'action. L'interdiction d'une pratique dans une

loi, surtout lorsqu'elle est assortie d'une amende ou d'une autre sanction est souvent suivie d'un certain effet dans la population. Parallèlement, la promotion de pratiques particulières par voie législative peut donner les résultats escomptés surtout lorsqu'elle est accompagnée d'incitatifs. En fait, selon l'objectif poursuivi, certaines mesures législatives pourront être efficaces à cent pour cent. Par exemple, si l'on considère que l'imposition de la peine de mort vise à éviter la récidive chez les meurtriers auxquels elle est appliquée - objectif par ailleurs très discutable - on peut prétendre que c'est une mesure parfaitement efficace. Dans ce type de situation, les normes auront en apparence réussi à retranscrire comme fait social l'expression de la volonté du législateur.

Deux types de difficultés subsistent alors néanmoins. La première met en évidence le caractère foncièrement subjectif des phénomènes normatifs. Il s'agit du problème de la nature du lien qui unit deux incidents, soit l'interdiction d'une pratique assortie d'une sanction et la diminution de l'occurrence de cette pratique. La deuxième difficulté découle de la première et se rapporte à la relativité des résultats obtenus. On induit trop souvent de résultats favorables l'existence d'une règle généralisable qui serait garante du succès futur de la méthode retenue.

4.4.1 Le problème de la subjectivité

En premier lieu, pour qu'il soit possible de donner foi à une compréhension instrumentale d'une succession d'incidents, il faudrait qu'ils soient unis par une relation de nature causale. Les comportements humains sont nécessairement affectés par les normes, ces règles de conduite dont nous avons expliqué la teneur aux chapitres précédents. Ce que la vision instrumentale tend à nous faire croire, c'est toutefois que les normes, dès leur édicition, se transposent *directement* dans les comportements humains.

Comme nous le verrons ci-dessous, une telle hypothèse est intenable. Il est utile d'avoir recours à la métaphore juridique pour tenter de donner du sens aux processus motivationnels et décisionnels, mais il faut se garder d'en déduire pour autant que nous sommes déterminés par un contexte normatif. La complexité de la nature humaine se reflète nécessairement sur les processus qui président à nos rapports avec les normes. Ces derniers ne peuvent donc se réduire à une relation purement mécanique pas plus que nous ne pouvons présumer que chacune de nos décisions est de façon ultime motivée par des normes. Il est par ailleurs essentiel de se rappeler que les normes se superposent, s'entrecroisent et s'entrechoquent. Partant, même si nous pouvions soutenir que les normes se transposent automatiquement dans la pratique sociale, les conflits inter-normatifs nous empêcheraient de prédire concrètement les comportements humains.

4.4.1.1 Le lien rationnel

La démonstration objective de la nature de la relation qui unit l'introduction d'une norme et l'observation ultérieure d'une modification dans les comportements est à toutes fins pratiques impossible. D'une part, l'existence d'un lien de causalité implique qu'il est possible d'isoler la composante que l'on juge pertinente des autres facteurs qui ont potentiellement eu une influence sur les comportements observés. Cette composante peut bien entendu être matérielle ou immatérielle, c'est-à-dire de nature purement psychologique. Chaque individu ou groupement d'individus qui procède à des choix opère dans un contexte complexe qui comprend sa situation personnelle mais également la situation relative des autres et du milieu dans lequel il évolue. D'un point de vue purement matériel et en prenant pour acquis que ces agents décident de façon purement rationnelle, plusieurs justifications peuvent être données pour des comportements identiques ou pour des comportements distincts découlant tous de situations

apparemment analogues. En fait, telles que le démontrent les théories de la connaissance imparfaite développées par Hayek¹⁰⁶, il est impossible pour l'observateur d'embrasser toutes les variables dont ont individuellement connaissance les agents décideurs. Au mieux peut-il reconnaître celles qui lui apparaissent les plus importantes et à partir desquelles il tente de rendre compte de certaines régularités qu'il a observé.

Il s'agit là d'une première reconnaissance implicite de l'apport subjectif aux processus décisionnels. Même dans une conception idéalisée de ces processus, l'atteinte d'une compréhension rationnelle des mécanismes décisionnels demeure évasive. Ce n'est donc qu'à une appréciation qualifiée de la nature causale du lien unissant des événements que l'observation peut mener. Il devient par suite périlleux d'avancer que des facteurs matériels particuliers résultent en une modification précise des comportements.

Une exception à cette constatation peut néanmoins être formulée à l'égard de certains réflexes ayant surtout rapport avec la douleur ou l'inconfort. Par exemple, par automatisme, nous détournons notre regard du soleil et nous retirons notre main du feu. Les phénomènes normatifs ne peuvent toutefois mettre à contribution des relations d'une telle immédiateté pour conditionner les comportements. L'imposition d'un châtiment ne peut avoir lieu que quelque temps après la violation d'une norme. L'objet volé ne peut par lui-même causer de la douleur au voleur. De même, l'attribution d'un avantage prévu par la loi n'est jamais immédiat mais résulte plutôt d'un processus. La normativité ne fonctionne donc pas selon un principe de proximité qui lui permette de mobiliser une causalité directe. C'est d'ailleurs en raison de cette distance que ces relations de causalité s'avèrent difficiles à démontrer.

¹⁰⁶ Voir Friedrich Von Hayek, *Droit, législation et liberté, une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, volume 1, Traduit de l'anglais par Raoul Audouin, Paris, PUF, 1980, aux pages 13 à 20.

4.4.1.2 Le contexte

Par ailleurs, l'appréciation de la rationalité d'un comportement ne saurait constituer une quête univoque. La rationalité d'un comportement s'apprécie dans son rapport à l'objet qui le sous-tend et au contexte justificatif qui l'entoure. Ainsi, un meurtre peut être considéré comme rationnel s'il s'inscrit dans une démarche entreprise par un individu pour se débarrasser d'un oppresseur, par exemple, une femme violentée par son conjoint qui décide un jour de le tuer. Quant à l'objectif visé, et dans une approche purement instrumentaliste, ce geste est rationnel. Ce même geste ne saurait cependant trouver justification au regard d'une conception philosophique humaniste. Il serait considéré comme irrationnel puisque contraire à la finalité qu'est l'épanouissement de chaque individu. Son irrationalité devient plus manifeste encore au regard du droit étatique qui interdit formellement toute atteinte privée à l'intégrité physique. Serait donc irrationnel tout comportement qui expose son protagoniste à une sanction étatique, ou qui s'oppose à la ligne de conduite déterminée au terme du mécanisme légitime que constituerait la législation. La rationalité, qu'elle soit envisagée de façon plus formelle ou substantielle, ne peut par conséquent être réduite à une formule univoque.

4.4.1.3 Les processus décisionnels

D'autre part, cette conception rationnelle idéalisée tronque radicalement la nature des processus décisionnels. Ceux-ci sont en grande partie subjectifs et irrationnels. En effet, des considérations de nature autres que matérielles, qui tiennent à la personnalité et à l'identité individuelle ou à la psychologie collective, jouent un rôle important et même souvent déterminant dans les processus décisionnels. Au lieu de vendre les actions de sa compagnie à un tiers pour un montant important, un père peut décider de les donner à son

fil. Toute forme de rationalisation de cet acte doit tenir compte de la relation d'amour qui unie le père au fils. Une loi qui vise à augmenter la propriété publique des PME en offrant des exemptions de gains en capital sur la réalisation des actions ne sera pas susceptible d'avoir un impact sur ce type de transaction. De plus, alors que ces mécaniques subjectives peuvent être parfaitement rationnelles, comme dans le cas évoqué ci-dessus, elles peuvent également être parfaitement irrationnelles. Aveuglée par la haine ou la souffrance, une personne peut prendre une décision qui, en plus de la désavantager dans l'immédiat, aura une conclusion ultime contraire à celle souhaitée.

Les processus décisionnels sont donc souvent formellement irrationnels malgré qu'ils fassent l'objet de tentatives de rationalisation. Bien qu'un comportement puisse correspondre à l'injonction contenue dans une norme, la justification qui le fonde demeure toujours une affaire profondément subjective de sorte que l'acteur visé peut agir pour des motifs totalement étrangers à la norme.

Par ailleurs, et plus prosaïquement, une grande part des décisions que nous prenons sont formellement involontaires ou à tout le moins irréfléchies. Elles sont le fruit de processus inconscients ou même subconscients. Ces décisions ne sont pas déterminées par des processus réflexifs. Nous pouvons hésiter et réfléchir longuement avant de décider du moment et de la façon dont nous interviendrons dans le cadre d'un séminaire, tout comme nous pouvons soudainement et spontanément décider d'intervenir. On peut avancer que ce dernier type d'intervention reflète l'oeuvre de processus souterrains, subconscients, mais on ne saurait soutenir qu'il représente une adhésion consciente à une norme manifeste. Par ailleurs, le caractère manifeste ou réfléchi de l'intervention ne garantit aucunement la conformité de cette dernière aux normes latentes qui guident ce type de rencontre. L'habitude, le hasard ou l'impulsion soudaine guident souvent nos

actions sans qu'un processus décisionnel explicite n'intervienne. Il serait au demeurant impossible de procéder consciemment à tous les choix qu'implique l'existence, ou même à plus qu'une partie très congrue de ceux-ci. La plupart des gestes que nous posons sont anodins et entrent dans la routine à laquelle il est en pratique très difficile de juxtaposer une signification singulière.

La détermination du fondement de l'action est donc un exercice particulièrement ardu. Par exemple, on peut constater qu'une personne obéit aux dispositions législatives qui interdisent de traverser la voie publique ailleurs qu'aux intersections. Agit-elle ainsi parce qu'elle désire se soumettre à la loi en raison de la légitimité qu'elle accorde au processus qui a vu son adoption, parce qu'elle désire éviter de se faire remettre un constat d'infraction, parce qu'elle respecte l'opinion de ses parents qui lui ont toujours dit de ne traverser la rue qu'aux intersections, parce qu'elle est consciente du danger que représentent les automobiles ou pour une autre raison encore? Il faut par conséquent procéder par un raccourci intellectuel douteux pour automatiquement tenir pour acquis qu'une personne qui se conforme à une loi est motivée par l'existence de cette dernière. Cette personne ne conforte peut-être qu'en apparence les prétentions instrumentales de la loi.

4.4.1.4 La publicité des normes

La publicité qui entoure souvent les normes manifestes peut toutefois avoir un effet sur la nature des processus décisionnels car le fait de conscientiser l'acteur à l'égard de l'existence et du contenu de la norme l'oblige souvent à expliciter ses processus décisionnels qui se rapportent à celle-ci. Le comportement finalement adopté par le justiciable dans un tel contexte aura tendance à refléter une démarche à tout le moins

volontaire, et peut-être même rationnelle. En l'occurrence, ce n'est donc pas tant la forme qu'adopte la norme, soit la forme manifeste, que sa publicisation qui affecte les personnes qu'elle vise.

Cet effet est toutefois doublement limité. D'une part, il se rapporte aux processus décisionnels et non aux comportements éventuellement adoptés. La personne visée par la norme peut fort bien rejeter celle-ci au terme de sa réflexion de sorte que la norme n'aura pas d'impact concret sur ses actions. D'autre part, cet effet tend souvent à être limité dans le temps de sorte que le travail publicitaire est à refaire dès que le message est poussé dans l'oubli par des considérations plus urgentes. Étant donné la multitude de normes qui nous interpellent, si ce n'est que les normes étatiques manifestes, on peut également penser qu'il est illusoire de tenter de toutes les publiciser puisqu'en sur-sollicitant ainsi la capacité d'attention des justiciables on ferait sombrer ces normes en bloc dans le domaine de l'anodin.

4.4.1.5 L'enquête d'opinion

En pratique, il est donc impossible de distinguer entre les facteurs matériels ou psychologiques qui justifient l'apparente coercitivité d'une norme. En fait, il est fort probable que, le cas échéant, une norme tire une grande part de son efficacité de sa juxtaposition à des normes provenant d'autres champs sociaux semi-autonomes qui pénètrent mieux l'aire des comportements individuels. L'observation seule ne permet donc pas de démêler les motivations. On pourrait toutefois croire que l'enquête d'opinion, outil analytique par excellence des sciences humaines, permettrait de dépasser cette difficulté. Celle-ci devrait rendre possible une meilleure évaluation des motivations individuelles, et même collectives, en permettant que soient directement sondés les

acteurs visés par les normes. Des limites importantes affectent toutefois ce type d'enquête.

D'une part, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la majeure partie de nos décisions sont le fruit de mécanismes inconscients ou irréfléchis. Toute motivation pouvant être postérieurement offerte à leur égard relève donc nécessairement de la rationalisation. Quoique potentiellement fondée, une telle entreprise spéculative ne saurait justifier une conclusion univoque sur la portée normative d'une loi. D'autre part, demeure toujours le problème de l'objectivité du sondage comme mode d'acquisition de la connaissance. Les réponses varient selon la formulation des questions et l'attitude du sondeur, même lorsqu'on suppose la bonne foi de toutes les parties au processus¹⁰⁷.

Pis encore, selon les circonstances, les individus sont souvent tentés d'aménager leurs réponses pour des raisons étrangères à l'enquête elle-même. Ainsi, un courtier en valeurs mobilières sera plus enclin à conforter dans un sondage l'autorité de l'organisme réglementaire auquel il est soumis afin d'éviter un durcissement ultérieur des pratiques de ce dernier. C'est d'ailleurs pourquoi les sondages d'opinion sont souvent corrigés pour, de l'avis des sondeurs, mieux refléter la réalité. À la limite, les personnes interviewées peuvent ne pas être conscientes des motivations qui les amènent à ainsi modeler leurs réponses. Le sondage ne donne donc pas plus accès au savoir objectif sur lequel devrait se fonder une conception instrumentale de la normativité.

¹⁰⁷ Sur les déficiences propres aux sondages d'opinion, voir le chapitre quatre de: Anne-Marie Gingras, *Médias et démocratie, le grand malentendu*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1999.

4.4.2 Le problème de la relativité des résultats

La deuxième grande difficulté que pose une conception instrumentale de la normativité est celle de la relativité des résultats obtenus. Si dans un cas la mise en place d'une norme est juxtaposée à l'avènement ultérieur de la situation désirée, on sera tenté d'y voir la démonstration de la capacité instrumentale de toute norme empruntant les mêmes vecteurs formels. Or une telle prise de position implique la croyance que l'efficacité de la norme tient à sa forme et non à la réception réservée à son contenu substantiel. Ainsi, certains comprennent le succès apparent d'une norme législative comme démontrant l'efficacité universelle du principe législatif. Selon cette lecture, toute loi devrait atteindre les objectifs qui lui sont assignés. Une lecture plus fine peut par ailleurs relier l'efficacité à d'autres caractéristiques formelles. Par exemple, une loi assortie de fortes amendes ou sanctions réglementaires ou encore d'incitatifs financiers pourra être considérée comme un puissant vecteur pour porter l'intention normative. Il demeure que de telles généralisations sont mal fondées. L'ensemble des circonstances en présence, dont certaines peuvent potentiellement être tenues en compte et d'autres pas, guide la réception réservée à toute norme. Tout au plus peut-on tirer d'une situation où une norme paraît être efficace certaines hypothèses vagues et générales qui sont difficilement exportables de leur contexte et dont la pérennité est toujours à démontrer.

Ainsi, toute appréciation de l'efficacité de normes ou de modes d'intervention normative ne peut être que le résultat de processus inductifs par lesquels on attribue à certains facteurs les résultats observés. Ces inductions relèvent en grande partie de l'intuition de l'observateur et, par conséquent, de l'hypothèse sur les mécanismes sociaux en présence. Ces hypothèses nous aident peut-être à mieux imaginer des mécanismes sociaux complexes, mais elles ne sauraient constituer des vérités objectives. Elles ne

représentent qu'un maillon d'un travail continu de compréhension de nos sociétés dont les processus normatifs ne peuvent faire l'économie.

4.5 Réponses aux faits rebelles

La croyance au pouvoir instrumental du droit demeure toutefois largement répandue, particulièrement dans les cercles juridiques. C'est cette croyance - cette fiction juridique - qui explique l'attitude généralement adoptée par les juristes face aux faits rebelles, c'est-à-dire les cas où les faits ne se plient pas à l'intention normative formulée dans une loi ou un règlement.

4.5.1 L'insuffisance d'information

Trois attitudes sont généralement adoptées pour justifier l'échec réglementaire du droit étatique. La première se rapporte à l'insuffisance d'information. Cet argument se décline d'ailleurs de trois façons. D'abord, et il s'agit de l'expression la plus courante de cet argument, on blâme l'inefficacité du droit étatique sur l'insuffisance de l'information dont disposait le législateur ou l'exécutif au moment de la préparation des normes. Comme les informations étaient incomplètes, elles ne rendaient pas compte de tous les paramètres pertinents. Le législateur n'a pu par voie de conséquence dresser des normes en parfaite adéquation avec la situation visée. Ainsi, si on connaissait avec précision tous les moyens par lesquels les trafiquants font entrer des drogues illicites au pays, on pourrait mettre en place des mesures législatives ou réglementaires qui permettraient de parfaitement contrôler la situation. Compte-tenu de cette insuffisance, il est impossible pour le législateur de faire mieux que de créer des mesures qui ne sont pas suivies d'une efficacité parfaite.

En deuxième lieu, l'insuffisance d'informations est réputée affecter les personnes chargées de la mise en oeuvre des mesures législatives ou réglementaires de sorte qu'elles remplissent inefficacement leurs mandats. Suivant le même exemple, les forces de police ne bénéficient pas des renseignements nécessaires à la mise en oeuvre des lois anti-traffic, de sorte qu'elles ne réussissent pas à intercepter tous les chargements de drogue qui entrent au pays. La loi peut ainsi être la meilleure possible, sa mise en oeuvre demeure imparfaite.

La troisième façon dont l'insuffisance d'information se manifeste est l'ignorance par le justiciable des lois auxquelles il est en théorie soumis. Ne sachant pas qu'il est interdit d'importer des drogues illicites au pays, le justiciable peut malgré lui violer la loi lorsqu'il en rapporte de ses voyages à l'étranger. Il s'agirait alors d'une méprise quant aux droits et obligations qui sont les siens.

Cette dernière déclinaison a ceci de particulièrement intéressant qu'elle présume que le justiciable pleinement informé se soumettrait automatiquement aux normes étatiques. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, cette adhésion volontaire pourrait résulter de sa croyance inébranlable en la légitimité du processus normatif en question et en l'autorité incontestable des individus qui y président. Il pourrait par ailleurs tout simplement s'agir d'une réponse rationnelle de l'agent qui désire éviter les répercussions négatives que la norme associe à une violation des obligations qu'elle prescrit. Le cas échéant, le justiciable doit tenir pour acquis qu'il habite dans un monde d'informations parfaites où les autorités sont automatiquement mises au courant de tout manquement aux normes.

L'artificialité de ces présupposés demeure déconcertante. La quête en vue de

l'amélioration de la qualité des informations est toutefois une caractéristique dominante des bureaucraties modernes. Ceci reflète une vision scientifique de l'administration publique qui postule que la maîtrise de l'information mène au contrôle de l'action. C'est ce qui explique en grande partie le développement des appareils bureaucratiques.

Le mouvement, loin de s'estomper, prend aujourd'hui de l'ampleur avec le développement des technologies de surveillance, de collecte et de traitement de l'information. En raison de la grande réticence populaire face à ces procédés, réticence fondée sur la vision orwellienne du monde qu'implique le contrôle absolu de l'information, la mise en place de ces systèmes est justifiée dans le discours officiel sur la base de principes secondaires, soit surtout l'efficacité administrative et l'amélioration, à un égard ou un autre, de la qualité de vie du justiciable. Il demeure que la création de ce qu'il est maintenant convenu d'appeler des méga-fichiers et l'application de technologies de surveillance et de traitement de l'information perfectionnées laisse entrevoir malgré tout un renforcement de la confiance en la capacité instrumentale du droit étatique. Elle laisse également entrevoir un État basé sur le principe du panopticon de Jeremy Bentham¹⁰⁸ où tous sont constamment surveillés. Un tel mode d'organisation sociale ne saurait toutefois mener qu'à l'atrophie de cette facette de notre humanité qu'est la créativité.

4.5.2 L'insuffisance de la nature humaine

La deuxième grande catégorie de réponses aux faits rebelles est de blâmer leur

¹⁰⁸ Il s'agit d'un projet d'architecture de prison, sur le principe duquel sont entre autres construites certaines prisons cubaines, fondé sur une répartition des cellules dans un mur d'enceinte circulaire au milieu duquel se situe la tour des gardiens qui peuvent ainsi voir tous les détenus en tout temps.

survenance sur l'insuffisance de la nature humaine ou, plus simplement, sur l'erreur humaine. La nature humaine est quelquefois considérée comme insuffisante puisque les individus peuvent être détournés de la mission qui leur est assignée, soit par leur incompétence ou par leur intempérance, et qu'ils peuvent même être corrompus. Pour revenir à notre exemple, ce serait en raison d'une pénurie de fonctionnaires adéquats que le trafic de drogues peut continuer malgré l'existence de lois appropriées. Des fonctionnaires se trompent sur l'interprétation des normes et ne réussissent à en assurer qu'une mise en oeuvre imparfaite.

Par ailleurs, le comportement de ceux qui défient ouvertement la loi pourrait sous ce compte être attribué à une sorte de déficience intellectuelle qui les prédispose à manquer de respect envers l'autorité légitime de l'appareil étatique. Cette déficience relève donc non de la norme étatique mais plutôt de l'individu et, en quelque sorte, de son caractère. C'est d'ailleurs pourquoi des réponses médicales, scientifiques donc, sont recherchées pour contrôler les comportements marginaux.

En fait, cette réponse aux faits rebelles s'attaque directement à ce qui est perçu comme une disgracieuse faiblesse humaine, soit la propension à poser des actes irrationnels. Il serait en effet irrationnel de défier la loi, de rejeter l'autorité de l'appareil étatique ou de s'exposer à des sanctions. Plus encore, il serait irrationnel de ne pas suivre la voie tracée par la législation qui nécessairement, en raison du processus scientifique qui préside à son élaboration, s'avérerait la mieux adaptée à la spécificité de la condition humaine et à la promotion du bonheur social. Ce serait donc parce qu'ils agissent de façon irrationnelle que les individus persistent à se consacrer au trafic de la drogue. Le caractère irrationnel de ce type de contrevenant résiderait à la fois dans le fait qu'ils renient l'autorité du législateur et qu'ils s'exposent à des sanctions, mais également dans le

fait qu'ils négligent de considérer que la drogue est nécessairement néfaste puisqu'interdite par la loi.

Au-delà de la condescendance à l'égard de l'individu que ce type d'argumentation soulève, il faut observer - ce qui est beaucoup plus grave - que cette approche accorde une priorité à la théorie sur l'humain. Ce ne serait pas en raison de l'inadéquation de la théorie qui la sous-tend que l'intervention législative serait sur-valorisée comme mode d'intervention sociale, mais plutôt parce que la nature humaine serait déficiente que des lois légitimes ne s'imposeraient pas parfaitement. Ce ne serait donc pas les théories qui devraient s'adapter à la condition humaine, mais plutôt les humains qui devraient s'adapter aux concepts théoriques. On passe réellement ici, de la façon la plus extrême, du descriptif au normatif.

4.5.3 La négation de la réalité

La troisième famille de réponses aux faits rebelles reflète plus directement l'abatement que ces derniers peuvent provoquer. Il s'agit de nier, directement ou indirectement, leur survenance. Cette négation peut prendre la forme d'une attaque frontale, c'est-à-dire que l'observateur refuse de reconnaître l'apparition ou la persistance de ces faits rebelles malgré l'intervention qui était censée en prévenir la survenance. Il en serait ainsi si quelqu'un affirmait qu'il ne se consomme pas de drogues illicites au Canada. Ce type de réponse tient d'un aveuglement volontaire tellement évident que dans la majorité des cas il ne peut être longtemps maintenu. La négation des faits peut toutefois emprunter des procédés plus subtils.

On peut relier l'observation de faits rebelles à des erreurs de lecture imputables à

des insuffisances techniques ou théoriques. Ainsi, les instruments de mesure à notre disposition seraient mal calibrés ou tout simplement défectueux de sorte qu'ils ne donneraient pas une image juste de la réalité. Les trousses d'analyse qu'utilisent les policiers seraient défectueuses et indiqueraient à tort que des herbes qu'ils saisissent sont de la marijuana alors qu'il ne s'agirait en réalité que de basilic.

Les insuffisances théoriques tiendraient quant à elles essentiellement à des erreurs de classification ou à des inductions non fondées. Selon cette lecture, ce serait à tort que la typologie des drogues illicites comprend la marijuana puisque cette dernière est soit une herbe médicinale, soit une drogue récréative. Une classification adéquate réduirait d'autant l'ampleur du phénomène des drogues illicites au Canada pour nous donner une image juste de la situation.

Une telle attitude est particulièrement intéressante parce qu'elle s'attaque aux typologies mêmes qui fondent l'acte normatif dont il est question. En effet, si cette typologie est erronée, on peut considérer *a fortiori* que la norme qu'elle fonde est inadéquate. On remet ainsi indirectement en question la sagesse de l'acte législatif, sans toutefois s'attaquer de front aux limites de son fondement instrumental. Il n'empêche qu'on peut ainsi suffisamment ébranler la confiance dans l'acte législatif pour provoquer une réflexion plus étendue.

On peut faire une lecture similaire des inductions non fondées. Ce serait par exemple le cas lorsqu'on attribuerait à tort la découverte de seringues usées dans un lieu public à la consommation de drogues illicites. L'induction tirée des faits bruts serait erronée puisque ces seringues auraient, dans les faits, été laissées par des diabétiques insoucians qui les ont utilisées pour s'injecter de l'insuline. Par ce mécanisme, on remet

en question le fondement théorique de l'intervention législative, soit la relation de cause à effet qui motive cette dernière.

4.5.4 L'insuffisance des modèles

Ces dernières réactions possibles aux faits rebelles annoncent l'amorce d'une quatrième réponse que s'interdisent normalement ceux qui croient en la toute puissance régulatrice du droit étatique. Cette réponse, à laquelle on ne se rend normalement qu'une fois au pied du mur, est la reconnaissance de l'insuffisance des modèles qui fondent notre compréhension du monde. Dans le contexte du droit étatique, ceci veut dire remettre en question la capacité qu'on lui attribue de directement et automatiquement modifier les faits sociaux par l'énonciation d'une norme. Ceci sous-entend par conséquent une réflexion plus étendue sur le rôle du législateur et de l'appareil étatique en général et sur les modes de construction et d'expression de volontés partagées au sein de sociétés modernes. Ce type de réflexion est suffisamment fondamental pour qu'il ne puisse avoir lieu sans déranger les susceptibilités et les privilèges. Sa survenance est dès lors d'autant moins probable qu'elle doit nécessairement provoquer des résistances énormes.

Nous devons toutefois reconnaître que la typologie des réponses aux faits rebelles proposée ci-dessus demeure schématique et même caricaturale en ce qu'elle met une emphase probablement excessive sur ces stratégies justificatrices adoptées par l'appareil gouvernemental. La très grande majorité des individus travaillant au sein de cet appareil, du moins dès qu'il prennent un peu d'expérience, sont conscients des limites très réelles de l'intervention législative. Il n'en demeure qu'ils survalorisent fréquemment le potentiel de l'intervention normative étatique et qu'ils ont tendance à sous-estimer les entraves à l'efficacité de ce type d'intervention. Pour les plus réalistes, tout au plus acceptent-ils ces

limites comme ne remettant pas en question la pertinence de leur volonté d'intervention mais plutôt l'efficacité avec laquelle ils peuvent intervenir. Et nous ne voudrions pas suggérer qu'il est en toutes circonstances inopportun de vouloir intervenir pour changer le monde dans lequel nous évoluons, seulement qu'en sur-valorisant les modes d'intervention législatif et réglementaire nous tendons à injustement dévaloriser et délégitimer les autres modes d'intervention humaine.

En fait, les exemples des limites à l'intervention normative manifeste abondent. Les échecs réglementaires et législatifs sont légion, dans tous les domaines. L'échec total des tentatives de contrôle du trafic, de la vente et de la distribution des drogues illicites évoqué ci-dessus en est un exemple patent. Plusieurs tentatives de réglementation économique ont également été désastreuses. Nul n'est besoin toutefois de confectionner un compendium des échecs réglementaires et législatifs pour illustrer notre propos puisque nous ne désirons que mettre en évidence les limites d'une conception purement instrumentale de l'intervention normative étatique.

4.6 *Transformation des paradigmes normatifs étatiques*

Bien entendu, ces démonstrations de l'incapacité régulatrice ont cru en proportion avec l'augmentation de la production législative et réglementaire. Il existe une relation évidente entre la surabondance du droit étatique et l'incapacité régulatrice de ce type de normativité. Le cul-de-sac qu'éclaire cette surabondance et dans lequel s'enfonce la normativité étatique est le fruit de dynamiques multiples qui reflètent le changement du paradigme de l'intervention normative de l'État et, en réalité, le changement de la nature même de l'État.

C'est avant tout le traitement des problèmes sociaux, et donc l'approche au droit, qui a pris une tournure radicalement nouvelle depuis l'apparition de l'État moderne. Hier comme aujourd'hui, le droit a toujours été un lieu où se cristallise la compétition pour le pouvoir qui existe nécessairement au sein de toute société. Dans cette optique, le droit étatique jouait à l'époque pré-moderne plusieurs rôles typiquement modernes dont le renforcement de l'autorité étatique, l'explicitation des normes et l'uniformisation de celles-ci, mais il demeurait largement un lieu contesté, à la fois à un niveau interne et à un niveau externe. D'un point de vue interne, il était à l'image de l'institution au service de laquelle il était mobilisé, l'État pré-moderne, c'est-à-dire affaibli et divisé entre des ordres concurrents. La fragmentation externe des lieux de production normative était plus conséquente encore puisqu'elle reflétait le fait que la prédominance normative était formellement beaucoup plus contestée qu'aujourd'hui. Différents ordres prétendaient à une compétence normative première sur leurs ressortissants. Ainsi, avant l'avènement de l'État moderne, l'État ne prétendait ou ne réussissait pas à s'imposer en tant qu'autorité suprême et à imposer le droit étatique comme normativité première et autonome.

Il semblerait qu'à l'époque pré-moderne, la cohésion sociale s'expliquait beaucoup plus par l'intériorisation des structures sociales que par l'imposition des actes d'une autorité supérieure, cette intériorisation étant par ailleurs en bonne partie le fruit de l'imposition de l'autorité supérieure immatérielle de Dieu par l'entremise de ses représentants temporels. En ce sens, les normativités autres qu'étatiques, et autres que manifestes, se voyaient réservées un rôle social plus important. Cette normativité plus proprement sociale, parce qu'elle reflétait plus librement des dynamiques profondes, concourrait à assurer la continuité et la stabilité de l'organisation sociale et non sa transformation.

Le divorce qui se révèle présentement entre la normativité alternative et le droit étatique tient en grande partie à la volonté d'affirmation de ce dernier. En désirant s'arroger un rôle premier, le droit étatique a nécessairement dû prendre ses distances de la normativité alternative. Ce divorce est d'ailleurs exemplifié par l'abandon, au dix-neuvième siècle, d'un langage juridique limpide destiné à être compris de tous pour un langage technocratique. La bureaucratisation, la spécialisation et la professionnalisation concomitante de l'appareil gouvernemental et du domaine juridique, confortés par la montée en puissance de l'approche scientifique, l'oeuvre du modernisme en quelque sorte, ont données aux gouvernants les moyens théoriques du désir de contrôle que la fonction gouvernementale a toujours attisé¹⁰⁹. Il devenait plus facile d'imaginer modeler la société à des fins précises. Au rôle primaire du droit qui est d'assurer une cohésion sociale minimale, on a surajouté le rôle de transformer cette société. Le type de normes produites et la façon de les mettre en oeuvre se sont transformés en conséquence.

En fait, sous l'impulsion de l'avancée du savoir scientifique, de l'industrialisation et de la bourgeoisie, le positivisme juridique s'est progressivement affirmé pour écarter des formes plus anciennes de régulation sociale fondées sur les ordres, la tradition et le consensus social. L'État et le droit étatique demeurent toujours des lieux fortement contestés où se cristallisent les luttes pour le pouvoir, mais la prédominance de ce forum et de cette forme de régulation recommencent tout juste à être contestée. C'est peut-être parce que nous avons maintenant fait le plein de ce type de normativité que nous remettons en question aujourd'hui le positivisme qui y est associé pour valoriser des normativités plus matérielles, fondées en grande partie sur un savoir social implicite. C'est à une revalorisation d'autres manières d'imaginer la normativité que ce mouvement

¹⁰⁹ Quant à cette spécialisation de la pratique du droit et aux tendances à l'autarcie intellectuelle à laquelle elle devait nécessairement mener, voir: Guy Rocher, *Études de la sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, aux pages 305 à 317.

préside et ce sont les normativités alternatives en général qui en bénéficieront.

Ce phénomène implique donc un certain mouvement de balancier. L'État moderne et le bagage normatif qu'il entraîne se sont imposés pour de nouveau perdre du terrain. Il est toutefois particulièrement intéressant de constater que, paradoxalement, c'est souvent l'État lui-même qui conteste son omnipotence. On peut en effet constater que depuis une vingtaine d'années il se retire progressivement de certains de ses secteurs d'activité traditionnels pour laisser la place à des compétiteurs, surtout l'entreprise privée, mais également les organismes sans but lucratif et les associations communautaires. Dans ces cas, l'État se laisse donc coloniser par des logiques concurrentes.

Actuellement, la logique économique du libre marché qui milite pour un désengagement de l'État, du moins quant à ses interventions directes, tend à avoir le dessus. Suivant cette logique, les acteurs étatiques déclarent forfait quant à leur capacité d'intervenir et les acteurs économiques tentent de se défaire de l'emprise de ces derniers. Enfin, un courant libertaire habite certains partis politiques qui revendiquent un changement parallèle dans le rôle de l'État dans ses rapports avec les individus. Ceci éclaire le fait que l'État, pas plus que la vision du droit qu'il met de l'avant, n'est autonome et imperméable aux courants idéologiques qui traversent la société de laquelle il ressort. Présentement, des courants particulièrement puissants s'affichent à travers l'individualisme l'économisme et le consumérisme. Ces courants demeurent toutefois contestés et le recul de l'État pourrait ne s'avérer qu'apparent¹¹⁰ ou il pourrait encore être

¹¹⁰ Guy Rocher résume ainsi les transformations qui ont marqué l'apparition des sociétés modernes: 1) avec la montée de la classe moyenne et la disparition de la classe rurale s'est imposée l'hégémonie d'une mentalité individualiste (qui se manifeste à travers le développement des droits de la personne), et utilitariste (à travers le consumérisme); 2) ceci s'accompagne du désenchantement du monde et de l'histoire (mort de Dieu, des mythologies, etc.); 3) et de la mutation et du rééquilibrage des rapports sociaux (éthique de la différence humaine, développement de la notion d'identité) 4) et, finalement de la fragmentation des

contraint à céder du terrain à des courants alternatifs qui miseraient sur une logique solidaire.

4.7 *Le désir d'agir*

Le présent chapitre recèle une tension interne évidente que nous croyons fondamentale à la nature humaine. D'une part, il nous apparaît incontournable à tout projet intellectuel cohérent, particulièrement en droit, d'aborder directement le caractère illusoire de l'instrumentalisation des théories. D'autre part, cette reconnaissance ne doit pas servir de prétexte à l'abandon de la recherche de l'amélioration du monde dans lequel nous évoluons et plus particulièrement des sociétés sans lesquelles nous ne pouvons nous développer. En réalité, c'est précisément en raison de la reconnaissance de l'importance de l'identité que nous devons reconnaître les carences de l'instrumentalisme tout en défendant ce désir d'agir à travers lequel notre besoin d'authenticité¹¹¹ s'affirme et par lequel notre personnalité se construit.

Nous avançons comme proposition centrale de la présente thèse que le phénomène juridique dépasse largement la normativité étatique pour englober dans son principe toute normativité. Or la normativité étatique, et en particulier la législation et la réglementation, sont parmi les formes les plus achevées de normativité manifeste,

sphères de la vie et de la culture (spécialisation du droit). À la page 316, il nous offre toutefois une mise en garde: "Plus on sent et craint le vide moral et plus on sent la demande de morale, plus on risque d'être entraîné dans des excès de régulation qui se prennent pour de la vertu et pour de la pureté morale." Ainsi, le désengagement de l'État n'est à bien des égards qu'apparent puisque le volume de sa production normative n'a jamais été aussi important. Voir Guy Rocher, *ibid.* Voir également Yves-Marie Morissette, *Figure actuelle du juge dans la cité*, (1999) 30 R.D.U.S. 1, aux pages 14 et 15.

¹¹¹ Au sens du développement de la conscience du moi profond. Voir Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, traduit par Charlotte Melançon, Montréal, Bellarmin, 1992.

normativité qui, en raison de ses caractéristiques, se conjugue souvent à l'aune de l'instrumentalisme. Mais l'instrumentalisme n'est pas circonscrit à cette forme de normativité. La normativité alternative peut également être un lieu privilégié d'expression de tentations instrumentales, surtout lorsque les normes dont il est question sont manifestes. Il en est certainement ainsi des codes de conduite émis par les corporations professionnelles et les barèmes de rémunération adoptés par des grandes entreprises.

Nous avons vu au chapitre dernier qu'à la fois la normativité étatique et la normativité alternative peuvent se développer sous des modes allusif, routinier et latent. Il semblerait que les normativités allusives et routinières se prêtent assez mal à l'instrumentalisation et que la normativité latente s'y oppose carrément dans son principe. Ces trois types de normativité suivent une logique distincte de la normativité manifeste. Ils ne sont pas, au premier chef, des vecteurs d'inscription volitive. La signification ou l'origine, selon le cas, des normes qu'ils portent est difficilement saisissable. Ces normativités sont en ce sens moins manifestes, moins susceptibles à une tentative de réduction de leur contenu à une compréhension univoque. Nous savons d'ailleurs que même pour les normes manifestes, la possibilité d'une telle réduction demeure en grande partie une vue de l'esprit en raison de l'entreprise de construction du sens dont elles sont nécessairement l'occasion. Il demeure que pour les normes allusives, routinières et latentes, leur caractère plus fortement indéterminé les protège assez bien des tentations instrumentales.

Le droit constitue toutefois une façon de concevoir, de comprendre et d'imaginer le monde dans lequel nous vivons. Et la capacité d'imaginer implique celle de transformer. Il est par conséquent normal que nous désirions agir sur notre

environnement. Ce que nous avons cependant avancé dans le présent chapitre, c'est que notre capacité de transformer celui-ci ne se transpose pas dans l'hypothétique rapport d'immédiateté qu'implique l'instrumentalisme. L'instrumentalisation des théories et par suite des rapports humains appose un filtre réducteur sur une réalité complexe et détruit toute notion d'altérité nécessaire à la préhension de notre vécu. Le droit peut certes contribuer à transformer notre environnement, mais par des mécanismes plus subtils ne peut le laisser entrevoir son instrumentalisation. Ceci devrait en retour nous porter à une très grande prudence quant à tout aspect plus proprement prescriptif que nous désirerions reconnaître au pluralisme juridique radical et, en particulier, quant au désir que ce dernier implique d'assurer une plus grande reconnaissance aux normativités présentement éclipsés par la normativité étatique.

Ce programme vise à assurer une meilleure compréhension des phénomènes normatifs, mais également à épanouir l'imaginaire juridique pour nous inciter à chercher ailleurs et autrement des solutions aux maux que nous attribuons à nos sociétés. Or, ce faisant, nous désirons en quelque sorte rendre plus manifestes les modes opératoires normatifs sous-valorisés sans toutefois transformer les normes auxquels ils donnent lieu en normes manifestes. Un tel projet de transformation serait d'ailleurs inévitablement voué à l'échec puisque les normes allusives, routinières et latentes émergent largement en dehors de toute expression volitive et qu'elles continueraient donc à émerger et se développer malgré toute tentative de contrôle ou de transformation. D'autre part, leur passage au manifeste changerait nécessairement leur nature de sorte qu'il en résulterait des normes entièrement nouvelles. Notre projet doit par conséquent se limiter à la promouvoir de la reconnaissance du fait que certaines normes se déploient hors des logiques instrumentales et que leur contribution relève justement de cette caractéristique. La reconnaissance de leur existence devrait donc servir à nous rappeler que l'imaginaire

humain se déploie également selon des logiques autres qu'instrumentales.

Nous avons tenté de contribuer dans le présent chapitre à cet objectif plus large en faisant ce qui constitue essentiellement un inventaire des carences des conceptions instrumentales de la normativité. Cet éclairage est de nature à ébranler la confiance aveugle que nous manifestons souvent à l'égard de la normativité manifeste et surtout quant à la législation et la réglementation. Car l'instrumentalisme semble souvent occuper tout le terrain de l'imaginaire juridique, tout l'univers symbolique sur lequel le droit s'appuie. C'est donc en réalité à dégager un champ dans lequel pourront s'épanouir les autres logiques normatives que nous nous appliquons. Ainsi, c'est en définitive à l'évolution de la symbolique juridique que nous désirons contribuer.

Chapitre 5

Le symbolisme et le droit

Le symbolisme se rapporte aux mécaniques par lesquelles nous intériorisons nos contacts avec le monde externe afin de lui donner du sens. Ces mécaniques procèdent nécessairement par étapes pour construire différents niveaux de savoirs. Il y a d'abord ce savoir immédiat transmis par nos sens, qui nous fournit une information brute, discontinue et parcellaire qui ne saurait en soi avoir de signification particulière. C'est l'intelligence qui transforme cette information, surtout par induction et par déduction, pour l'inscrire dans des rapports de pertinence. Les liens ainsi construits nous permettent ensuite d'interpréter des faits bruts pour en tirer des acquis sur les fondements desquels d'autres savoirs peuvent être développés. Ainsi s'articule le processus de sédimentation par lequel se construit la connaissance.

Les savoirs développés à un niveau ou un autre de cette échelle peuvent toutefois relever de logiques fortement différenciées. Le type d'inscription de sens auquel ces savoirs procèdent peut dépendre de leur nature, mais il dépend surtout du contexte dans lequel ils sont abordés et du point de vue de l'individu chez qui ils s'impriment. Au dernier chapitre, nous avons ainsi vu dans l'instrumentalisme une des formes que peut adopter le savoir, une des façons de donner du sens à notre univers. Nous explorerons dans le présent chapitre une façon opposée de comprendre notre rapport à notre environnement, soit le symbolisme.

Comme tout savoir, le symbolisme se rapporte au sens que l'on accorde à des phénomènes. Il a toutefois ceci de particulier qu'il concerne un savoir qui dépasse par sa portée celui qui se déduit immédiatement des faits bruts. Le symbolisme, c'est la

transformation d'un phénomène en une représentation d'une réalité plus étendue qui l'englobe. Ainsi, le phénomène devient un *symbole* et, de ce fait, signifie plus que son strict contenu.

Cette construction découle de la valeur particulière qui est surajoutée au phénomène par l'intellect. Cette valeur ajoutée procède quant à elle d'un jugement, dont nous verrons qu'il peut être explicite ou implicite, par lequel un phénomène singulier est associé à d'autres phénomènes. Cette association précède la représentation. Elle se rapporte à la correspondance de la nature ou de l'ontologie d'objets distincts. L'intellect juge qu'en raison de cette correspondance, ces objets peuvent être compris comme faisant partie d'un même ensemble, et qu'ils présentent en définitive une nature partagée. C'est sur le fondement de cette association que le symbole est créé. De cet ensemble, l'intellect retire un phénomène particulier qui lui apparaît représenter avec la plus grande acuité la caractéristique partagée. C'est ainsi que le symbole en vient à représenter et même à incarner une réalité qui le dépasse par son ampleur. Partant, le symbole évoque l'analogie et par conséquent l'herméneutique. Il n'implique qu'ultérieurement la sémiotique qui, elle, repose sur un effort d'explicitation des mécaniques implicites par lesquels opèrent les symboles, et non sur une explicitation de leur modes de constitution.

5.1 Les niveaux de compréhension du symbolisme

On voit donc que le jugement opère à plusieurs niveaux. Premièrement lorsque sont tissés les liens qui unissent les phénomènes, mais également lorsque la représentativité de chacun d'entre eux est jaugée. C'est toutefois le processus de classification qui implique probablement l'effort d'intellection le plus important. Ce dernier suppose l'analyse de phénomènes distincts afin d'en déterminer la nature. Cette

quête ontologique présume un effort de compréhension de chaque phénomène qui met à contribution toutes les ressources cognitives de l'individu. Ce dernier doit décortiquer les phénomènes pour départager ce qui détermine leur nature de ce qui leur est accessoire, ce qui impose une véritable préhension de l'objet.

Il demeure bien entendu que tout objet présente nécessairement plusieurs saillies et aspérités par lesquelles il peut être saisi, et que comme tout jugement, celui relatif à la représentativité d'un objet peut être débattu. Il ne s'agit pas d'un exercice relevant de la raison pure, mais bien du jugement d'un acteur situé dans un contexte intellectuel, culturel, historique, sociologique, religieux, etc. Ce qui nous oblige à reconnaître que la transformation d'un phénomène en un symbole demeure une affaire profondément subjective. Ce n'est néanmoins qu'une fois franchie cette première étape analytique que des phénomènes peuvent être reliés entre eux en fonction des rapports ainsi déterminés. Les phénomènes mis en commun forment de la sorte des ensembles dont le symbole peut ensuite être tiré.

Le symbole représente avec une acuité particulière la nature partagée d'un ensemble de phénomènes, dont il constitue en quelque sorte le prototype. Or, la détermination de la représentativité d'un phénomène constitue elle aussi un acte lourd et potentiellement controversé. Elle découle d'une foule de facteurs qui, plus encore que ceux qui expliquent les choix qui mènent à la détermination de l'ontologie d'un phénomène, relèvent souvent du contexte sociologique dans lequel est opéré ce jugement. En effet, l'idée de partage anime le concept de représentativité. Ainsi, un phénomène est considéré représentatif lorsque son caractère prototypique est largement reconnu au sein d'une communauté donnée ou lorsque l'évidence de ses caractéristiques pertinentes est telle que son aspect symbolique peut facilement être saisi.

Ceci pose la question de l'échelle à laquelle se déploie le symbolisme; est-il nécessairement un phénomène collectif, ou peut-il être compris comme une expérience purement introspective? En fait, le symbolisme participe nécessairement de ces deux mondes.

5.1.1 La symbolique introspective

Il existe en chacun d'entre nous une symbolique qui nous demeure entièrement personnelle, en ce sens qu'elle émerge à notre conscience sans intervention extérieure apparente, ou du moins sans que d'autres y contribuent consciemment, et que nous choisissons de ne pas tenter de la communiquer. Un parapluie peut par exemple devenir un symbole de la violence et du rejet parental pour quelqu'un qui a été battu par cet instrument pendant son enfance. Pour diverses raisons, fut-ce la honte ou la volonté d'oublier, cette personne peut choisir de ne pas faire connaître ce symbole à son entourage. Ce banal objet conserve néanmoins une puissance symbolique redoutable pour cet individu. Il est indéniable que la symbolique introspective occupe une place importante dans la psyché individuelle par l'ascendant qu'elle possède sur plusieurs des processus intellectuels et décisionnels qui nous animent, et ce malgré que son existence même demeure cachée du monde. De ce fait, ce type de symbole peut orienter les actions individuelles et manifester un impact normatif. Cette dimension du symbolisme ne peut donc être ignorée, surtout dans le cadre de l'étude des processus motivationnels.

La difficulté principale que cet aspect du symbolisme représente réside toutefois dans sa nature même, c'est-à-dire dans son caractère introspectif. Comment connaître un savoir caché qui ne peut nous être livré que par l'individu qui le détient et qui, par surcroît, n'a de sens que pour ce dernier. Tout en reconnaissant sa pertinence à l'analyse

des mécaniques normatives dans son rapport aux raisons qui guident l'action, nous devons accepter avec un certain fatalisme qu'il est impossible de sonder objectivement les motivations individuelles profondes. En définitive, nous sommes limités sous ce rapport à ce que veut bien nous révéler notre prochain.

À certains égards, il est toutefois difficile de considérer le symbolisme comme purement introspectif. Il s'articule en réalité sur le fondement d'une tension entre un pôle individuel et un pôle collectif. La symbolisation est une construction intellectuelle qui s'élabore, en définitive, au sein de chacun d'entre nous. Nous nous construisons un schème de pensée par lequel nous donnons du sens à notre environnement et au sein duquel certains phénomènes en viennent à représenter des pans entiers de cette réalité. C'est par cette intellectualisation que nous chargeons les symboles de sens. Il s'agit donc *a priori* d'un processus profondément subjectif.

5.1.2 Les aspects collectifs du symbolisme

Ce processus se présente néanmoins comme collectif sous trois aspects essentiels. En premier lieu, tout exercice intellectuel se fonde pour une grande partie sur des connaissances acquises par l'entremise de la socialisation. Le langage, les structures de pensée et la plupart des référents sur lesquels nous nous appuyons consciemment ou inconsciemment ont été absorbés au contact des autres par un processus qui est grandement involontaire. Nous en venons bien entendu à prendre position sur certains de ces éléments et quelquefois à les rejeter, affirmant ainsi notre individualité, mais il n'empêche que nous ne pourrions nous épanouir intellectuellement sans le fondement que représente ce savoir collectif. Les constructions symboliques auxquelles nous procédons individuellement conservent ainsi des fondements collectifs; c'est pourquoi nous sommes

tous des individus situés dans un contexte sans toutefois être esclaves de celui-ci.

Il est fondamental de reconnaître en deuxième lieu que la symbolisation est un des modes d'expression privilégiés par l'être humain. Nous avons vu que le symbolisme permet de comprendre et de donner du sens à notre environnement parce qu'il permet de faire saisir une réalité complexe par une représentation archétypique. Or, en raison du caractère social et même grégaire de l'être humain, la compréhension est nécessairement tournée vers la communication. On peut même affirmer que les accommodements nécessaires à la vie sociale obligent à la communication. Comme la communication n'est ni plus ni moins qu'une tentative de transmission à autrui de ce que nous comprenons de notre environnement et de nous mêmes, il n'est pas étonnant qu'elle mobilise entre autres le mode de compréhension que constitue le symbolisme. À cet égard, le symbolisme représente donc un savoir projeté par l'individu vers son prochain, en quelque sorte un interface qui lui permet d'interagir avec celui-ci. Sous cet aspect essentiel, le symbolisme représente donc un phénomène collectif, qui dépasse nécessairement la simple introspection.

Mais plus encore, en tant que mode d'expression, le symbolisme est concerné par les relations qu'entretiennent les individus, le plus souvent au sein d'une même communauté d'appartenance. Les symboles sont communiqués afin de transmettre des idées et des concepts mais également afin de créer une communauté d'idées à travers lesquels les individus peuvent se comprendre entre eux. En effet, tout effort de communication implique une certaine communalisation d'un savoir sur lequel l'individu renonce nécessairement à l'exclusivité. Cette projection de l'individu vers la communauté vise nécessairement à construire un savoir partagé sans lequel la possibilité même de la communication demeure illusoire. C'est ainsi qu'un symbole né d'une délibération

individuelle devient un point de référence commun que les membres d'une communauté mobilisent ensuite dans leurs communications. Et bien souvent c'est au sein même de la communauté que se développe cette symbolique qui relève du savoir partagé.

En effet, on doit en troisième lieu considérer le symbolisme comme collectif en raison du mode de constitution d'une large part des symboliques partagées au sein de nos communautés. Les symboles dont il est question émergent par l'entremise d'un processus de rétroaction, tourné de la communauté vers les individus, qu'on peut reconnaître au fait qu'il est difficile d'en attribuer la paternité à un individu ou une institution particulière. Ils semblent en effet émerger selon l'une ou l'autre des logiques suivantes: soit que le caractère symbolique d'un phénomène s'impose de lui-même et immédiatement à la conscience des membres de la communauté en raison de sa prégnance, soit qu'il émerge graduellement au sein de celle-ci sans qu'on puisse précisément identifier les raisons qui ont mené à la traduction du phénomène en un symbole. Il n'empêche que, le cas échéant, le symbole en vient à former naturellement autour de lui le consensus sur la base duquel il devient un savoir partagé. Le symbole est alors tout à la fois le produit et le précurseur d'un certain bouillonnement social. Le cas échéant, on peut affirmer que la symbolisation représente réellement un construit collectif car c'est à travers les interactions et le vécu collectif qu'elle prend forme. Le symbolisme projette alors un savoir construit dans un processus dialogique qui reflète une dialectique entre l'individu et la communauté, puisqu'ils participent tous deux à la constitution de ce savoir qui les nourrit. Ce faisant, la signification du symbole se construit en dehors de toute expression singulière de volonté de sorte qu'il s'agit d'un construit organique, libéré du contrôle individuel ou même collectif.

Ces symboles qui font office de savoir partagé au sein d'une communauté se

déploient, tout comme les normes, à des échelles qui varient grandement. La communauté dont il s'agit peut être composée de quelques individus ou représenter un petit groupe d'initiés, une association réduite ou élargie ou encore la société en général. Il s'ensuit que ce savoir communicationnel peut rejoindre plus ou moins d'individus et être le produit d'une interaction plus ou moins large. Son échelle importe d'ailleurs assez peu puisqu'elle n'affecte ni ses fondements ni les mécaniques par lesquelles il prend forme et s'exprime. Elle n'est conséquente en définitive que quant à l'impact du symbole sur les individus et, de façon accessoire, à sa visibilité auprès de ceux-ci. Cet impact ne saurait quant à lui nous préoccuper que dans la mesure où la symbolique est perçue comme un outil pour agir sur la société, ou qu'on tente de la mobiliser à cette fin. Le cas échéant, des acteurs sociaux chercheront à créer des symboles ciblés dont l'échelle refléterait l'ampleur de leur ambitions. Nous examinerons plus loin cet aspect proprement normatif de la symbolisation.

5.2 *Quelques mises en garde*

Quelques mises en garde apparaissent utiles pour l'immédiat. Soulignons premièrement que c'est afin d'en favoriser la compréhension que nous avons décrit ci-dessus, et que nous décrirons en quelques endroits ci-dessous, le processus de constitution et de construction des symboles comme discontinu et fragmenté en des étapes analytiques fortement départagées. Il ne faudrait pas que cette heuristique masque le caractère fluide et continu de ce mode de connaissance. Ainsi, il faut éviter de porter trop d'attention à l'identification du point d'origine des symboles ou de chercher à attribuer formellement leur paternité. Les symboles ne naissent ni ne meurent véritablement mais évoluent plutôt pour se cristalliser plus ou moins fermement à certains points dans l'espace et dans le temps. En fait, comme tout savoir, le symbole est le fruit de l'explicitation d'un

potentiel sous-jacent dont se saisissent des individus.

Il ne faudrait toutefois déduire de ce qui précède que nous souscrivons au déterminisme ou au nihilisme. Cette affirmation s'inscrit plutôt en proche parenté avec la théorie de la connaissance développée par Michael Polanyi¹¹². Ce dernier postule de manière générale que la sédimentation des savoirs ouvre de nouveaux horizons de potentialités que l'intelligence saisit bien souvent par l'intuition pour ensuite les développer en de nouveaux savoirs qui ouvrent eux-mêmes de nouveaux horizons de potentialités. La connaissance se développe donc grâce à cette capacité, l'intuition, qui nous permet d'entrevoir les liens qui unissent tacitement des savoirs disparates et qui nous indique la voie vers la découverte et l'explicitation de nouveaux savoirs. Si ceci nous permet d'affirmer que tout existe sous forme de potentialité, on ne saurait néanmoins prétendre que les trajectoires personnelles et, partant, le développement de nos connaissances souffrent de déterminisme. En fait, ces derniers demeurent soumis aux contingences de l'impulsion humaine. C'est par conséquent l'incarnation concrète d'un potentiel sous-jacent qui prend forme premièrement dans un symbole et ensuite dans le cheminement de la ou des significations auxquels il sert de véhicule.

Les symboles ne suivent pas de trajectoire univoque. Ils demeurent des lieux explicitement ou implicitement contestés qui reflètent par cette caractéristique les tensions qui animent nécessairement les sociétés dont ils émergent. L'intervalle de sens qui leur est donné, qui est compris entre les positions les plus antagonistes quant à ceux-ci, est d'autant plus étendu que les symboles dont il est question se rapportent à des sujets plus sensibles ou déchirants pour cette société. Le cas échéant, les symboles peuvent représenter avec une acuité particulière les pôles de friction qui animent cette dernière.

¹¹² Voir: Michael Polanyi, *supra* note 104.

En fait, ces fluctuations dans la signification du symbole peuvent elles-mêmes être comprises comme relevant de diverses dynamiques. Ainsi, différentes interprétations d'un symbole peuvent signifier une fragmentation de celui-ci en des symboles distincts ou au contraire l'expression des multiples facettes d'une même réalité. Peu importe l'interprétation qu'on lui donne, ce caractère pluriel des symboles doit néanmoins être reconnu.

Chaque symbole connaît une ou des trajectoires. D'ailleurs, l'évolution du sens d'un symbole atteste des courants souterrains qui l'animent. Dès lors qu'il est projeté par la communication, le symbole sort de l'emprise de la personne qui l'exprime, que cette dernière puisse ou non être identifiée comme son géniteur. Il suit dès lors une trajectoire ou des trajectoires multiples qui évoluent selon les aléas des interactions par lesquelles il est saisi. Il se construit ainsi une ou des significations qui peuvent éventuellement prendre une tournure tout à fait distincte de celle qu'il avait initialement. La signification du symbole peut donc évoluer vers une caractérisation éclatée, distincte selon les individus qui s'en saisissent ou les circonstances dans lesquelles il prend forme, ou bien encore muer en une mouvance plus largement coordonnée qui accouche d'un certain sens commun. Quoi qu'il en soit, la signification d'un symbole demeure une réalité évolutive qui n'est jamais parfaitement définie et dont la marche demeure largement imprévisible et le résultat contingent.

D'autre part, il est important de reconnaître que ce que nous décrivons en des termes explicites est le plus souvent un processus implicite. Tout comme l'adhésion à des normes ne découle pas nécessairement d'un jugement normatif explicite, la construction d'un symbole ne résulte pas nécessairement de décisions conscientes ou d'un volontarisme exprimé par des individus ou des collectivités. Les symboles ne requièrent pas la

médiation de la conscience pour exister. Ils sont très souvent intégrés comme tel par les individus sans faire l'objet d'un arbitrage subjectif élaboré. Le construit symbolique découle alors d'une projection toute faite intériorisée comme telle par l'individu, résultant en un impact souterrain, involontaire. C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles la symbolisation doit souvent être conçue comme un processus organique.

Il faut de plus reconnaître que la constitution d'un sens partagé au sein d'un groupe est nécessairement d'autant moins volontaire que le groupe est important. Quelques individus peuvent, suite à un processus dialogique explicite, fixer le sens que possède pour eux un symbole, mais un tel débat devient impossible lorsqu'il s'articule au sein d'une communauté entière. Le cas échéant, c'est par le vécu, les actes et surtout la sédimentation des pratiques que le sens du symbole vient à s'établir pour être partagé. Il s'agit bien entendu d'un processus qui peut faire l'objet d'une plus ou moins grande explicitation mais dès qu'il atteint une certaine échelle il appert comme relevant pour une part importante de l'implicite.

Il ne s'ensuit pas que les symboles sont soustraits à l'arbitrage individuel. Ils demeurent toujours vulnérables à un sursaut de la conscience qui, s'en saisissant, peut décider de les rejeter ou de reconstruire leur signification. Les symboles flottent donc entre une plus ou moins grande préhension par la conscience, entre le construit externe et le processus réflexif. Par la nécessité même des choses, une part importante des construits symboliques doit toutefois échapper à l'emprise de notre conscience puisque, à supposer que nous le désirions, nous ne pourrions faire relever de décisions conscientes l'ensemble de nos représentations. On peut donc affirmer que le construit symbolique dépasse l'individu mais demeure en dernière analyse soumis à son arbitrage. Ainsi, à l'image de la norme, le symbolisme est à la fois subjectif et inter-subjectif.

5.3 *Approfondissement de la typologie*

La typologie du symbolisme que nous avons ébauchée ci-dessus est portée par deux dichotomies, soit la dichotomie collectif/introspectif et la dichotomie mode de compréhension/mode d'expression. Nous avons vu que ces éléments sont reliés par des affinités particulières. Ainsi, le symbolisme se voit nécessairement limité à un mode de compréhension quant à son aspect introspectif alors qu'il peut être compris à la fois comme mode de compréhension et comme mode de communication quant à son aspect collectif. En fait, quant à cet aspect collectif, ces deux déclinaisons du symbolisme se fondent bien souvent de sorte qu'il est difficile de les départager en pratique.

Ce domaine en apparence plus étendu des aspects collectifs du symbolisme ne devrait toutefois pas occulter l'importance de ses aspects plus proprement introspectifs. Ces derniers jouent un rôle déterminant dans les mécaniques décisionnelles humaines et ne peuvent par conséquent être évacués d'un débat sur les fonctions et potentiel du symbolisme en raison de leur seule incommensurabilité. Une typologie adéquate devrait donc reconnaître que le symbolisme prend forme et fait sentir ses effets à la fois au tréfonds de l'individu et dans la collectivité.

5.3.1 *Une typologie partagée*

L'adoption d'une typologie peut contribuer à mieux situer la nature et le potentiel du symbolisme. C'est d'ailleurs ce à quoi nous nous attarderons dans la présente partie. Nous fonderons notre analyse du symbolisme sur la grille analytique que nous avons appliquée aux phénomènes normatifs au chapitre trois. Le recours à cette dernière nous apparaît particulièrement approprié puisqu'elle permet de rendre compte de ce caractère

multiple du symbolisme en recentrant l'analyse sur les procédés et formes des symboles.

Nous nous rappellerons en effet que cette typologie est construite sur le principe d'une grille définie par un axe borné par les pôles *explicite* et *implicite*, et un axe borné par les pôles *formulé* et *inférentiel*. Ce premier axe, s'appliquant aux symboles, désigne le caractère du processus dont ils sont issus, leurs modes et logiques de production. Ainsi, peut être considéré explicite un symbole issu d'un processus conscient qui est explicitement destiné à cette fin. Émanant de la volonté, il représente alors un acte décisionnel clair. À l'inverse, les symboles implicites ne relèvent pas de processus conscients d'émergence ou d'élaboration; ils sont le fruit de processus souterrains, indéfinis, exempts du contrôle et de la préhension par la conscience, en quelque sorte involontaires. Ils sont donc fortement indéterminés dans leur production, par opposition aux symboles explicites qui, eux, sont fortement déterminés.

Il faut par ailleurs se rappeler que ces archétypes bornent cet axe et que par conséquent la presque totalité des symboles doivent être situés quelque part entre ces deux extrêmes. Il est également important de noter que cette caractérisation des symboles s'applique tout autant à ceux qui relèvent de l'introspection qu'à ceux qui relèvent du construit collectif en raison du fait qu'ils sont projetés sur la collectivité ou qu'ils émanent d'elle à proprement parler. Que ce soit au sein de l'individu ou de la collectivité, les symboles peuvent donc prendre forme au terme de processus plus ou moins conscients, ou plus ou moins souterrains.

Le deuxième axe, borné par les pôles *formulé* et *inférentiel*, concerne de façon particulière la formulation des symboles. Il nous permet d'évaluer le degré de précision avec lequel un symbole peut être connu de l'esprit. Ainsi, un symbole peut être considéré

comme formulé lorsque l'image qui le représente ainsi que son contenu sont fortement déterminés et liés par une relation univoque. Le cas échéant, en raison du fait qu'ils sont clairement formulés, le contenant et le contenu du symbole peuvent être connus avec précision. Par opposition, le symbole inférentiel relève d'une forme et d'un sens ambigus, qui sont donc unis par une relation incertaine qui se contente de supposer sa substance plutôt que de la révéler au grand jour. Ce concept traduit donc une mouvance, quelque chose dont on sait qu'il supporte une charge symbolique mais qui demeure un lieu flou, équivoque quant à sa signification, qui demeure par conséquent un lieu contesté. Pour porter du sens, il demeure que le symbole ne doit pas traverser cette frontière à partir de laquelle il se fond dans l'arrière plan des objets qui peuplent notre existence sans influencer sur celle-ci.

C'est donc à l'intérieur des extrémités désignées par ces deux archétypes que se situent en pratique les symboles. Le point que ces derniers peuvent se voir désigner sur l'axe ainsi défini ne dépend par ailleurs aucunement de leur nature introspective ou collective, puisque l'individu comme la collectivité travaillent tout autant avec des matériaux qu'ils définissent avec plus ou moins de rigueur. Les définitions imprécises que supposent les symboles inférentiels proposent d'ailleurs un riche terreau qui fait souvent sentir sa vitalité à travers son large potentiel explicatif et conflictuel. Aucune formulation d'un symbole n'est donc *a priori* plus souhaitable qu'une autre.

En terminant, il serait inconvenant de ne pas mentionner le lien qui unit la formulation du symbole avec sa communication et, partant, son potentiel collectif. Même si la formulation du symbole constitue un prélude à sa communication, elle n'en demeure pas moins une virtualité qui n'a pas à se concrétiser. La symbolique achevée peut demeurer intérieure. Le type de formulation dont échoit le symbole détermine toutefois

fortement la réception réservée de façon ultime à sa communication. Ainsi, une symbolique qui se rapproche du pôle inférentiel aura tendance à ouvrir un plus large intervalle au sein de laquelle son sens pourra se développer, tandis que le symbole fortement déterminé donne initialement lieu à une moins exubérante créativité. Rappelons néanmoins que nul ne possède les symboles et que ces derniers se transmutent souvent en des figures imprévisibles.

5.3.2 *Quatre idéaux-types*

Suivant la grille formée par les deux axes décrits ci-dessus, quatre idéaux-types peuvent être postulés. Il s'agit des symboles *manifestes*, *allusifs*, *routiniers*, et *latents*. Rappelons que cette typologie n'est qu'une heuristique et ne vise pas à décrire des réalités définies par des frontières imperméables. À l'instar des normes, les symboles constituent dans le concret des objets qui se rapprochent plus ou moins des idéaux-types. Il est toutefois utile de définir ces derniers afin de mieux comprendre les formes que les symboles peuvent adopter et, de façon ultime, explorer plus à fond leur potentiel en regard de la normativité.

La symbolique manifeste représente donc l'association au terme d'un processus fortement déterminé d'un sens univoque à un phénomène facilement identifiable. Peut par exemple être ainsi qualifiée la production des organes de propagande officiels. Il s'agit bien entendu du mécanisme mobilisé dans les opérations de propagande politique, qui visent à faire accepter le régime ou une option qu'il propose, mais également celui auquel ont recours des grands groupes industriels ou financiers qui tentent de projeter d'eux-mêmes une image positive, tel les producteurs de cigarettes qui cherchent à se faire valoir sous le jour de bons citoyens corporatifs.

La symbolique allusive concerne le surplus de sens projeté au terme de processus néanmoins soumis à l'arbitrage de la conscience. Le cas échéant, l'esprit ne cherche pas à donner un sens univoque, ou ne réussit pas à donner un sens univoque, au symbole. Il en est ainsi de l'interprétation générale que des individus ou des institutions portent sur des phénomènes sans toutefois réussir à déterminer de façon précise leur sens. Il s'agit en fait soit du ratage d'une tentative de création symbolique précise, ou, le plus souvent, de l'opinion provisoire donnée sur un phénomène qui laisse deviner son importance sans qu'il soit possible de percer le mystère de sa signification.

La symbolique routinière procède d'une mécanique inverse. C'est au terme d'un processus inconscient, où n'intervient pas la volonté, que ce type de symbole est fixé dans une formule canonique. Ainsi, le contenant et le contenu du symbole s'impriment très clairement à l'esprit sans qu'on puisse déterminer avec précision le processus par lequel ils en sont venus à acquérir cette prégnance. Il en est ainsi d'une large part des symboles qui s'imposent à notre conscience, qu'ils demeurent enfouis en notre sein ou qu'ils soient largement partagé au sein d'une communauté. On ne sait ni trop comment ni trop pourquoi ils ont acquis leur statut de symbole, mais ils sont d'une limpidité telle qu'ils entrent dans le vocabulaire des images que nous utilisons à tous les jours pour donner du sens à notre environnement. Il en est ainsi, par exemple, d'une grande part du symbolisme propre à la mode ou aux idéaux de beauté. Les vêtements "grunge" sont considérés comme rebelles et les femmes minces et élancées sont considérées comme représentant l'idéal de féminité. Ce sont des symboles forts qui émergent en l'absence de volontarisme.

La symbolique latente représente cette large nébuleuse qui renferme le réservoir de sens inscrit au sein de la culture, quelle soit propre à un individu ou à une société

entière. Ces symboles sont latents en ce qu'ils émergent de processus soustraits à la conscience et qu'ils se manifestent en des mouvances générales et fluctuantes aux sens équivoques et souvent discordants. Ils représentent des sortes de dynamiques sociales ou encore la retranscription de l'humeur d'une société. Ils peuvent également être considérés comme latents en ce qu'ils constituent un réservoir de symboles qui attendent bien souvent de s'affirmer pour adopter un sens plus fortement défini ou encore être rapatriés au sein d'un processus plus explicite. Sans être inachevé, ce type de symbolique constitue en quelque sorte un fond commun qui ouvre très largement son intervalle interprétatif. De ce fait, l'existence et la pertinence des symboles que renferme la symbolique latente ne peut être reconnue qu'à un niveau assez élevé d'abstraction.

La symbolique entourant des concepts mous comme la modernité ou, plus encore, la post-modernité en constitue l'archétype. Nous pouvons ressentir la pertinence de ces symboles sans toutefois pouvoir attribuer leur émergence à un processus déterminé ni lever le voile d'ambiguïté qui conditionne leur signification même. Ces spectres habitent ainsi notre intelligence individuelle et collective et toute leur vitalité réside justement dans leur intangibilité. C'est toutefois cette dernière qui mène trop souvent à leur déconsidération puisqu'elle les place carrément hors du domaine de l'intervention volitive. La normativité, et à plus forte raison le symbolisme, n'arrête toutefois pas son action à l'inscription volitive, loin s'en faut. Malgré ce fait, ou peut-être en raison de celui-ci, la normativité occupe une place capitale à travers tout le spectre de l'activité humaine.

5.4 *L'effectivité du symbolisme*

Si la construction des symboles demeure pertinente pour le droit en raison de ses parallèles évidents avec la construction des normes, c'est surtout par ricochet, à travers son effectivité, que la symbolique provoque l'intérêt du juridique. Dans ses aspects *ex post*, la symbolique manifeste en effet plus que des parallèles avec la normativité, elle présente carrément une interpénétration des principes mêmes des deux phénomènes. Bien que mue par des logiques *a priori* distinctes, la symbolisation implique des aspects normatifs essentiels alors que la normativité existe pour une part importante à travers ses impacts symboliques. Cette interpénétration des logiques de ces deux modes d'action et de compréhension doit être reconnue à la fois pour une meilleure compréhension des fondements du juridique, mais également pour relativiser la centralité à cette discipline de logiques concurrentes, dont nécessairement celle de l'instrumentalisme. Mais avant de définir les frontières et territoires communs que peuvent partager la normativité et le symbolisme, il importe de décrire plus avant les mécaniques qui animent ce dernier à travers l'exploration de son effectivité.

5.4.1 *Son impact indirect*

Le symbolisme donne lieu à une effectivité particulière dont la reconnaissance est plus aisée lorsqu'il se manifeste dans ses aspects plus proprement collectifs. *A priori*, ces symboles ne semblent pas répondre de la logique de l'inscription volitive. Ils sont souvent des phénomènes qui, par les hasards et coïncidences de l'histoire et par conséquent de l'interaction humaine, ont acquis une certaine prégnance chez des individus qui se manifeste par une dominance sociale. C'est surtout par le processus organique que nous décrivions ci-dessus que ces symboles acquièrent leur statut. On

pourrait dire de manière générale que le symbole ne recherche pas la proéminence mais qu'elle lui est dévolue au terme d'un processus multipolaire, et même polycentrique¹¹³, donc dépourvu de structure de commandement hiérarchisée. En fait, l'ontologie du symbole n'est pas de normer mais de représenter. S'il ne recherche pas à inscrire dans les actes une volonté, qu'elle soit univoque ou plurielle, il se répercute toutefois de façon très conséquente sur les comportements. Et c'est souvent lorsque le symbole devient un savoir largement partagé au sein d'une communauté qu'il se répercute le plus perceptiblement sur les membres de celle-ci, quoique des symboliques moins étendues ont sur ceux qu'elles habitent un effet aussi prononcé. Comme tout phénomène largement vécu, ces symboliques partagées ont tendance à braquer sur elles notre attention en raison de l'échelle de leurs impacts potentiels, et non de leur importance à un niveau individuel.

5.4.2 *Le conditionnement de la pensée*

En fait, quelle que soit son échelle, l'impact du symbole est indirect. Par les représentations qu'il cautionne, il conditionne la façon de penser et d'imaginer la communauté et l'environnement; c'est sa principale force. Ce conditionnement opère de façon subtile et complexe. D'une part par la prédominance ou la visibilité particulière qu'il accorde à certains phénomènes il met une emphase sur le rôle particulier qu'ils peuvent jouer dans nos sociétés. En fait, cette sur-emphase qu'implique le symbolisme transporte souvent certains symboles, mais surtout leur fonction, au centre de nos préoccupations. C'est en effet leur fonction ou le rôle qui est ainsi exacerbé puisque le symbole ne sert en bout de ligne que de faire-valoir pour un concept ou une idée qu'il représente. Cette visibilité fait en sorte que certaines préoccupations occupent dans nos choix de vie une place plus importante que ne le justifie en réalité leur pertinence. Par

¹¹³ Voir Michael Polanyi, *supra* note 93.

exemple, une personne ayant commis un crime particulièrement horrible peut devenir le symbole de l'impénitence et de la barbarie des criminels, ce qui peut justifier un durcissement des lois pénales que l'inefficacité démontrée de telles approches devrait proscrire. C'est ainsi que nos comportements sont indirectement influencés.

D'autre part le symbolisme conditionne nos façons de penser en occultant certaines réalités. La réalité se présente souvent à notre esprit sous forme de paires antagonistes en une sorte de dialectique inachevée où les caractéristiques d'un phénomène renvoient aux caractéristiques qui lui sont opposées dans un autre phénomène. Nous formulons souvent notre compréhension du monde en terme de ces oppositions qui demeurent fréquemment factices. En effet, aux fins de telles comparaisons, nous devons bien souvent réduire ces objets à une nature univoque qui ignore leur complexité qui, si elle était prise en compte, limiterait souvent singulièrement ces oppositions. Il demeure que la prééminence accordée à certains phénomènes représentés par un symbole tend souvent à occulter ce qui pourrait constituer leur contrepartie.

Ainsi, d'une paire de phénomènes, un terme est capté par les feux de la rampe alors que l'autre ne réussit à sortir de l'ombre du premier. Encore une fois, ces jeux d'éclairage ne reflètent pas nécessairement la pertinence réelle de ces phénomènes à notre existence et même que la plupart du temps ils dénaturent les phénomènes eux-mêmes. Ainsi, la progression des indices boursiers est aujourd'hui devenue pour plusieurs un symbole de la réussite économique d'une société de sorte qu'on éclipse souvent des indicateurs beaucoup plus concrets comme l'indice de satisfaction des besoins primaires ou le niveau de production de biens et de services. Des pans entiers de la réalité humaine sortent ainsi de l'aire des préoccupations sociales usuelles pour être reléguées à un rôle de figurants.

Enfin, le symbolisme conditionne peut-être surtout la façon dont nous percevons notre environnement par le type de transformation de la réalité qu'implique la construction même du symbole. Nous avons déjà expliqué comment la symbolisation simplifie les phénomènes en les réduisant à certaines de leurs caractéristiques qui, pour une raison ou une autre, sont perçues comme reflétant leur ontologie. Or il est rare que la réalité d'un phénomène soit telle que sa complexité puisse être ainsi sacrifiée sans perte de sens. Cette façon de faire projette néanmoins l'image d'un monde moins complexe, donc plus facile à comprendre et à catégoriser. Il est cependant vrai qu'on ne fait ainsi que répondre à un désir humain fort anodin, celui de simplifier un monde devenu parfois trop intangible par sa complexité afin de nous autoriser une certaine emprise sur des réalités qui autrement pourraient nous laisser sans moyen.

Deux effets découlent toutefois de cette mécanique propre à la symbolisation. De manière générale, elle tend à conforter une conception réductionniste de notre environnement. Elle nous permet de croire en la possibilité de réponses claires et de solutions simples aux difficultés que nous pouvons rencontrer. Le symbolisme conditionne ainsi notre perspective générale sur notre environnement. De façon plus particulière, comme cette mécanique simplifie la réalité des phénomènes qui acquièrent le statut de symbole, elle occulte les autres facettes qui les composent. On cautionne ainsi une compréhension univoque de ces phénomènes qui peut nous empêcher d'en bien saisir toute la pertinence ou tout le potentiel. Ce faisant, on les considère de façon plus monolithique qu'ils ne le sont véritablement. Par exemple, le rap américain en est venu pour plusieurs à représenter le rejet de la société blanche puis, lorsque repris par des blancs, la désintégration de cette dernière. Il s'agit d'un phénomène autrement plus complexe.

5.4.3 *L'appel aux sentiments*

L'effectivité particulière du symbolisme tient également en grande partie au type de réponse qu'il suscite. Il ne se fonde pas sur une logique cartésienne ou rationaliste mais plutôt sur la réponse émotive, l'appel aux sentiments. En effet, si la construction de la représentation qui fonde le symbolisme peut être expliquée, comme nous l'avons fait ci-dessus, en des termes rationnels, elle s'enracine dans les faits le plus souvent par des mécaniques spontanées et irréfléchies. Ce constat est d'autant plus juste à l'égard de l'effectivité du symbolisme. L'effet grossissant qu'offre ce type de représentation n'invite pas à la démarche analytique. Bien au contraire, il suscite la réaction viscérale d'identification ou de rejet, soit une compréhension par les sens.

Ce sont à la base les mécaniques émotives qui sont suscitées puisque le symbole signe une impression qui se transforme en émotions. En fait, le symbolisme conditionne les représentations sur lesquelles se fonde la formulation de nos émotions. Surtout lorsqu'il existe en tant que construit implicite ou inférentiel, il exprime ses effets par ces forces souterraines qui nous permettent de saisir un objet ou de lui donner du sens de façon innée, par osmose avec sa nature. Il s'agit de ce savoir implicite qui nous permet de reconnaître en certaines choses un sens que nous ne connaîtrions pas de façon analytique. Cet appel émotif présente la particularité que le savoir qu'il transmet est absorbé de façon plus directe quoique moins dirigée. Étant souvent le fruit d'un processus organique, il n'est généralement pas fortement contraint par une volonté identifiable, mais il tend à pénétrer les individus dans leur fibre même, justement parce qu'il est absorbé par l'interface plus direct que représentent les sensations et les impressions. Il ne faudrait cependant pas croire que les symboles déploient entièrement leur effectivité en dehors de tout mécanisme faisant appel à la rationalité explicite. Nous ne faisons qu'affirmer qu'il

ne s'agit pas là de sa logique dominante. Les symboles, et même les symboles explicites et formulés, façonnent ainsi les construits émotifs individuels et collectifs puisqu'ils agissent de façon indirecte.

En fait, le symbolisme tire son efficacité du fait qu'il pénètre les mentalités. On peut situer cette efficacité à deux niveaux. Premièrement parce que la création d'un symbole implique normalement qu'il est suivi d'effet. On reconnaît d'ailleurs souvent l'existence d'un symbole aux effets qu'il entraîne, c'est-à-dire l'exacerbation d'une caractéristique d'un phénomène au sein d'un groupe donné. On peut également parler d'efficacité en ce que le symbole réalise nécessairement son ontologie. Il permet la représentation d'une réalité. Bien que la symbolisation n'implique pas de contrôle de la trajectoire de cette représentation, l'intériorisation conséquente de celle-ci implique son efficacité s'il est ensuite mis à contribution en tant que mode de communication. En fait, n'existe comme symbole que ce qui représente ainsi une réalité plus large.

En deuxième lieu, le symbole devient redoutablement efficace lorsque les individus s'y identifient. Le cas échéant, l'individu y perçoit le reflet d'une réalité enfouie en lui et souvent sous-valorisée. Ce faisant, le symbole est incorporé sous une facette de la personnalité qui est projetée de l'avant. Un individu peut ainsi s'identifier à la quête existentielle de Sartre, symbole de l'autodétermination humaine. On comprend que cette forme d'efficacité du symbolisme est d'autant plus marquée qu'elle rejoint une part importante de la population. Les symboles peuvent ainsi créer des mouvements de masse dont l'existence peut être assez éphémère, comme les grandes marches au soutien de la loi 101 suite aux jugements *Ford*¹¹⁴ et *Devine*¹¹⁵ ou soutenue, comme les marches orangistes

114 *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

115 *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790.

qui ont lieu année après année en Irlande du Nord. En fait, les symboles démultiplient leur force de frappe lorsqu'ils s'impriment dans l'imaginaire collectif pour devenir un enjeu incontournable dans une société.

De même, la situation inverse peut mener à une toute aussi large prégnance sur les esprits. Le symbole peut en effet représenter une réalité à abattre ou à dépasser, se manifestant par un rejet radical du message dont il est le médium. Par exemple, lors de la chute du communisme en ex-URSS, les statues de Lénine et de Staline, omniprésentes, ont largement fait les frais d'une colère populaire trop longtemps refoulée. Le symbole peut ainsi manifester son efficacité tout autant comme repoussoir que comme pôle d'attraction non pas pour ce qu'il est - une statue dans notre exemple - mais pour ce qu'il représente - la répression. Le symbole mobilise l'esprit et par suite la volonté en canalisant les émotions.

En terminant, soulignons que la pertinence des émotions à la formation des opinions individuelles ou collectives est souvent banalisée ou décriée parce que celles-ci seraient fondamentalement arbitraires ou irrationnelles. C'est parce qu'elles ne sont pas fondées sur une rationalité explicite que les émotions constitueraient de bien arbitraires guides pour l'action; elles seraient ouvertes à toutes les manipulations. Les mouvements de foule qu'elles déclenchent seraient particulièrement dangereux en raison de l'inflation qui affligerait les émotions trop fortement ressassés. Ces manipulations émotives auraient servi à couvrir les pires atrocités comme l'idéologie nazie en Allemagne ou interamwé au Rwanda.

Outre le fait que les argumentaires fondés sur une rationalité explicite peuvent également faire l'objet de manipulations, soit sous forme de sophismes ou par l'entremise

de l'occultation des prémisses sur lesquelles ils se fondent, il faut comprendre que les émotions, et par ricochet le symbolisme, fondent un savoir alternatif qui n'est qu'une autre façon de vivre et de comprendre notre environnement. La rationalité n'est pas un rempart contre l'arbitraire ou le mal, pas plus que les émotions n'en sont des vecteurs obligés. Ce que nous désirons faire reconnaître, c'est que ces dernières sont un puissant stimulant pour l'action et constituent par conséquent une facette de notre réalité que nous ne devons pas occulter.

5.5 *L'instrumentalisation du symbolisme et l'inscription volitive*

On voit donc poindre les lieux du maillage entre symbolisme et normativité. Le symbolisme recèlerait ce pouvoir de posséder les consciences dont la normativité aimerait tant, semble-t-il, se revendiquer. Ces rapprochements, auxquels appelle une conception plus traditionnelle du droit, ne peuvent toutefois s'opérer sans difficulté.

Premièrement, cette façon de projeter les choses fait ressurgir le spectre de l'instrumentalisme. Comme le symbolisme suscite des réactions très concrètes et souvent même viscérales au sein des individus, il pourrait être mis à contribution de projets normatifs pour assurer que ces derniers imposent leur logique non pas par l'entremise de la hantise de la répression, qui constitue en dernière analyse une bien faible garantie de conformité, mais plutôt par l'adhésion profonde des individus à leur principe. Or, ce que représente à proprement parler cet énoncé, c'est l'instrumentalisation du symbolisme, sa mise au service d'objectifs externes à son principe. On semble vouloir ainsi inscrire dans une symbiose les rapports antinomiques, paradoxaux, qu'entretiennent le symbolisme et le droit. Alors que ce dernier norme, le symbolisme décrit. On rapproche ainsi deux réalités fondées sur des principes qui n'ont que de lointaines parentés.

Nous avons toutefois vu que le symbolisme peut être normatif lorsqu'il conditionne la façon dont nous attribuons du sens à des phénomènes, tout comme le droit peut être directif lorsqu'il sert de véhicule à l'inscription volitive. C'est en réalité à la rencontre de ces deux démembrements de réalités autrement plus complexes que réfère cette conjugaison du symbolisme et du droit. Mais il faut se rappeler, particulièrement pour le symbolisme, que ce dernier est *a priori* neutre, qu'il représente avant tout une façon de comprendre l'environnement dans lequel nous évoluons. Ce que nous faisons en mettant l'emphasis sur son potentiel normatif, c'est de mettre à l'avant plan un sous-produit occasionnel de son action, une conséquence possible de son principe qui ne le définit aucunement puisque ne participant pas de sa nature.

En deuxième lieu, il faut être conscient du fait que l'instrumentalisation du symbolisme représente également une atrophie du sens et de la portée du droit. Cette atrophie se manifeste dans un premier temps dans une tendance à la réduction du droit à un phénomène d'inscription volitive, c'est-à-dire de transcription dans les comportements adoptés par les membres d'une collectivité de la volonté exprimée par le législateur. C'est en effet ce que sous-tend la compréhension du symbolisme comme moyen de susciter l'adhésion des masses. Comme nous en avons déjà traité de façon assez exhaustive tout au long du chapitre précédent, il ne sera pas nécessaire de nous étendre ici sur les conséquences de l'adoption d'une telle conception. Rappelons toutefois que cette dernière tronque nécessairement de façon assez radicale la portée du droit en niant complètement le caractère horizontal que peut adopter la normativité. Celle-ci ne se limite pas à un phénomène directif qui vise l'imposition d'une volonté singulière à autrui mais représente plutôt l'ensemble des processus par lesquels nous vivons les normes, peu importe leurs provenances et mécaniques.

Cette atrophie se manifeste également, quoique de façon probablement moins visible, dans la sur-emphase des aspects collectifs du droit que cette vision de la discipline suppose. En effet, la conception traditionnelle du droit envisage ce dernier comme une science qui permettrait de prescrire les comportements que devraient adopter individuellement tous les membres d'une communauté. On se soucie ainsi fort peu de déterminer la ligne de conduite qui convient à chaque individu, mais on vise plutôt à prescrire des règles universelles qui s'appliqueraient objectivement à tous ceux qui se trouvent dans une situation réunissant les conditions d'application. Si on désire ainsi que les règles se répercutent sur les individus, il n'en demeure que le droit viserait à conditionner les comportements des collectivités à travers ses membres. C'est à cet aspect collectif que fait allusion le maillage du symbolisme et du droit évoqué ci-dessus. On perd de vue les individus en mettant l'emphasis sur l'adhésion du plus grand nombre aux politiques législatives qui auraient été décidées.

Il s'agit toutefois d'une déformation qui doit apparaître comme naturelle dans un monde dominé par la poursuite de l'efficacité, cette dernière étant constituée par la rencontre au terme du chemin le plus court de la volonté et de la réalité. Le droit devrait ainsi chercher à imposer le respect de ses préceptes au terme de l'effort le moins considérable. Ce biais quasi-productiviste explique d'ailleurs la propension à l'analyse statistique pour expliquer et justifier les politiques législatives. Dans cette perspective, le symbolisme n'est qu'un outil supplémentaire destiné fondamentalement à susciter une adhésion collective. Or, nous avons déjà démontré que le droit est un phénomène qui se décline à plusieurs échelles et que son effectivité se manifeste tout autant chez l'individu qu'auprès des groupes. Ainsi, la valeur normative d'un phénomène n'est aucunement reliée à l'échelle à laquelle il se déploie.

Si nous poussons toutefois le rapprochement esquissé entre droit et symbolisme à travers la logique de l'instrumentalisation de ce dernier, il apparaît assez clairement que leur parenté se limite aux aspects collectifs de leurs déclinaisons manifestes. Dans cette union, droit et symbolisme se verraient en effet relégués au service de l'inscription volitive, c'est-à-dire à la transcription dans le tissu social d'actes de volonté. Elle viserait donc l'emprise la plus large possible sur les mentalités, à la fois en profondeur et en étendue, au terme d'un processus transparent et volontaire. Ce type de triomphe de la volonté - qu'on maquille souvent en un triomphe de la raison - repose nécessairement sur la possibilité de transmettre et ensuite d'imposer cette volonté. La symbolique manifeste, surtout lorsqu'elle se déploie largement, apparaît répondre à ce besoin.

5.6 *La construction des symboliques*

Certains symboles sont largement partagés au sein de certaines communautés et il s'ensuit qu'ils conditionnent fortement la façon de penser de leurs membres. En ce sens limité, l'étendue du domaine de ces symboles est indicative de leur efficacité quoiqu'elle ne puisse être garante de leur prégnance auprès de chaque individu. Il n'en demeure qu'une certaine corrélation peut être relevée entre l'étendue d'un symbole et sa prégnance. En effet, plus un symbole est largement partagé, plus il tend à accroître son emprise en raison du pouvoir d'attraction qu'il manifeste. Ce dernier se développe naturellement en raison du rôle que le symbole vient à jouer dans la communauté.

La propagation du symbole assure en effet la vitalité de la communauté, à la fois parce qu'elle augmente son vocabulaire symbolique et ses référents - ce qui accroît son efficacité comme espace communicationnel - et parce qu'elle la soude autour de ces symboles qui en viennent à définir sa spécificité, ce à quoi elle se reconnaît. En constitue

un bon exemple la kippa pour certaines communautés juives. Par effet d'entraînement, le symbole attire alors l'adhésion à tout le moins subconsciente du plus grand nombre. On peut ainsi affirmer que plus un symbole est largement partagé, plus il tend à asseoir sa domination et à augmenter sa pénétration. La création d'une certaine masse critique autour d'un symbole est dans cette optique primordiale pour assurer son efficacité comme vecteur d'inscription volitive.

C'est en effet ce pouvoir d'action, cette force vive que voudrait canaliser la normativité manifeste. Elle désire se saisir de ce moyen pour pénétrer les mentalités et assurer la transcription des volontés qu'elle énonce. C'est pourquoi, dans cette optique limitée, le droit s'intéresse assez peu aux symboliques qui connaissent un faible déploiement, et encore moins aux symboliques purement introspectives. Seules celles susceptibles d'infléchir les comportements collectifs ont grâce à ses yeux. Ainsi, le symbolisme devrait donc en définitive être considéré comme l'outil d'une propagande normative.

5.6.1 La propagande normative

On peut ici parler de propagande normative parce que c'est à un effort délibéré de conquête du cœur des justiciables que le symbolisme serait mobilisé. Ceci implique la création intentionnelle de symboles et par conséquent la manipulation du vocabulaire symbolique d'une collectivité à des fins pré-définies. Les symboles sont ainsi utilisés comme vecteurs pour la transmission et l'adoption de concepts. Mais c'est indirectement qu'on cherche à atteindre ce contrôle des mentalités. Comme toute propagande, c'est subrepticement que le symbole peut atteindre l'objectif qui lui est assigné car il ne demeure en définitive qu'une façon d'influencer autrui et d'ainsi indirectement projeter

notre volonté. Sous cette optique, les symboles constituent donc des moyens détournés - une forme de machination - qui sont instrumentalisés aux fins de la normativité. Bien que pouvant être considérée comme appliquée à des fins détournées, la création de ce type de symbole est toutefois le produit explicite d'une activité pleinement consciente. Elle se rapporte donc nécessairement à la symbolique manifeste.

L'élaboration de symboles ne peut toutefois être considérée comme un pur acte de création. Pour se propager, le symbole doit bénéficier d'une certaine résonance dans la communauté visée, il doit être pertinent à cette dernière. Par conséquent, il doit nécessairement se fonder sur les structures communicationnelles de même que sur le contexte social pré-existants qui constituent ses interfaces. C'est en quelque sorte sur les fondements du vocabulaire symbolique existant que ce dernier peut se développer. Certains canaux ou mécaniques d'émergence de nouveaux symboles deviennent ainsi usuels selon les communautés dont il est question.

5.6.2. Les médias et les symboles

Des mécaniques sont particulièrement dominantes dans nos sociétés occidentales modernes quant à la construction des symboliques manifestes largement partagées. La représentativité d'un phénomène particulier dépend en effet dans ces sociétés pour une grande partie de la couverture médiatique et de la publicité qui l'ont entouré. Cette exacerbation du phénomène qui le rend très présent dans la communauté accroît sa susceptibilité d'être représentatif d'une certaine réalité et, partant, d'être transformé en un symbole.

La prévalence de ce mode de communalisation du phénomène reflète le fait que la

symbolique est aujourd'hui très largement un construit visuel alors qu'elle était autrefois en grande partie fondée sur la transmission par le verbe, que ce soit par l'entremise de l'écrit ou de la communication orale. Ce nouveau mode de construction du sens commun découle bien entendu des avancées techniques et technologiques qui, en s'intégrant dans nos sociétés, ne peuvent que conditionner notre imaginaire et ainsi signer leur propre impact symbolique. Il n'empêche que ces moyens se révèlent d'une très grande efficacité en raison de leur instantanéité et du fait que les images ainsi fabriquées, en plus d'être saisissantes par leur côté explicite, sont souvent reçues simultanément par une large part de la société¹¹⁶.

Des phénomènes acquièrent ainsi rapidement le statut de symbole mais, en raison même de cette culture de l'instantanéité, tendent à s'évanouir tout aussi rapidement de l'imaginaire collectif à moins de faire l'objet de renforcement positif. Ainsi, le symbole de la rose à la boutonnière représente toujours pour une part importante des canadiens l'image de Pierre Elliott Trudeau et par conséquent le programme politique caractérisé par ce nationalisme pan-canadien qu'il incarnait, et ce en grande partie en raison du battage médiatique - de la remémoration - dont il fait toujours l'objet. En revanche, le caractère symbolique des incendies criminels et de la nudité publique autrefois exhibée par les Doukhobor dans l'ouest canadien a depuis longtemps été abandonné par les médias et est aujourd'hui presque complètement oublié¹¹⁷. À l'opposé, on peut croire que l'effort de

¹¹⁶ Ce commentaire se réfère bien entendu à la télévision et au cinéma comme médiums visuels, mais il demeure tout aussi valable pour les imprimés et, en les adaptant, pour la radio. L'impact symbolique d'internet, en raison du caractère foncièrement individuel des communications qu'il porte nous semble quant à lui se situer plus au niveau du médium lui-même que de ses contenus. Il contribue certainement à la virtualisation et la commodification de la société, mais il ne se révélera probablement pas souvent le support de nouveaux symboles, sauf lorsque ses contenus sont repris par des médias de masse.

¹¹⁷ Les Doukhobors, aussi appelés Sons of Freedom ou Freedomites, forment une secte religieuse installée dans l'ouest canadien qui refusait l'instruction publique obligatoire de leurs enfants afin de protéger leur identité particulière. Lorsque, durant les années 1930, la

construction du sens qu'impliquait l'apparition des symboles avant l'ère médiatique leur assurait une présence temporelle plus forte de sorte qu'ils n'étaient pas aussi rapidement remplacés.

Mais les symboles continuent d'être créés au terme d'autres mécaniques ou à l'aide d'autres supports que ceux, aussi dominants soient-ils, des médias visuels ou des autres médias de masse. Pour ce qui est des symboliques manifestes, les efforts de production dont elles font l'objet empruntent souvent des vecteurs plus traditionnels, tels l'écrit ou même l'expression orale. De façon générale, leurs expressions les plus achevées, ou à tout le moins les plus efficaces, empruntent toutefois une combinaison de supports, dont les médias de masse, au terme d'une stratégie prédéterminée. Il faut comprendre que l'omniprésence des médias de masse, et plus particulièrement des médias visuels, trouve sa justification dans le fait qu'ils se révèlent d'une efficacité particulière en raison à la fois de leur portée, de la consommation immodérée dont ils font l'objet, de l'absence souvent stupéfiante de sens critique de ceux qui les consomment, et de la concentration des moyens qu'ils représentent. D'une certaine façon, ils en deviennent indispensables à ceux qui désirent construire une symbolique manifeste. Rappelons toutefois que les médias de masse produisent eux-aussi un foisonnement de symboles qui dépasse largement les seules symboliques manifestes. La production symbolique, si elle peut résulter d'un acte délibéré, ne constitue pas un processus dont toutes les étapes peuvent être soumises à l'arbitrage de la volonté. Par la nature de leur action, ces médias sont donc appelés à

garde de leurs enfants leur fut retirée et que ces derniers furent enrôlés de force dans des écoles résidentielles, les Doukhobors ont commencé à allumer de façon systématique des incendies criminels visant des dommages à la propriété et - ce qui a probablement plus atteint l'imaginaire des canadiens - à apparaître nus en public. Leurs gestes ont eu un retentissement considérable auprès de la population et des médias, à tel point qu'on a fait passer la peine d'emprisonnement maximale pour nudité publique, qui était un acte criminel à cette époque, d'une année à cinq ans. Le mouvement a graduellement perdu de sa vigueur et est aujourd'hui largement oublié du public en général. Voir: George Woodcock, *The Doukhobors*, Toronto, McClelland and Stewart, 1977.

produire une large symbolique dont ils ne contrôlent ni l'émergence, ni la destinée.

5.7 *Le symbolisme et les faits sociaux*

Si les médias sont souvent le vecteur qu'empruntent de nouveaux symboles pour s'actualiser, c'est d'ordinaire hors de leur domaine que la genèse de ceux-ci a lieu. Les médias ne demeurent bien souvent qu'un moyen pour transporter auprès du public cible les symboles qui sont construits ailleurs, particulièrement en ce qui concerne les symboliques manifestes. Ces dernières sont généralement le fruit d'une intention formulée dans un processus explicite par des individus ou des institutions qui conservent des rapports de convenance avec les médias. En effet, s'ils ont besoin des médias pour assurer la diffusion et, partant, l'efficacité espérée de leurs interventions, ces derniers le leur rendent bien puisqu'ils ont besoin de contenus pour intéresser leur public. Et le contenu symbolique s'entremêle nécessairement au contenu plus vaste qu'ils diffusent. Ainsi, les médias sont normalement prédisposés à reprendre les images ou les symboles qu'on leur sert au terme d'un plan de mise en marché bien ficelé.

Il faut en effet comprendre que tout effort de communication n'est pas nécessairement axé sur la construction d'une symbolique tout comme toute symbolique ne ressort pas nécessairement de tels efforts. Et lorsque des symboliques émergent d'actes communicationnels, c'est fréquemment de façon subreptice qu'elles s'immiscent dans un contenu particulier, ou encore elles se trouvent naturellement entremêlées à celui-ci de sorte qu'ils suivent des destins analogues. Plus encore, le contenu donne parfois lieu à la création de symboles dans des processus routiniers ou latents qui ne laissent percevoir d'intention. Le contenu sert alors de support inconscient à une symbolique dont la destinée est souvent autonome.

Il existe dans les faits une relation trouble entre le symbolisme et les faits sociaux. Ces derniers constituent le germe d'une vaste étendue de symboles - qui ne sont que des constructions qui associent une signification à un objet - mais dépendent souvent pour leur prolongement dans le temps et l'espace du support essentiel que constituent ces mêmes symboles. Cette dichotomie fonde d'ailleurs la dialectique qui relie l'émergence et l'évolution des symboles. Quel que soit l'état dans lequel on l'observe, le symbole demeure néanmoins un moyen de canaliser les messages que portent les faits sociaux. Il permet de faire le tri des contenus expressifs pour ensuite les simplifier en une expression plus percutante. On canalise ainsi un flot d'informations en une masse unifiée, plus tangible. C'est dans cette optique que la normativité manifeste a de tout temps intentionnellement mobilisé le symbolisme afin d'imposer les structures de pouvoir qu'elle représente.

5.8 *Le droit comme fait social*

Car c'est souvent en se cristallisant autour de symboles forts que le droit réussit à s'ancrer dans l'imaginaire collectif. Et une part importante de ces symboles ont pris forme au terme de stratégies délibérées mises de l'avant par les institutions à travers lesquelles la normativité manifeste prend forme. Ces stratégies sont particulièrement évidentes lorsque l'on considère les formules et le rituel particuliers dont sont entourés à la fois le droit étatique et les institutions qui le produisent et l'administrent. Ce type de symbolisme assoit et tend ainsi à légitimer ces dernières en faisant entrer leur logique comme un repère incontournable dans l'imaginaire collectif. Ces symboliques visent également à stabiliser les configurations de pouvoir qui prévalent dans la société visée en favorisant l'intériorisation des mécanismes d'auto-contrainte. Ainsi, le symbolisme permet de substituer une violence virtuelle, celle de la norme, à une violence plus

concrète à laquelle les pouvoirs doivent normalement avoir recours en situation d'instabilité sociale pour préserver leurs acquis.

La puissance de la symbolique du droit étatique reflète par ailleurs la dominance qu'ont acquis dans nos sociétés modernes les institutions à sa source, et plus particulièrement l'État. Ainsi, la symbolique qui émane de celui-ci tend à être reprise par des institutions *a priori* autonomes. Le droit étatique tend, par cette mécanique, à étendre ses modèles aux autres institutions normatives, que ce soit au niveau de la forme qu'adoptent leurs interventions normatives manifestes, ou encore dans le rituel et le cérémonial qu'elles adoptent pour conduire leurs affaires et pour imposer leur propres normes¹¹⁸.

Mais, en plus de représenter le pouvoir d'attraction du modèle étatique, cet état de faits reflète également la volonté avérée de l'État de conforter sa dominance. Ce dernier détermine en effet bien souvent ses stratégies normatives avec pour objectif de coopter les autres ordres juridiques. Soit qu'il tente d'imposer directement sa volonté en prétendant réguler ces derniers - il en est ainsi par exemple de la législation portant sur les ordres professionnels - soit qu'il légitime leurs structures pour démontrer sa prédominance par l'imposition de son *imprimatur* - comme il le fait avec une pluralité d'organismes communautaires dont il avalise, après le coup, le rôle et le mandat. En tout état de cause, ces derniers ne doivent pas apparaître comme autonomes. L'État peut ainsi prétendre jouer un rôle de chef d'orchestre alors que la cacophonie environnante laisse

¹¹⁸ Danièle Loschak subsume cette opération sous le vocable de "normalisation". Il s'agit en quelque sorte d'une acculturation qui s'opère par l'adoption des symboles. Voir: "Droit, normalité et normalisation", dans C.U.R.A.P.P. (Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie), éd., *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1984, à la page 51.

transparaître son emprise limitée sur la normativité¹¹⁹.

En fait, l'institution juridique, comme toute institution, s'intéresse à ce qui lui permet de se reproduire et sa reproduction implique la persistance des configurations sociales existantes. C'est pourquoi le droit mise souvent sur la persistance des symboles qu'il crée et sur l'intégration au sein de ces derniers des stéréotypes qui habitent la société et qui fondent les configurations de pouvoir sur lesquelles il repose lui-même. On alimente ainsi cette capacité à l'auto-reproduction du droit, mais également la stratification sociale qu'il reflète. De façon générale, on doit donc affirmer que l'appareil normatif étatique est par nature conservateur et cherche ainsi à ralentir le caractère inéluctable des adaptations auxquelles il doit périodiquement procéder. Ce qui apparaît d'ailleurs comme une rupture marquée avec les politiques antérieures masque quelquefois une tentative de renforcement des logiques traditionnelles.

5.9 L'exemple de la Charte

C'est le jugement sévère qui peut être porté sur la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁰. Mais avant tout, cette dernière représente la transformation d'une intervention

¹¹⁹ Cette conception est approfondie par Gunther Teubner dans un texte non-publié. Les normes étatiques tireraient selon lui leur efficacité de la cooptation d'autres institutions normatives. La loi profiterait ainsi de ses affinités avec des structures sociales formelles pour imposer ses volontés normatives et par conséquent l'adoption et l'adaptation des normes qu'elle véhicule: "It is not the "acceptance" of social law by those concerned that is the basis for its social implementation but its specific interwovenness with its social environment (cyclical linkage of structural coupling). It guarantees that social operations can be continued under the dominance of the legally reconstructed social law." Voir Gunther Teubner, *supra* note 21, à la page 23.

¹²⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après la "Charte"]. Michael Mandel est un des rares auteurs qui ait porté un jugement véritablement critique sur la *Charte*. Dans *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, 1994, Thompson Educational Publishing, Toronto, particulièrement au chapitre

normative à proprement parler en un construit symbolique défini au terme d'une stratégie de mise en marché élaborée avec le plus grand soin. C'est n'est qu'ensuite, par la canalisation et la simplification corrélatrice du message que le symbole implique, qu'elle a pu occulter des pans importants de sa nature complexe.

Il appert en effet que la *Charte* a été conçue dans l'esprit de ses auteurs à la fois comme un véhicule normatif et comme un véhicule symbolique, ces deux destinées étant irrémédiablement liées. Il est dans un premier temps indéniable que la *Charte* fut l'occasion de normes qui, dans le contexte canadien, étaient appelées à un retentissement conséquent.

5.9.1 *Ses contenus normatifs*

Les droits linguistiques enchâssés aux articles 16 à 23 sont de cette nature. Ils garantissent des droits qui étaient et demeurent contestés à la fois au Québec et dans plusieurs autres provinces pour des motifs symboliques, identitaires, économiques et pratiques. Il appert d'ailleurs que l'objectif principal de Pierre Elliott Trudeau, architecte du rapatriement de la constitution, était de frustrer les efforts du gouvernement péquiste alors au pouvoir au Québec de limiter les droits linguistiques de sa population aux fins du renforcement du fait français dans cette province¹²¹ et de conjurer cette menace pour l'avenir. Ceci s'inscrivait dans une suite logique avec les positions qu'il avait défendues

deux, il procède à une analyse détaillée de la logique qui fonde la genèse de la *Charte*. Bien que critiquée parce que sans merci, son analyse constitue une contribution remarquable en ce qu'elle détonne avec l'apologie dominante dont la *Charte* fait l'objet et qu'elle remet en cause les principes qui la cautionnent. Succinctement, il soutient que la *Charte* ne serait pas un instrument démocratique comme ses défenseurs le prétendent, mais plutôt un adjuvant pour la pérennisation de la stratification sociale actuelle et un inhibiteur de l'espace démocratique déjà très limité dont disposent les citoyens canadiens.

¹²¹ *Ibid*, voir en particulier les pages 20 à 27.

pendant presque toute sa carrière et qui visaient à combattre ce qu'il considérait comme le repli ethnocentrique et provincialiste d'une identité québécoise qui refusait d'entrer dans la modernité. C'est en fait au côté communautariste de cette construction identitaire qu'il en voulait le plus parce qu'elle écrasait selon lui l'individu dans un conformisme atrophiant. Une vision libérale forte accompagnée de dispositions spécifiques sur la liberté de choix en matière linguistique devait permettre de combattre cette identité rétrograde.

Car il faut reconnaître que, pour le reste, la *Charte* n'a pas apporté beaucoup d'innovations. La grande majorité des droits et libertés qui y sont énoncés avaient déjà fait l'objet de prononcés, sous une forme ou un autre, au terme d'un activisme judiciaire croissant qui leur promettait de plus importants développements. Ceci est d'ailleurs corroboré par le fait que la Cour suprême¹²² et les tribunaux inférieurs ne se limitent pas aujourd'hui aux garanties formulées dans la *Charte* puisqu'ils développent de nouveaux droits sur la base des très intangibles principes sous-jacents et non-écrits de la Constitution et de la règle de la primauté du droit. En fait, les autres droits garantis par la *Charte* peuvent apparaître comme un emballage destiné à enrober le noyau dur que constituent les droits linguistiques. Le caractère central de ces derniers est d'ailleurs attesté par le fait qu'à part les bien frileuses garanties démocratiques (essentiellement la préservation du droit de vote) et les droits à la mobilité, ce sont les seules dispositions de la *Charte* auxquelles ne peuvent déroger les législatures aux termes de l'article 33, communément appelée la clause nonobstant.

¹²² Voir en particulier les arrêts *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

5.9.2 *Ses contenus symboliques*

L'enchâssement constitutionnel de ce contenu normatif ne constituait toutefois pas la seule justification au rapatriement de la constitution. Des objectifs beaucoup plus larges, qui relèvent du domaine symbolique, ont constitué une motivation essentielle au processus. Fait plutôt rare dans l'intervention normative manifeste, ces visées furent assez bien documentées, ce qui nous permet d'affirmer le caractère manifeste de la démarche symbolique en cause¹²³. La *Loi constitutionnelle de 1982* visait à actualiser l'identité canadienne¹²⁴. Cette dernière apparaissait avoir particulièrement besoin d'un point d'ancrage fort qui lui permettrait de s'affirmer selon deux axes - comme une entité distincte de l'identité américaine et comme une réalité qui unissait tous les canadiens - sans égard à leur langue maternelle ou leur lieu de résidence. Dans l'esprit des promoteurs du rapatriement de la Constitution, le Canada avait besoin d'un nouveau symbole qui pourrait cimenter ses fractures identitaires.

Il faut comprendre que cette tentative suivait de peu un premier référendum sur la souveraineté du Québec qui avait laissé un goût amer aux troupes fédéralistes. On voulait décourager la tenue d'une autre consultation populaire de cette nature en suscitant un fort sentiment d'appartenance à l'égard du pays. Le choix de l'affirmation des grands principes qui devraient fonder ce dernier relève donc d'une stratégie très bien articulée. Ces principes devaient unifier le pays. Il s'agirait d'un pays qui démontrerait son respect pour ses citoyens par la protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux

¹²³ Voir *supra* note 120, page 27.

¹²⁴ Nous développons ces thèmes dans: Sébastien Lebel-Grenier, "The Charter and Legitimization of Judicial Activism", dans P. Howe et P.H. Russell, éd., *Judicial Power and Canadian Democracy*, Montréal et Kingston, McGill Queen's University Press, 2001, à la page 94.

dont tous ceux-ci devraient jouir. Les citoyens seraient de ce fait protégés contre l'arbitraire de leurs gouvernements puisqu'ils pourraient contester les décisions de ces derniers sur la base des droits et libertés garantis. On avançait même que c'est en dernière analyse la démocratie qu'on protégeait de cette façon puisqu'on assurait ainsi le respect de l'égale dignité de chaque citoyen. Les promoteurs de la *Charte* ont donc fait la promotion de l'image du pays du "citoyen-roi", un symbole fort qui serait de nature à souder l'identité canadienne en transcendant les forts sentiments d'identité régionale qui animaient les citoyens. À la fois le pêcheur terre-neuvien, l'ouvrier québécois, le fermier manitobain et le bûcheron britano-colombien pourraient s'y reconnaître.

Un autre aspect essentiel était mis à contribution pour créer ce symbole sur lequel s'ancrerait l'identité canadienne. On a en effet avancé qu'on ne pouvait prétendre sans rapatriement à une citoyenneté pour ce pays qui n'en était pas réellement un puisque toujours soumis juridiquement au parlement de Westminster. Pour véritablement rallier sa population dans une citoyenneté, le Canada devait s'affranchir de la puissance tutélaire de Londres. C'est pourquoi la modification constitutionnelle de 1982 a été présentée comme le *rapatriement* de la Constitution canadienne, comme l'on rapatrie des trésors spoliés ou des prisonniers de guerre.

Bien que la mainmise de cette puissance d'outre-mer ne fut que virtuelle, un accent considérable fut mis sur le fait qu'avec la formule d'amendement incluse à la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Canada deviendrait pleinement souverain. On a en contrepartie bien entendu fait abstraction du fait qu'aux termes de la Constitution, et même après le rapatriement de cette dernière, la reine d'Angleterre demeure toujours la souveraine du Canada et que son représentant possède toujours le pouvoir de contrôler l'activité législative au pays. Ces aspects, qui sont aussi peu conséquents en pratique que

le rapatriement de la Constitution, ont été délibérément occultés puisqu'ils ne cadraient pas avec la stratégie de mise en marché au terme de laquelle on tentait de créer ce symbole de l'unité canadienne. On mit ainsi toute l'emphase sur l'acquisition de ce statut, la maturité de l'âge adulte, que le Canada possédait déjà dans les faits.

5.9.3 *La symbolique de l'amendement constitutionnel*

Aux termes de la stratégie de mise en marché élaborée pour vendre non pas la *Loi constitutionnelle de 1982* mais plutôt le symbole qu'on désirait qu'elle en vienne à représenter, on ambitionnait que ce document, et en particulier la *Charte*, devienne une sorte de pacte dans lequel tous les canadiens puissent se reconnaître. La voie de l'amendement constitutionnel était en ce sens perçue comme un puissant médium en raison de son caractère vénérable.

D'une part, on savait déjà que la constitution est par nature un document qui s'inscrit dans la continuité et le long terme; sa modification relève d'une procédure d'exception. D'autre part, on reconnaissait que, bien qu'elle s'adressa principalement aux détenteurs du pouvoir étatique en distribuant celui-ci et en définissant les paramètres à l'intérieur desquels ils sont autorisés à l'exercer, sa mise en oeuvre est réservée à une institution entourée d'un symbolisme qui lui confère une solennité de nature à inspirer un sentiment de considération entremêlé de respect et de déférence. Ceci d'autant plus que les assemblées législatives ont de tout temps, en raison de la structure de notre système politique, étalé au grand jour le caractère nécessairement partisan des débats menés dans leurs enceintes. Les tribunaux, par leur côté mystérieux et en raison de la réserve qu'ils ont toujours démontré à l'égard des controverses dont ils sont saisis, apparaissaient sous le jour d'arbitres dépassionnés et de ce fait probablement impartiaux. C'est ce type de

raisonnement plutôt naïf qui fut utilisé pour créer cette image de garantie démocratique qu'on voulait associer à la *Charte*.

5.9.4 *Autres caractéristiques symboliques de la Charte*

La perspective résolument moderne adoptée dans la présentation formelle de la *Charte* fut également mise à contribution pour transformer celle-ci en un référent symbolique incontournable. Alors que les droits que confèrent cette dernière diffèrent assez peu dans leur mécanique de ceux qui étaient déjà protégés en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*¹²⁵, leur présentation est radicalement différente.

En effet, tant cet Acte que la *Loi constitutionnelle de 1982* énoncent des normes que doivent respecter l'État et dont le citoyen peut réclamer le respect auprès des tribunaux. Celle prévues à la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁶ s'adressent toutefois directement aux institutions qui représentent les démembrements de l'État¹²⁷ en définissant les paramètres à l'intérieur desquels ils sont tenus d'exercer leurs pouvoirs. Par un saisissant contraste, la *Charte* s'adresse directement au citoyen en énonçant les droits¹²⁸ dont il bénéficie et que le gouvernement ne saurait abroger sans solide justification¹²⁹. Ce n'est d'ailleurs qu'après coup qu'on comprend que les obligations

¹²⁵ Maintenant désigné: *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la "*Loi constitutionnelle de 1982*"].

¹²⁶ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, no. 5 [ci-après la "*Loi constitutionnelle de 1867*"].

¹²⁷ Voir, par exemple, les paragraphes introductifs des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹²⁸ Voir par exemple l'article 2 de la *Charte*.

¹²⁹ Voir l'article 1 de la *Charte*.

corrélatives à ces droits échoient à l'État et ses démembrements¹³⁰. En interpellant directement le citoyen on tente donc de susciter chez lui un intérêt particulier pour la *Charte*. Mais plus encore, les rédacteurs de cette dernière ont délibérément choisi une terminologie beaucoup moins absconse que celle traditionnellement utilisée dans les documents constitutionnels pour énoncer non pas des paramètres techniques d'exercice du pouvoir, mais plutôt des principes généraux dans lesquels, encore une fois, les individus pourraient se reconnaître. Enfin, par le choix de cette formulation, on désirait faire ressortir que les tribunaux seraient dorénavant astreints à un contrôle substantiel et non seulement formel du respect des droits que la constitution garantie aux citoyens.

C'est en effet la transformation à laquelle pouvait laisser croire l'abandon du langage technique d'énonciation de paramètres utilisés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* pour la formulation de droits subjectifs dans un langage accessible. Cette transformation amplifiait l'emphase accordée au caractère emblématique de la *Charte* en annonçant la possibilité pour les citoyens d'un contrôle plus poussé de leurs droits. En contrepartie, la mise de l'avant de ces caractéristiques était de nature à occulter le fait que la pratique juridique ne s'était pas encombrée dans le passé de limites formelles pour porter des jugements plus substantiels sur, entre autres, les politiques législatives¹³¹, et que le langage abscons était une caractéristique des processus judiciaires qui ne serait pas de nature à être évacuée par la seule force de la formulation des droits adoptée dans la *Charte*.

¹³⁰ Voir l'article 32 de la *Charte*.

¹³¹ L'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 en constitue un exemple particulièrement patent. Voir également: Henry Brun et Guy Tremblay, *Droit Constitutionnel*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, aux pages 639 ss.

5.9.5 *La mise en marché de la Charte*

Les caractéristiques internes de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'auraient toutefois pu seules assurer à cette dernière l'émergence comme symbole de l'unité nationale. La fixation du symbole ne pouvait avoir lieu qu'au terme d'une intense campagne de relations publiques. C'est à cette dernière que s'est affairée une coalition d'acteurs soudés autour de Pierre Elliott Trudeau dès le déclenchement de la campagne référendaire québécoise en 1980. En fin stratège, ce dernier a ensuite profité du momentum créé par la défaite des souverainistes pour mobiliser l'opinion publique autour de projet de rapatriement de la Constitution. Les médias ont bien entendu suivi attentivement ce qui est devenu de ce fait la question nationale la plus centrale du moment et ont servi de relais efficace pour la mise de l'avant des caractéristiques symboliques importantes énumérées ci-dessus¹³². C'est ainsi que le symbole qu'on voulait que représente la *Charte* en est très largement venu à prendre forme dans l'imaginaire canadien pour devenir un des piliers sur lesquels repose cette identité. En contrepartie, si le contenu juridique de la *Charte* a aujourd'hui une telle prégnance, c'est en grande partie en raison du fait qu'il est canalisé dans ce symbole incontournable. Le symbolisme a donc servi ici de support essentiel à une intervention normative manifeste qui a réussi en raison du fait qu'elle a pénétré la conscience des canadiens.

5.10 *Le problème du contrôle des trajectoires symboliques*

Même des efforts délibérés menés à grande échelle ne peuvent toutefois assurer à des individus ou des institutions un parfait contrôle des trajectoires qu'empruntent les

¹³² Toute cette stratégie est longuement discutée dans: Gilles Bourque et Jules Duchastel, *L'identité fragmentée - Nation et citoyenneté dans les débats constitutionnels canadiens*, Fides, Montréal, 1996.

symboles. Il en fut nécessairement ainsi de la *Charte*. S'il est vrai qu'elle a eu un impact si considérable qu'elle a transformé la société canadienne à bien des égards, cette évolution n'a pas entièrement été celle désirée par ses promoteurs. Il y a premièrement le succès mitigé qu'elle a connu au Québec qu'annonçait déjà la répudiation du document par son gouvernement et ses élites intellectuelles francophones. Bien que prévisible, surtout à la lumière du conflit portant sur les droits linguistiques, la non-ratification de la *Loi constitutionnelle de 1982* par le Québec et le conflit juridique, perdu par cette province, qui s'en est suivi ont durablement marqué les rapports troubles qu'entretiennent ses citoyens avec ce document. Les avis à son égard sont d'ailleurs généralement polarisés selon la fracture politique qui partage les citoyens québécois entre souverainistes et fédéralistes. Pour plusieurs, la *Loi constitutionnelle de 1982* est devenue le symbole de l'arrogance d'un gouvernement fédéral qui refuse de reconnaître la spécificité de la société québécoise. Elle incarne également pour certains l'incompréhension du reste du Canada et le rouleau compresseur d'une vision uniformisante de ce pays. À l'opposé, elle en est venue à représenter une bouée de sauvetage pour une certaine portion de la population contre un gouvernement provincial perçu comme ethnocentrique et même, pour quelques uns, raciste. En ce sens, la *Charte* a été un révélateur et probablement même un catalyseur de la polarisation de la société québécoise. Chose certaine, la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas réussi à s'imposer comme symbole qui aurait soudé la population québécoise dans d'une identité canadienne.

5.10.1 La prégnance de la symbolique constitutionnelle

Paradoxalement, malgré ce succès mitigé, il est intéressant de noter que l'idée de la symbolisation constitutionnelle aux fins du renforcement de l'identité a éventuellement

été reprise avec enthousiasme au Québec. Ainsi, la commission mise sur pied pour étudier l'état de santé de la langue française au Québec proposait comme une de ses principales recommandations de rédiger une constitution québécoise à laquelle serait intégrée la *Charte de la langue française*¹³³. Ceci peut par ailleurs sembler constituer une erreur puisque le Québec est déjà doté d'une constitution juridique dont sa population est largement ignorante. C'est en fait à la réalisation d'une constitution symbolique - au coeur de l'identité québécoise - que la Commission appelle. Cette constitution serait par conséquent axée sur la création d'une citoyenneté québécoise qui permettrait une plus grande identification de tous les québécois à leur société.

L'histoire se répétant, il n'est pas surprenant de constater que cette proposition a fait l'objet d'une dénonciation radicale par ceux pour qui la mission symbolique de la *Charte* canadienne a eu le plus grand succès¹³⁴, et qu'elle a été généralement bien accueillie par ceux qui voient celle-ci comme une marque de l'impérialisme canadien¹³⁵. La *Loi constitutionnelle de 1982* n'a donc pas porté au Québec le message identitaire souhaité par ses promoteurs, mais elle a certainement contribué à implanter la logique symbolique qui la fonde.

¹³³ Voir: Commission des états généraux sur la situation et l'avenir de la langue française au Québec, *Le français, une langue pour tout le monde*, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 2001.

¹³⁴ Voir la réaction d'Alliance Québec: Josée Boileau, "Rapport Larose: Facal forme un groupe de travail sur la citoyenneté", *Le Devoir*, 22 août 2001.

¹³⁵ Voir commentaires recueillis par Josée Boileau auprès d'intellectuels québécois dans l'édition du 25 août 2001 du *Devoir*: Josée Boileau, "Les symboles ne sont pas neutres", *Le Devoir*, 25 août 2001, page A-4.

5.10.2 Ambiguïté de l'effet symbolique de la Charte

Des effets non désirés et quelquefois imprévus se sont également manifestés dans le reste du Canada. De façon générale, ils ont cependant moins polarisé la population de sorte qu'ils demeurent moins visibles. Un des principaux effets a été d'augmenter le discrédit dont les fonctions législative et exécutive commençaient déjà à faire les frais avant l'adoption de la *Charte* et de relever de façon corrélative le prestige déjà considérable dont bénéficiait la fonction judiciaire.

Nous avons déjà noté que l'encensement de la *Charte* et du rôle qu'elle attribue aux tribunaux a eu pour conséquence de faire naître un mythe qui attribuerait un caractère démocratique aux interventions judiciaires¹³⁶. En fait, l'image de "gardiens des droits des canadiens" qui est aujourd'hui encore projetée aux termes de la symbolique entourant la *Charte* en est venu à occulter le caractère foncièrement subjectif des décisions judiciaires. Rappelons seulement que les juges sont êtres humains - avec toute la part d'impondérable que ceci implique - qui doivent décider dans un contexte particulier à travers le prisme du bagage qui est le leur. D'autre part, ce caractère subjectif est démultiplié en raison du fait que la *Charte* fournit à ces derniers un matériau d'une très grande imprécision sous forme de principes généraux abstraits et fort peu circonscrits. Elle assujettit de surcroît les droits et libertés ainsi énoncés à l'arbitrage supplémentaire qu'implique l'article 1 dont les contours vaporeux remettent les normes soumises à l'étalon des droits et libertés à la discrétion à peu près entière des juges.

Si les juges doivent d'autre part être considérés comme les gardiens des droits des

¹³⁶ Voir le chapitre deux de Michael Mandel, *supra* note 120, et Philip Resnick, *Parliament vs. People: An Essay on Democracy and Canadian Political Culture*, Vancouver, New Star Books, 1984.

citoyens, ce doit nécessairement être pour protéger ces derniers contre un péril bien réel. Dans notre système politique où trois pouvoirs se partagent en principe la souveraineté, ce péril doit ressortir des fonctions exécutives et législatives. Les choix politiques de ces dernières, à la différence de ceux que posent les tribunaux, peuvent par conséquent dorénavant être contestés comme arbitraires lorsqu'ils apparaissent comme indésirables aux yeux de justiciables particuliers.

C'est donc à un rééquilibrage assez radical des rapports entre les individus et la collectivité que préside la symbolique entourant la *Charte*. Ce rééquilibrage annonce une re-définition de la notion de démocratie qui apparaît aujourd'hui se coller beaucoup plus étroitement sur la notion de respect de la volonté individuelle que sur celle de respect de la volonté populaire. Malgré tous les défauts qui peuvent affliger la démocratie canadienne¹³⁷, on peut prétendre avec une certaine mesure de certitude que des institutions dont les membres sont élus au suffrage universel sur la base de programmes qui font l'objet d'une large diffusion et qui sont obligés d'obtenir périodiquement un mandat de la part de leurs concitoyens sont, en toute logique, plus démocratiques par nature que ne peut l'être la fonction judiciaire. Quoi qu'il en soit, c'est en définitive à l'instance la moins démocratique puisque la moins étroitement soumise à un contrôle populaire qu'est attribuée cette large discrétion sur les destinées individuelles et collectives.

Un autre effet important fut d'accélérer la transformation dans les faits - et d'une certaine manière à son corps défendant - de la société canadienne en une société

¹³⁷ Sur la concentration du pouvoir autour du premier ministre au Canada, l'affaiblissement corrélatif des instances intermédiaires et l'appauvrissement de la vie démocratique, voir Guy Peters et Donald Savoie: "Canada: un Premier Ministre 'présidentiel' et ses contre-pouvoirs", (1997) 83 *Revue Française d'Administration Publique* 491.

assimilable à la société américaine, donc plus individualiste, et plus belliqueuse¹³⁸. Au lieu de retravailler le modèle démocratique bien imparfait que nous ont légués les britanniques, nous avons choisi avec la *Charte* de nous coller à un modèle américain de constitutionnalisation de droits essentiellement individuels. De surcroît, la *Charte* formule ces droits en termes d'absolus, ce qui incite les individus qui croient les détenir à être beaucoup moins ouverts à toute formule de compromis. Or, aucun droit n'est en définitive absolu et la vie en société exige des compromis constants auxquels seule une véritable empathie peut prédisposer. L'approche maximaliste qui consiste en définitive à déconsidérer les préoccupations d'autrui ne peut mener qu'à une plus grande dislocation des structures sociales qui encourage en retour l'approche individualiste sur laquelle repose la *Charte*¹³⁹. En définitive, le symbole de l'identité canadienne que représente cette dernière pourrait évoluer, au terme des replis identitaires qu'elle est de nature à encourager, pour refléter l'image d'une société fracturée, atomiste, beaucoup moins intéressée par le bien collectif que par le gain individuel.

5.10.3 L'indéterminisme du symbolisme

En fait, ce trop bref survol de la trajectoire symbolique de la *Loi constitutionnelle de 1982* illustre l'imprévisibilité et l'autonomie que démontrent toutes les trajectoires symboliques. Si on peut dans une certaine mesure contrôler la création des symboles, on ne peut parfaitement maîtriser la trajectoire qu'ils adoptent ensuite, c'est-à-dire la réception qui leur est réservée et la reconstruction du sens et de la normativité auxquels

¹³⁸ Cette vision plus pessimiste de la *Charte* est l'objet principal de notre propos dans: Sébastien Lebel-Grenier, *supra* note 124.

¹³⁹ Nous fondons largement nos réflexions sur les concepts développés par Charles Taylor dans son célèbre article: "Atomism", *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, à la page 187, et dans: *Sources of the self*, *supra* note 73, aux pages 499 à 513.

ils donnent lieu. Les symboles manifestes prennent une nouvelle vie dès qu'ils sont projetés dans la société et s'épanouissent alors hors du contrôle de leurs géniteurs.

C'est le principal problème auquel fait face l'instrumentalisation du symbolisme. En définitive, on désire par cette approche transformer des normes en symboles afin de susciter une véritable identification aux principes normatifs sous-jacents auprès des justiciables. Cette identification découle de la visibilité même du symbole qui crée normalement un momentum qui précipite au premier plan la logique que véhicule la norme. En intégrant ainsi la norme, les justiciables ont tendance à refléter ses principes dans leurs comportements.

Les techniques de mise en marché sont aujourd'hui suffisamment raffinées pour souvent assez bien contrôler le contenu du symbole initialement produit. Dès lors qu'il est projeté vers son public, celui-ci acquiert toutefois une autonomie qui le place de plus en plus hors du contrôle de ses architectes. Comme l'évolution du symbole marque nécessairement la lecture qu'ont les justiciables du contenu normatif qu'il porte, à moins que le symbole ne se détache complètement de la norme, le sens et la portée des normes sous-jacentes risquent de suivre une évolution contraire à celle initialement souhaitée. Cette perception peut ainsi se transformer en un antagonisme radical à l'égard de la norme comme le démontrent certaines réactions à la *Charte*. Si le symbole peut aider la norme à pénétrer les mentalités, il colore d'incertitude les développements ultérieurs de la perception populaire à son égard. Le recours au symbolisme constitue donc une arme à deux tranchants, particulièrement pour le droit.

Cette difficulté est en fait le révélateur des inclinaisons qui caractérisent les symboliques manifestes déployées à grande échelle. Ces dernières tendent à évoluer vers

des modalités allusives ou latentes, du moins dès qu'elles sortent des confins des structures explicites dont elles émergent. En fait, l'idée même de trajectoire normative implique la régénération du symbole, sa transformation et sa ré-émergence sous des formes qui intègrent petit à petit différents éléments de la mouvance générale au sein de laquelle il se déploie. Car le symbole est perméable à son milieu et, tout comme il signe un impact sur celui-ci, il intègre les dynamiques dont ce dernier est l'occasion. Lorsque le symbole est communiqué à un vaste auditoire, lorsque son sort est en quelque sorte remis à la collectivité, il est nécessairement entraîné dans un passage de l'explicite à l'implicite parce que la détermination de son cheminement ultérieur ne peut plus être le fruit d'un travail conscient. Ce cheminement devient alors une sorte de construit collectif, organique, qui en est d'autant plus perméable aux dynamiques du milieu dans lequel il évolue. C'est en ce sens que les symboliques construites au soutien de stratégies normatives manifestes ne peuvent demeurer sous le contrôle de ceux qui les mettent en place.

5.11 La réelle complexité des rapports entre symbolisme et normativité

Il faut comprendre que les symboliques associées à des normes, tant bien soient-elles manifestes, ne sont pas elles-mêmes nécessairement manifestes. Ce sont les troubles rapports d'autonomie et de correspondance esquissés ci-dessus qui caractérisent en réalité les relations qu'entretiennent le symbolisme et la normativité.

5.11.1 Inscription normative et inscription volitive

À la base, les relations trop univoques qu'on serait tenté de reconnaître entre symbolisme et normativité découlent probablement d'une certaine confusion entre

l'inscription normative et l'inscription volitive. L'inscription normative représente toute l'activité normative, c'est-à-dire la régulation des comportements humains, peu importe le mode de régulation. L'inscription volitive représente la transcription dans les faits d'une volonté exprimée. La norme n'est qu'un des vecteurs que peut emprunter la volonté pour tenter d'imprimer sa logique à la réalité. Et même dans ces cas limités, nous avons vu que ce n'est que par l'entremise de la normativité manifeste, et quelquefois de la normativité allusive, que la volonté peut mobiliser la norme à ses fins. Nous avons vu d'autre part que dans la mesure où l'inscription volitive est projetée vers autrui, c'est aux aspects plus collectifs du symbolisme qu'elle fait appel. C'est donc par son expression explicite et collective que le symbolisme peut servir à l'inscription volitive.

Mais tout comme la normativité, le symbolisme ne se résume pas à un vecteur d'inscription volitive. En premier lieu, il est loin de toujours représenter une émanation de la volonté car, pour qu'il puisse transmettre une expression volitive, encore faut-il que cette dernière soit présente dans le geste qui devient symbolique. Certains gestes ou événements n'ont aucun rapport avec la volonté parce qu'ils sont fortuits ou accidentels et certains autres, bien que volontaires, ne visent aucunement la création de symboles. Ce n'est que suite aux dynamiques psychologiques complexes que nous avons décrites en début de chapitre que ces types de geste ou d'événements peuvent éventuellement acquérir une portée symbolique. Quant aux efforts délibérés de création de symboles, ces derniers peuvent ou non, comme nous l'avons vu, atteindre les cibles qu'ils s'étaient fixés.

5.11.2 La logique du symbolisme

Ceci relève du fait que le symbolisme ne s'inscrit pas dans la même logique que l'instrumentalisme. Il s'y oppose parce que l'instrumentalisme maintient, en raison du

langage conséquentialiste et matérialiste auquel il fait nécessairement référence, un certain morcellement de l'environnement pour le marquer au sceau d'une logique de l'immédiateté. Le symbolisme imprime plutôt aux événements une logique qui les inscrit dans des courants telluriques qui puisent dans la continuité et dans l'inter-relation. L'univers passe ainsi d'une suite d'événements discontinus à des mouvances imbriquées. C'est pourquoi l'instrumentalisme reflète une logique imminente à laquelle s'oppose la logique immanente du symbolisme. En fait, le symbolisme constitue un matériau nouménal qui reproduit la complexité de la nature humaine. Il est en ce sens un phénomène neutre, une réalité qui s'inscrit en puissance dans l'intelligence humaine et qui s'exprime à travers chacun d'entre nous par l'entremise d'incarnations dont la pluralité reflète la complexité de notre nature.

Le symbolisme constitue donc un phénomène doté d'une logique autonome qui manifeste néanmoins des affinités certaines avec la normativité. Il s'accommode tout autant de conceptions verticales des relations humaines que de conceptions horizontales qui remplacent par le consensualisme et la réflexivité les rapports de domination qu'on attribue trop souvent aux phénomènes normatifs. C'est donc à tort qu'on néglige des formes plus introspectives du symbolisme, de la même manière qu'on néglige trop souvent des formes plus introspectives de normativité. Le symbolisme s'exprime en définitive à travers l'ensemble de ces déclinaisons manifestes, allusives, routinières et latentes, de même qu'introspectives ou plus collectives que nous avons exploré dans le présent chapitre. Il partage donc foncièrement cette même typologie complexe que la normativité. La normativité et le symbolisme ne s'arriment toutefois pas nécessairement en des points identiques de la grille analytique que cette typologie résume.

Il faut premièrement exprimer l'évidence, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de rapport

nécessaire entre symboles et normes. Les normes ne bénéficient d'ordinaire d'aucun support symbolique et les symboles ont souvent un rapport assez distant avec les normes. Le symbolisme entretient néanmoins toujours une composante normative, aussi effacée puisse-t-elle être, puisqu'il conditionne nécessairement à un niveau ou un autre notre façon de penser, de comprendre notre environnement. Il procède de ce fait à une certaine régulation, bien qu'indirecte, de nos comportements. Cette régulation s'exprime par ailleurs à travers toutes les incarnations qu'adoptent les symboles.

Nous avons déjà assez bien exploré les arrimages des déclinaisons explicites du symbolisme avec la normativité. Le symbolisme implicite représente quant à lui certaines particularités qui intéressent spécialement ses rapports avec les normes. Le fait que ce type de symbolisme soit soustrait à la préhension par la conscience module nécessairement ses rapports avec la normativité. Il doit en réalité être assimilé aux mouvances ou dynamiques souterraines qui animent les individus ou les sociétés et qui orientent ainsi leurs actions. Il est certes plus difficile d'attribuer en dernière analyse la part de responsabilité qui revient à ce type de symbolique dans les processus normatifs, mais cette dernière ne doit pas être négligée pour autant. Ce sont souvent ces dynamiques implicites qui rendent concevables ou inconcevables certaines lignes de conduite. Elles circonscrivent l'éventail des possibles et projettent sur ceux qui demeurent un éclairage qui en colore fortement notre appréciation.

Il s'ensuit que la symbolique implicite affecte donc de façon importante, bien qu'indirecte, la normativité manifeste et allusive, le tout en suivant une évolution largement réfractaire à l'inscription volitive. C'est par ailleurs l'imprévisibilité que ceci implique qui rapproche particulièrement la symbolique implicite des normativités routinières et latentes. Elle tend en effet à se fondre à celles-ci, et particulièrement aux

normes latentes, par un effet d'osmose où se dissolvent les frontières artificielles qu'imposent les typologies. La provenance insaisissable de ces normes de même que la nature de la dynamique qu'elles impriment rappellent les symboliques implicites. Ne demeure entre ces normes et symboles que le fait que les premières se rapportent à la représentation alors que les secondes se rapportent à la régulation. Le caractère plus souterrain de leurs mécaniques leur associe néanmoins souvent une effectivité très similaire.

Le fait que les symboles soient formulés ou inférentiels porte moins à conséquence. Comme leur formulation n'affecte que le degré de précision avec lequel ces symboles peuvent être connus de l'esprit, cette caractéristique influe plutôt sur la transparence avec laquelle peut s'afficher l'effectivité de symboles particuliers sur des construits normatifs. Il est ainsi plus facile de reconnaître la parenté qu'entretient une norme avec un symbole formulé qu'avec un symbole inférentiel. Ceci ne change toutefois rien au fait que ces deux types de symboles peuvent avoir sur cette norme une effectivité identique. Il demeure toutefois que, comme nous en avons longuement discuté, cette explicitation des rapports de pertinence peut être de nature à exacerber les velléités instrumentales.

Il ressort de cette exploration que les symboles et les normes affichent des rapports marqués par une affinité naturelle. Ainsi, lorsqu'elles sont pertinentes les unes aux autres, les déclinaisons manifeste, allusive, routinière ou latente d'un symbole peuvent souvent être associés à leur contrepartie normative. Ces rapports ne sont toutefois aucunement exclusifs ni même nécessaires car l'interpénétration des influences respectives des symboles et des normes se fait sentir dans toutes les déclinaisons qu'ils peuvent adopter.

5.11.3 Symbolisme et normativité autre que manifeste

Les développements qui précèdent auraient en effet pu donner l'impression que le symbolisme ne se rattache en pratique qu'à la normativité manifeste. Or il démontre en réalité la même pertinence à l'égard de tous les types normatifs et peut surtout signer à l'égard de chacun d'entre eux le même type d'impact qu'à l'égard de la normativité manifeste. Peu importe le type de normativité, le symbolisme qui y est rattaché peut autoriser une pénétration directe des mentalités par les normes qu'il porte.

Par exemple, une riche symbolique accompagne souvent les normes allusives qu'impliquent des jugements qui se traduisent par un impact important sur une société. Au Québec, et même ailleurs au Canada, l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis* a certes marqué le début du déclin d'une culture d'impunité et d'invulnérabilité des acteurs étatiques. À l'image de la norme dont elle émane, cette symbolique peut être qualifiée d'allusive en ce qu'elle représente un contenu faiblement déterminé qui émane d'une origine fortement déterminée. Cet arrêt représente en effet l'affirmation des tribunaux à l'encontre d'un gouvernement, mais également d'une façon de concevoir l'exercice du pouvoir. La signification et la texture du message transmis par cet arrêt sont par conséquent beaucoup plus riches que les termes qui en retranscrivent le prononcé. L'impact de ce type de symbolique doit être considéré comme tout aussi fondamental que celui que l'on peut attribuer à la Charte. L'impact symbolique de cet arrêt est par ailleurs loin d'être un cas isolé. À titre d'exemple, l'arrêt *Brown v. Board of Education* continue encore aujourd'hui, par la signification complexe et ambiguë de la symbolique qui l'accompagne, d'interpeller la société américaine dans son rapport au racisme.

De la même manière, une symbolique conséquente se rattache au droit à la

gouvernance revendiqué par les autochtones. Dans ce cas précis, la signification du droit apparaît plus fortement définie alors que son émergence ne semble pas relever d'un processus conscient. Il s'agit par conséquent d'une norme routinière. Il est vrai que les tribunaux se sont prononcés à quelques reprises sur des aspects de ce droit mais ce dernier participe fondamentalement d'une mouvance beaucoup plus large qui découle d'une prise de conscience par les populations autochtones et non-autochtones. La symbolique entourant cette norme partage cette même nature. Il apparaît clairement qu'elle légitime le principe selon lequel les autochtones devraient pouvoir se gouverner eux-mêmes. Cette symbolique forte a toutefois émergé d'une mouvance générale qu'on ne peut relier vraisemblablement à un processus conscient. Le droit à la gouvernance représente par conséquent une norme routinière qui trouve son affirmation et qui justifie sa prégnance par une symbolique routinière.

La norme latente de culpabilité historique est quant à elle largement portée par une symbolique latente. Cette norme, qui implique que la responsabilité pour des crimes collectifs d'une gravité exceptionnelle ne peut simplement être effacée par le passage du temps, tend même à se fondre dans une symbolique plus large qui atteste de l'imprescriptibilité des actes inhumains. La portée exacte à la fois de la norme et de la symbolique demeure néanmoins rebelle à la concrétisation dans une formule, de même que leur origine ne peut être attribuée à des individus ou à des institutions précis. Il n'empêche que l'effet normatif de ce principe est fortement ressenti, particulièrement parmi les populations-victimes et les populations-agresseurs. Il s'ensuit souvent un mal de vivre dont même des individus qui n'ont pas connu les crimes dont il est question ont du mal à se libérer¹⁴⁰.

¹⁴⁰ L'oeuvre littéraire de Bernard Schlink constitue un exemple remarquable de tentative de catharsis à l'égard des atrocités commises contre des juifs par la génération de ses parents. Voir en particulier: *Le liseur*, Paris, Gallimard, 1995.

Les symboliques, si elles partagent des affinités particulières avec les normes qui relèvent du même type qu'elles, ne se rattachent cependant pas nécessairement à ces dernières. Elles engagent souvent des chassés-croisés où une symbolique routinière peut par exemple se rattacher à une norme allusive, ou encore une symbolique manifeste à une norme latente. C'est d'ailleurs ainsi qu'on peut comprendre les monuments commémoratifs qui sont érigés sur les sites où ont été commis des actes de génocide. On attache ainsi une symbolique manifeste, c'est-à-dire consciente et formulée, à la normativité latente de culpabilité historique qui s'en trouve renforcée même si sa signification et son origine peuvent demeurer tout aussi ambiguës.

Dans tous les cas énumérés ci-dessus, le symbolisme entourant la norme est beaucoup plus riche que la norme elle-même. C'est le symbole qui apporte à cette dernière tout l'horizon de sens qui l'accompagne dans les esprits. Des liens très immédiats et concrets existent donc entre tous les types des normes et tous les types de symboles car ces derniers jouent à l'égard des normes un rôle auquel l'instrumentalisme ne peut prétendre, soit de tendre à provoquer une intériorisation de ses présupposés. En définitive, le symbolisme puise directement dans l'ontologie normative en ce qu'il nous interpelle par un questionnement sur la signification de la norme, tandis que l'instrumentalisme ne peut guère plus que prétendre à la transcription de cette dernière.

5.12 *Caractère symbolique du symbolisme?*

Une des acceptions du terme *symbolique* que nous n'avons pas abordée jusqu'à présent est celle d'un geste qui, volontairement ou non, demeure inefficace ou sans conséquence. Il s'agit d'une acception assez largement répandue qui reflète de ce fait l'emprise qu'a sur l'imaginaire actuel la vision conséquentialiste et matérialiste des

rapports humains à laquelle nous faisons allusion ci-dessus. Dans cette optique, la symbolique ne serait qu'une vue de l'esprit d'une pertinence très limitée à l'existence humaine. Nous croyons avoir démontré la richesse que recèle cette façon d'aborder les rapports humains mais il nous apparaît utile d'esquisser quelques facettes supplémentaires sous lesquelles elle démontre sa pertinence à la fois à la nature humaine et au droit.

L'affirmation de l'intérêt du symbolisme pour la normativité se rattache au projet du pluralisme juridique radical de réhabiliter cette part plus intangible de nous-mêmes avec laquelle s'accorde assez mal la pratique juridique traditionnelle. Cette incompatibilité découle bien entendu de l'absence de verticalité, de l'exclusion du principe d'un contrôle externe, que signe cette conception de l'individu. Il demeure néanmoins que même dans le cadre d'une conception assez traditionnelle du droit, la théorie juridique néglige le plus souvent le potentiel que représente le symbolisme. Dans la mesure où l'objet de la normativité devrait être de favoriser la régulation externe des comportements individuels et collectifs, cette dernière devrait être autorisée à mobiliser à ces fins tous les moyens pratiques à sa disposition. Or, lorsque le symbolisme est ainsi mobilisé, c'est plus souvent par accident qu'à dessein et, dans la plupart des cas, son potentiel est largement ignoré.

En fait, il nous apparaît évident que c'est par leur impact symbolique que les normes démontrent leur plus grande efficacité. C'est de cette façon, souvent souterraine, que l'intervention normative, y inclus la normativité étatique manifeste, peut espérer atteindre une meilleure correspondance entre l'intention normative qu'elle porte et les conceptions normatives qui habitent les individus. Car ce n'est qu'à travers la conquête du coeur et de l'esprit des justiciables qu'on peut espérer une véritable adhésion à une norme. Toute autre méthode visant à assurer le respect d'injonctions normatives ne peut

relever que du contingent et de l'éphémère. L'avantage du symbolisme tient dans le fait qu'il pénètre les mentalités pour s'installer, consciemment ou inconsciemment, comme référent par rapport auquel est défini notre rapport à l'environnement.

Mais le symbolisme est beaucoup plus qu'un simple outil au service du droit. En fait, le droit est un des matériaux à travers lesquels le symbolisme donne du sens à notre environnement. Il offre en particulier une compréhension alternative des processus de construction du sens des normes et de la réception de ces dernières en proposant une lecture radicalement différente de l'effectivité normative et de l'objet de l'acte normatif. Tout comme l'instrumentalisme, le symbolisme ne saurait toutefois détenir le monopole de la vérité, pas plus qu'il ne peut garantir de correspondance au réel. Il ne s'agit que d'une lecture et par conséquent d'une façon de concevoir et d'imaginer le phénomène que constitue le droit. À la différence de l'instrumentalisme, il s'agit toutefois d'une compréhension sous-valorisée qui, paradoxalement, est beaucoup mieux adaptée à la déconstruction du sens qui accompagne notre époque.

Le symbolisme propose en effet une vision équivoque et floue de l'acte normatif qui peut laisser sur leur appétit ceux qui désireraient porter sur lui un jugement définitif. Il constitue toutefois un meilleur principe explicatif puisqu'il saisit ses objets à un niveau d'abstraction plus élevé. En effet, alors qu'il se transmet généralement par le discours, il se saisit plutôt par l'intuition. Il reflète de cette façon ce que nous pouvons saisir, à titre individuel ou collectif, de l'univers dans lequel nous évoluons. Il est toutefois d'une utilité prospective limitée puisqu'il n'offre que des pistes bien générales pour tenter de modifier cet univers. C'est néanmoins peut-être sa plus grande utilité car il nous oblige par son caractère équivoque à une certaine humilité quant à notre capacité de contrôler les destinées individuelles et collectives. Il nous prépare en quelque sorte à une

compréhension plus horizontale des rapports humains dont la nécessité devient de jour en jour plus évidente à la lumière des défaillances des modèles actuels. Mais il est surtout probable qu'il ne fasse ainsi que mettre en exergue des mécaniques qui existent déjà et qui n'ont vraisemblablement besoin que d'une plus grande visibilité pour prendre leur place dans l'imaginaire collectif. En ce sens, le véritable impact du symbolisme tiendrait à sa capacité d'ouvrir la porte au déploiement de l'imaginaire et des autres possibles qu'il recèle.

En dernière analyse, le droit demeure un fait de culture. Or, parce qu'il met de l'avant les mécanismes d'inscription de sens, le symbolisme doit être considéré comme un révélateur culturel. C'est donc à une compréhension plus lucide du caractère construit et contingent de la normativité que nous convie en dernière analyse le symbolisme.

5.13 *Le symbolisme du pluralisme juridique radical*

Dans cette logique, il n'est pas inutile de retourner la lunette du symbolisme vers le pluralisme juridique radical. À quelle symbolique générale du droit donne-t-il lieu, et en quoi celle-ci se distingue-t-elle de celle que peuvent entretenir les professionnels du droit et la population en général?

Il est certain que la progression du rôle que s'est donné l'État dans nos sociétés à partir des années 1930 et l'accroissement corrélatif de la régulation sociale que nous avons connu depuis ont eu un impact déterminant sur les conceptions du droit qu'entretiennent les juristes¹⁴¹. Ils ont été progressivement cooptés par l'État dans une

¹⁴¹ À ce sujet, voir: Roberto M. Unger, *Law in Modern Society*, New York, The Free Press, 1976, en particulier le chapitre 3, et M. Bourjol *et al.*, *Pour une critique du droit*, Paris-Grenoble, Maspero-Presses universitaires de Grenoble, 1978, en particulier pages 43-

vision qui a transféré le droit hors de la sphère sociale pour le transformer en un savoir fermé, professionnalisé¹⁴², dont ils demeuraient de ce fait les seuls fiduciaires. Cette sorte de pacte a poussé les juristes à dé-légitimer les autres formes de régulation comme non-juridiques, donc non-pertinentes, et à négocier l'aménagement aux termes du droit étatique d'une normativité hermétique à la fois dans le langage et dans l'accès que d'autres groupes sociaux pourraient y avoir. Le droit tend par conséquent à présenter pour les juristes une symbolique austère et sérieuse composée de règles, rituels et procédures.

Cette transformation a entraîné une réponse symbolique paradoxale auprès des autres champs sociaux. Pour ceux qui sont les plus éloignés du cercle des juristes, cette hermétisation du droit a eu pour double et durable conséquence de le dé-légitimer, ce qui s'exprime par le divorce dans l'esprit populaire entre droit et justice et le mépris affiché à l'égard des avocats, et aussi de le banaliser, la loi n'étant plus considérée que comme un des risques auxquels expose la vie moderne. D'autre part, le droit et la profession juridique exercent une attraction certaine à titre de siège perçu de la concentration et de l'expression du pouvoir dans nos sociétés. Cette relation de fascination/répulsion s'incarne dans la tournure assez triviale qu'adopte le droit lorsqu'il devient un sujet de divertissement, surtout dans les livres, à la télévision et au cinéma. La symbolique que projettent ces médias et qui reflète celle entretenue par une grande part de la population est donc assez peu flatteuse pour le droit et la profession, mais signifie également une grande perte de confiance à leur égard. La perte de pertinence du droit n'est certes pas l'image que le cercle de ses initiés désire en projeter. C'est toutefois la partie de sa symbolique qu'il ne peut contrôler et qui se développe par conséquent selon sa propre

67 et 136-146.

¹⁴² Voir: Michel Foucault, *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966.

logique.

L'objectif du droit est certes de changer les comportements, mais également, et probablement surtout, de changer les mentalités. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'instrumentalisme est si naturellement associé au droit. Cette tendance n'est par ailleurs pas condamnable en soi - il fait partie de la nature humaine de vouloir transformer notre environnement physique et social - elle se méprend toutefois sur l'ampleur des transformations auxquelles elle peut et devrait prétendre. Car si le droit transforme la société, c'est indirectement. Son impact durable réside dans la transformation du regard que nous portons sur les choses et que reflète la symbolique qui nous habite.

C'est à la création d'une nouvelle symbolique de la fonction juridique, plus respectueuse de la nature de la normativité, que le pluralisme juridique radical nous convie. Celui-ci situe le droit dans des dynamiques dialogiques de construction de sens déterminés de façon ultime par un processus réflexif. Il vise ainsi à réhabiliter à la fois l'espace social comme lieu dans lequel s'épanouit la personne par un nécessaire métissage identitaire, mais également l'individu comme être complexe et multiple, ultime siège d'une normativité nécessairement équivoque. En ce sens, le droit représente en dernière analyse l'arbitrage subjectif de construits collectifs et individuels.

Étrangement, ce que le pluralisme juridique radical tente ainsi de représenter est une image plus pragmatique d'une réalité occultée par des construits aujourd'hui dominants. La seule transformation à laquelle il prétend réellement présider ne peut donc être que celle de la perception des rapports qu'entretiennent les individus avec le droit.

Cette seule transformation pourrait néanmoins signer indirectement une profonde réforme des construits sociaux en ouvrant symboliquement la porte à d'autres possibles fondés sur une plus grande horizontalité des rapports humains.

Chapitre six

Émergence et légitimité normative

Nous avons, dans les chapitres précédents, réussi à tracer avec un peu plus de précision les contours des phénomènes normatifs de sorte que certaines des mécaniques par lesquelles ils s'expriment et certaines des caractéristiques qui les définissent nous sont maintenant moins étrangères. Deux interrogations essentielles demeurent toutefois. Premièrement, comment les normes parviennent-elles jusqu'à nous? En deuxième lieu, pourquoi obéit-on aux normes?

La première interrogation concerne bien entendu les sources des normes. Nous savons de façon générale que celles-ci sont un des nombreux sous-produits de notre existence et que la signification que nous leur attribuons est autant révélatrice de leur nature que de notre identité. La normativité est une métaphore qui nous permet d'insuffler du sens à certains aspects de notre existence. Mais les normes représentent néanmoins des significations assez précises pour réguler des pans entiers de notre vécu. C'est donc que les normes ne sont pas des construits arbitraires. Nous explorerons dans le présent chapitre les mécaniques par lesquelles les normes émergent et affirment leur existence. Cet examen nous mènera à nous pencher sur les autres incidents de l'existence normative, c'est-à-dire le cheminement et la disparition éventuelle des normes, de même que sur les rapports qu'entretiennent les normes entre elles. Nous verrons que tous ces incidents sont reliés entre eux et que les destins des normes sont par conséquent nécessairement imbriqués.

La deuxième interrogation est plus fondamentale. Nous avons pu constater l'existence des normes, en proposer une typologie, considérer certaines de leurs

caractéristiques et certaines des mécaniques par lesquelles elles s'affirment, mais nous n'avons pas examiné les raisons pour lesquelles elles *devraient* réguler nos comportements. Cette interrogation pose donc fondamentalement la question de la légitimation des normes. Elle est beaucoup plus délicate que la précédente car elle peut facilement passer du descriptif au prescriptif. Or, nous ne tenterons pas tant de déterminer pourquoi nous *devrions* obéir aux normes que pourquoi nous *obéissons* aux normes. Il nous sera toutefois essentiel à cette fin de poser les derniers jalons de l'ontologie normative et de déterminer ce qui distingue la normativité de la simple coercition. Ce faisant, nous devons expliciter les conséquences de l'adoption d'une approche pluraliste radicale de la normativité sur la conception des rapports interpersonnels que nous pouvons entretenir et sur la possibilité même de l'amélioration de notre condition.

6.1 *Ontologie et émergence normative*

Il semblerait relever de l'ordre des choses de tenter de déterminer comment naissent, vivent et meurent les normes car la compréhension de ces mécaniques, en plus de nous renseigner sur la nature même des phénomènes normatifs, serait de nature à nous permettre de mieux les contrôler et d'ainsi contrôler notre destinée. C'est du moins une des interrogations fondamentales qui préoccupe la théorie juridique. La question est toutefois mal posée puisqu'elle présuppose pour la norme une trajectoire matérialiste et anthropomorphique. Pourquoi l'existence de la norme ne suivrait-elle pas un cours différent, qui refléterait par cette différence le caractère particulier des phénomènes normatifs?

Mais avant tout, ne devrions-nous pas décrire, si ce n'est définir, ce caractère

particulier des phénomènes normatifs? Nous revenons donc à la question qui a initialement motivé la réflexion qui sous-tend cette thèse, soit : qu'est-ce que le droit? Nous avons bien entendu exploré plusieurs facettes de la réponse qui nous apparaît la plus probable ou réaliste à cette question, c'est-à-dire la réponse pluraliste radicale. C'est d'ailleurs une préoccupation à l'égard du caractère potentiellement dogmatique ou pontifiant de toute théorie qui nous a poussé à exprimer de nombreuses réserves quant aux affirmations auxquelles nous contrainst le développement de la théorie et surtout quant à la possibilité de résumer formellement la complexité de l'existence concrète de l'objet de celle-ci. Nous tenterons donc maintenant de compléter cet examen de l'ontologie normative tout en tenant compte des mises en garde formulées ci-dessus.

6.1.1 Les régularités

Le droit est avant tout une affaire de régularités. C'est à la fois à travers celles-ci que l'on entrevoit l'existence de règles, mais également en celles-ci que les règles se définissent. La normativité n'est en effet que l'affirmation d'un certain ordonnancement de notre existence. Dans certaines circonstances, nous considérons que nous devons adopter certains comportements. Plus encore, nous nous attendons des autres qu'ils adoptent également ces comportements. La règle définit ainsi des attentes partagées. Ce sont par suite ces dernières qui fondent la possibilité de la vie en société, autrement dit de la vie en commun.

6.1.1.1 Rationalité des régularités

Mais approfondissons cette notion de *régularité* avant d'en explorer les corollaires. Notre vie est faite de ces régularités mais également d'événements

inattendus. Quelquefois nous comprenons la raison de ces régularités, quelquefois leur logique nous échappe et quelquefois nous sommes aveugles à leur égard. En fait, les événements inattendus représentent souvent des régularités que nous ne réussissons pas à discerner et les événements irrationnels des régularités dont la mécanique nous échappe. Peu importe, ces régularités donnent à notre univers une certaine stabilité qui nous permet d'y opérer efficacement. Elles nous protègent de l'arbitraire. En leur absence, nous serions à chaque instant confrontés à l'inconnu et ce fardeau aurait bien vite fait de venir à bout de nos ressources. C'est d'ailleurs pourquoi il peut être si épuisant d'arriver dans un lieu qui nous est étranger. Ces régularités facilitent notre existence en la balisant.

Ces régularités sont donc le reflet de règles qui organisent notre existence. Mais les règles se manifestent-elles nécessairement par l'entremise de régularités? On pourrait être tenté de penser qu'il n'en est rien. Des situations en apparence uniques surviennent auxquelles une solution fondée sur des règles est néanmoins trouvée. En fait, une règle singulière peut régir une situation unique ou une situation qui n'est pas susceptible de se répéter. Peut-on toujours parler de régularité dans ce type de situation? Dans le premier cas, il s'agit en fait du processus de prise de décision qui est mis en cause. On se concentre sur un cas particulier de mise en oeuvre de règles qui sont par nature appelées à trouver application à une multitude de situations, et qui constituent par conséquent des énoncés donnant lieu à des régularités observables. Dans le cas de règles en apparence uniques, elles ne sont en réalité que l'application particulière de principes plus généraux, de règles plus générales. Elles représentent donc des particularisations de lignes de conduite qu'on peut nécessairement reconnaître à un niveau plus élevé d'abstraction dans des régularités ou des récurrences sociales.

Le problème de la récurrence des règles apparaît par ailleurs plus flagrant lorsque

l'on considère des règles purement introspectives, c'est-à-dire ces règles que nous avons exploré dans les chapitres antérieurs et qui demeurent, par nature, confinées à notre for intérieur. Le cas échéant, ces règles ne sont pas susceptibles de se manifester largement dans notre environnement social. Rien n'empêche toutefois qu'elles puissent donner lieu à des régularités dans nos comportements et dans ces choix intimes qui ne trouvent pas de manifestation extérieure. Par ailleurs, même considérant que ces règles introspectives ne trouveraient application qu'à une situation unique, non récurrente, nous sentons toujours que nous avons la capacité de les départager de choix arbitraires ou du moins non guidés par un principe normatif. En fait, ce qui distingue la norme de l'aléa est le fait que nous jugeons la norme apte à réguler nos comportements. Ce jugement se fonde quant à lui sur une extrapolation du principe de la norme afin de déterminer s'il motive une solution dont l'application récurrente pourrait se justifier.

Ceci soulève deux considérations importantes. Premièrement, la reproductibilité de la solution qu'offre la norme, et, deuxièmement, la nécessité d'une justification à la norme. Nous traiterons de ce deuxième aspect ci-après lorsque nous aborderons la question de la légitimation de normes particulières ou de la normativité en général¹⁴³. Pour ce qui est de la première considération, elle nous éclaire particulièrement bien sur la raison d'être des régularités dans notre univers social. Les régularités que nous pouvons observer sous forme de normes ne sont pas fortuites. Elles existent parce qu'elles reflètent des solutions généralisées à des situations récurrentes ou assimilables. En fait, très peu de nos comportements sont véritablement fortuits. À un niveau ou un autre, des normes orientent les cheminements que nous empruntons. Le déclencheur du choix que nous adoptons en bout de ligne peut être fortuit, mais ce choix, même lorsqu'il appert n'être que le fruit d'un automatisme, est néanmoins motivé par une activité normative. Et

¹⁴³ Voir, *infra*, partie 6.3.

même lorsque ce choix ultime peut lui-même apparaître comme arbitraire, la démarche qui y mène relève néanmoins d'un processus normatif déclenché par l'avènement d'une difficulté bien réelle. Il n'est pas plus rationnel de conduire sur le côté droit que sur le côté gauche du chemin, mais il est nécessaire que tous les utilisateurs de celui-ci conduisent sur un même côté. Et ces petites et grandes solutions normatives aux petits et grands problèmes de notre existence s'élaborent en continu, au fil de l'éclosion des problèmes qui les motivent.

6.1.1.2 La stabilité

En fait, l'intégration des normes est un processus continu qui se manifeste tout au long de notre existence. Il est intrinsèque à la socialisation et, fort probablement, au développement même de l'intelligence. C'est à travers le contact avec nos pairs que nous développons des façons de plus en plus sophistiquées d'interagir, façons qui intègrent sous forme de normes des régularités et des récurrences qui conditionnent notre façon de vivre. Ces régularités fondent notre capacité de communiquer et, de façon plus large, à interagir. Elles constituent des référents qui déterminent des schèmes d'interaction récurrents et des paramètres stables d'interaction qui nous autorisent à une certaine confiance, et donc à une certaine sécurité, dans nos rapports avec les autres. Et ce sentiment de sécurité est essentiel à notre développement. Nous développons notre identité et notre intelligence au contact des autres. Or, ce contact ne peut exister que dans la mesure où nous croyons savoir qu'il ne mettra pas en péril notre propre sécurité, mais qu'au contraire, il nous nourrira. L'apprentissage des normes relatives aux contacts sociaux, en nous permettant d'interagir dans un cadre sécuritaire, rend possible notre épanouissement.

La stabilité est également nécessaire, à un niveau plus fondamental, au développement intellectuel. Notre existence est temporelle et notre capacité à interagir avec notre environnement s'acquiert au contact de celui-ci par l'entremise d'un cheminement qui s'inscrit dans la durée. Or, c'est la stabilité qui assure la possibilité de ce développement. En effet, le développement intellectuel repose sur la sédimentation des connaissances. Nous construisons notre compréhension du monde sur les acquis que nous possédons déjà. Les normes constituent une part importante de ces acquis, mais plus encore, ce sont les récurrences qu'elles annoncent qui nous permettent de donner du sens à notre environnement. C'est parce que nous croyons savoir que telle conséquence suit normalement tel comportement que nous pouvons ordonner nos actions. C'est cette stabilité, toute relative soit-elle, qui nous autorise à construire un savoir supérieur sur les fondements des acquis antérieurs. Cette même stabilité nous permet ainsi de nous épanouir dans un rapport de cohérence avec notre environnement¹⁴⁴.

6.1.1.3 L'indéterminisme

Ceci n'implique pas que notre existence ou notre environnement sont déterminés. En fait, sous trois égards distincts les récurrences auxquelles donnent lieu les normes ne sont pas absolues. Les normes ouvrent souvent de larges territoires à l'intérieur desquels nous pouvons choisir les comportements que nous adoptons. Nous pouvons également, par choix ou par ignorance, ne pas respecter les normes, ou encore des normes peuvent entrer en conflit de sorte que nous ne pouvons à la fois toutes les respecter.

On confond souvent normativité et déterminisme. Il est vrai que les normes

¹⁴⁴ C'est d'ailleurs pourquoi Jean-Guy Belley peut affirmer que: "[l]a contribution du droit à l'ordre social passe donc par une régulation simultanée des comportements et des représentations." J.-G. Belley, *supra* note 38, page 28.

orientent nos comportements en traçant la voie que ces derniers devraient emprunter. Mais elles ne les déterminent pas. Premièrement, contrairement à ce que l'on voudrait souvent croire, la norme ne dicte pas toujours une solution unique à une situation type. Elle envisage le plus souvent une ligne générale de conduite, un espace de liberté à l'intérieur duquel une solution peut être considérée comme respectant la norme. C'est particulièrement le cas lorsqu'une norme interdit un comportement; on prend alors pour acquis que tous les autres comportements sont autorisés. C'est dans les faits à ce type de régulation que la normativité donne le plus souvent lieu. Elle vise à baliser l'espace social en définissant des paramètres généraux à l'intérieur desquels on peut agir sans toutefois remettre en cause les fondements de l'ordre social au sein duquel nous évoluons. Ce faisant, ce sont de larges plages de liberté qui sont aménagées, dont l'étendue dépend en définitive du type de structure qui définit l'ensemble dont il est question, qui est elle-même souvent définie par la situation dans laquelle cet ensemble se trouve. Ainsi, pour ceux qui cherchent à lever l'hypothèque morale qu'implique l'autonomie, la grande liberté de choix qu'offrent les sociétés dites "modernes" est assez inconvenante. C'est d'ailleurs ce qui explique que plusieurs de ces personnes troquent cet espace de liberté pour l'espace plus fortement contraint qu'offre par exemple, l'adhésion à une secte ou un mouvement religieux fortement structuré. Car le déterminisme offre une plus grande sécurité sous forme de stabilité des schèmes d'interaction. Les normes y sont plus strictes, précises et étroites, ce qui limite la responsabilité qu'implique en contrepartie l'existence du libre arbitre.

Il est important de comprendre que l'omniprésence des normes ne nous désinvestit pas du libre arbitre. Elles mettent en place des lignes de conduite qui nous laissent une très grande marge d'appréciation. Elles sont généralement directives et assez peu souvent prescriptives. Et même lorsqu'elles le sont, les normes sous-entendent

souvent une multitude d'options puisqu'elles considèrent généralement plus important le respect de leurs injonctions que les moyens en définitive retenus pour y arriver. Même à l'intérieur du carcan normatif, il demeure donc pour chacun d'entre nous un large espace de liberté où nous pouvons exprimer notre individualité.

Par ailleurs, des normes ne peuvent jamais entièrement nous contraindre. D'une part, nous pouvons porter un jugement défavorable à l'égard des normes. Le cas échéant, nous pouvons délibérément choisir de circonvenir ou d'ignorer leurs prescriptions ou encore de nous y opposer de front. Ce faisant, nous nous exposons bien entendu à des conséquences qui peuvent s'avérer légères ou encore beaucoup plus graves, passant par exemple de la semonce, à l'incompréhension, à l'ostracisme, à la perte de privilèges, à la mise à l'amende, à l'emprisonnement ou encore aux sévices corporels. Mais le non respect de la norme peut également n'être suivi d'aucune conséquence, comme lorsque quelqu'un commet un vol à l'étalage sans être découvert. Ce genre d'acte délibéré procède d'un calcul, implicite ou explicite, par lequel nous jugeons préférable de nous exposer à la sanction associée à la violation de la norme que de nous soumettre à ses injonctions. Ce genre de comportement ne nie pas la norme, mais remet plutôt en cause sa légitimité. Elle continue d'exister mais est d'autant affaiblie que ses dispositions sont mal respectées.

Ceci illustre d'ailleurs un des grands paradoxes du droit. Si la normativité est affaire de régularités, comment reconnaître une norme lorsqu'elle n'est pas respectée? En fait, la norme n'a pas à s'imposer de façon absolue pour exister, bien s'en faut. Il suffit qu'elle fonde ce type de régularité qui en définitive crée une contrainte sur l'action par sa seule existence. Plus encore, une règle très mal respectée peut néanmoins constituer une norme si ceux qui la violent demeurent toujours conscients du rapport de

contrariété entre elle et leurs actes. Le fait qu'une règle devienne systématiquement bafouée peut toutefois révéler que sa raison d'être, ne fut-elle qu'un simple rapport de domination, a cessé d'exister. La norme s'évanouit alors progressivement pour éventuellement disparaître. La norme doit par conséquent bénéficier d'une affirmation tangible pour exister, mais son existence ne dépend pas nécessairement du degré d'adhésion qu'elle suscite.

Cette réalité est d'autant plus patente que nous violons bien souvent des normes par ignorance, insensibilité ou même pugnacité. Ainsi, c'est bien involontairement que nous transgressons des normes dont nous ne connaissons pas l'existence. Ce type d'infraction peut néanmoins nous exposer à des sanctions, quoique dans certains champs normatifs l'ignorance soit considéré comme une excuse ou à tout le moins un facteur atténuant. La transgression involontaire de normes est particulièrement susceptible de se produire lorsque nous sommes étrangers à l'étendue naturelle du champ social semi-autonome dont elles relèvent. Ce n'est probablement pas par mépris qu'un chrétien foulera le sol d'une mosquée avec ses souliers, mais plutôt par ignorance. Ce type d'erreur peut toutefois relever du manque de sensibilité et de l'absence d'écoute au milieu. Une personne centrée sur elle-même, qui n'est pas à l'écoute du milieu dans lequel elle évolue sera souvent marginalisée, en grande partie parce que sa réclusion l'empêche de prendre connaissance des normes qui sont pertinentes au milieu et résulte en la violation fréquente de celles-ci. C'est d'ailleurs pourquoi nous faisons normalement montre d'une attitude beaucoup moins volontaire lorsque nous arrivons dans un nouveau milieu que lorsque nous évoluons dans un milieu qui nous est familier. Enfin, c'est quelquefois par pugnacité ou par simple esprit de contradiction que nous refusons de nous soumettre à des normes. Bien que reflétant un volontarisme, ce type d'attitude ne traduit pas une démarche réfléchie et demeure par conséquent de peu de valeur quant à

l'appréciation de la légitimité de la norme. Le cas échéant, bien que les protagonistes puissent être les premiers surpris des conséquences de leurs actes, il n'en demeure pas moins que la norme n'est pas respectée.

On doit également réaliser que l'espace normatif n'est pas un lieu homogène. Les normes entrent en conflit, à tel point qu'on peut affirmer que le conflit est souvent la norme. Rappelons que même lorsque deux normes proviennent d'un même champ social semi-autonome, elles peuvent entrer en conflit. À plus forte raison, le risque de conflit est décuplé lorsque les normes proviennent de champs sociaux semi-autonomes distincts. Il faut bien comprendre que le caractère distinct de ces champs n'empêche pas les mêmes individus de participer à plusieurs d'entre eux. En fait, comme nous avons pu le constater au chapitre deux, ces champs se superposent dans des rapports complexes qui mènent nécessairement à une certaine confrontation de leurs normes. Dans de telles circonstances, le justiciable doit, consciemment ou inconsciemment, choisir de privilégier certaines normes ou encore aucune, de sorte qu'il viole ainsi les dispositions des autres. Et ces choix peuvent relever d'une quelconque des dynamiques explorées ci-dessus, de sorte que leur signification peut être infiniment variable.

Les régularités que nous observons dans notre environnement sont donc de bien drôles de révélateurs normatifs. D'une part, elles ne sont pas absolues, et, d'autre part, elles ne sont pas nécessairement indicatives de la valeur, de l'importance ou de la légitimité de la norme qu'elles sous-tendent. Ces régularités sont néanmoins essentielles à notre compréhension du droit. C'est la partie visible des normes qui nous permet ensuite d'en comprendre le principe.

6.1.2 Les expectatives

Nous avons vu que nous avons besoin de stabilité et, partant, de régularités pour sinon assurer du moins faciliter notre développement. C'est en apprenant tout au long de notre vie à connaître et reconnaître ces régularités que nous acquerrons les habiletés nécessaires à notre maintien au sein des communautés auxquelles nous appartenons. Ces régularités deviennent en quelque sorte une des marques d'appartenance aux communautés, un savoir partagé. Ceci étant, ces régularités se transforment dans notre conscience en expectatives à l'égard des membres de ces communautés. En effet, l'espace social que représentent ces communautés devient, à travers les normes, caractérisé par une certaine stabilité dans ses modes opératoires. Cette stabilité nous permet de nous insérer dans un rapport de cohérence avec cet espace et de moduler nos interactions avec ceux qui le partagent de sorte à minimiser les frictions, à limiter les occasions d'incompréhension. La normativité autorise donc, quoiqu'elle ne peut l'imposer, une certaine harmonie. C'est avec une mesure de confiance que nous pouvons prévoir la réaction qu'auront les autres à nos comportements et que nous pouvons à notre tour prévoir leurs comportements. Quoiqu'elles ne comportent aucune garantie quant à leur efficacité, nous savons que les normes existent et le seul fait de leur existence simplifie la nôtre. Nous savons que les choses devraient *normalement* se dérouler en conformité avec ces normes.

6.1.2.1 Normativité et normalité

On peut donc dire de la normativité qu'elle est une forme d'expression de la normalité. Ce n'est d'ailleurs pas par hasard si normativité et normalité partagent la

même racine latine¹⁴⁵. Les lois, les règles ou les normes reflètent comment les choses se passent et devraient se passer normalement. Elles constituent un étalon au regard duquel nous mesurons la réalité. Elles définissent les paramètres normaux que la société s'est donnée. Ce qui ne veut pas dire que la normalité vécue dans un champ social semi-autonome ne peut pas être perçue comme pathologique dans un autre champ. Pas plus, comme nous l'avons vu, que la norme doit nécessairement être respectée dans le champ dont elle émane. En fait, la compréhension de la norme comme expression de la normalité implique la possibilité et même l'existence de la dérogation à la norme car c'est en opposition à l'exception que se définit la normalité. Tout ceci ne fait toutefois que renforcer l'intuition que nous portons tous que la norme n'est pas le fruit de l'arbitraire mais plutôt qu'elle reflète nécessairement un principe ou une réalité souterraine.

6.1.2.2 *La nature des communautés*

La normativité est donc la concrétisation de ces attentes qui guident nos relations avec autrui. Nous présumons qu'ils partagent avec nous ces règles qui modulent notre conduite. Cet aspect social de la normativité est fondamental. Si ce n'est qu'en raison de contraintes biologiques, nous sommes condamnés à vivre en communautés. Mais les communautés représentent beaucoup plus qu'un réservoir de gènes; elles sont les dépositaires et le vivier de la culture et constituent les assises sur lesquelles nous développons notre identité et par suite notre capacité intellectuelle. C'est afin de permettre la coexistence au sein de ces communautés que la normativité se développe. C'est au sein de celles-ci que des pratiques se sédimentent sous forme de régularités pour devenir des normes. Ce sont également ces communautés qui abritent et communiquent

¹⁴⁵ Ces deux termes sont dérivés de la racine latine *norma*, qui signifie équerre et qui implique par conséquent l'idée de comparaison. *Le nouveau petit Robert*, *supra* note 5, aux pages 1498 et 1499.

ces normes. C'est enfin celles-ci qui les mettent en oeuvre et sanctionnent, le cas échéant, les manquements à leur égard. C'est en somme à travers les interactions dont ces communautés sont l'occasion que les normes parviennent jusqu'à notre conscience.

Ces relations qui nous unissent au sein de communautés sont le ferment de ce que nous avons décrit au chapitre deux sous le vocable de champs sociaux semi-autonomes. Ce concept vise à rendre compte des innombrables communautés qui se superposent dans l'univers social et de notre appartenance simultanée à une multitude d'entre elles. Le caractère quasi sans limite des combinaisons sociales possibles reflète la complexité immanente des relations humaines et de la personnalité humaine. Nous ne pouvons, sans perte de sens, être caractérisés de manière univoque; de même les communautés. De plus, nous suivons un cheminement dont l'évolution est imprévisible, étant le fruit de l'interaction d'une personnalité fragmentée qui nous définit et des hasards et coïncidences qui en affectent le développement. Ces communautés sont à notre image, elles naissent et meurent, se développent et s'atrophient, se transforment et se réinventent. Elles sont constamment redéfinies par leurs membres dont elles redéfinissent à leur tour l'identité dans une relation profondément symbiotique.

Les liens qui unissent les régularités et les communautés sont à l'image de ceux qui unissent la normativité et les champs sociaux semi-autonomes. Les communautés sont l'occasion de l'expression de ces régularités, mais ces régularités sont également la raison d'être de ces communautés. Ces dernières émergent en raison des interactions qui en viennent à avoir lieu entre leur membres. Les justifications de ces interactions sont multiples. Elles peuvent être recherchées ou imposées, refléter une communauté d'intérêt ou une communauté d'appartenance, être le fruit du hasard ou d'une préparation minutieuse. Mais ces interactions sont justement le matériau à partir duquel se forment

des régularités qui se développent pour éventuellement émerger à titre de normes. Plus ces rapports se développent, plus la part du non-dit augmente en raison des attentes que fonde la sédimentation des contacts antérieurs. Explicitement ou implicitement, ces rapports se structurent dans un cadre qui définit la normativité propre au groupe. C'est ainsi que les régularités auxquelles donnent lieu la multiplication des rapports se transforment en normes et fondent des attentes. Le groupe peut ensuite être l'occasion du développement d'une normativité de plus en plus riche et complexe qui reflète la raison de son existence, c'est-à-dire ce qui a motivé initialement les rapports qu'ont liés des individus. Par exemple, un groupe de recherche pourra implicitement élaborer des normes de qualité dans la recherche et des règles d'assiduité nécessaires au maintien de l'appartenance au groupe, tandis que des règles relatives à l'avancement et à la rémunération pourront être explicitement négociées entre un employeur et un syndicat dans un milieu de travail. Et la raison d'être du groupe évolue elle-même avec le temps, à l'image des circonstances qui conditionnent son existence. Une association de commerçants peut ainsi avec le temps se transformer en un solide groupe d'amis. Les deux communautés peuvent même fort bien se superposer et maintenir une existence normative solidaire mais néanmoins distincte.

On peut donc affirmer que les normes émergent au terme d'un processus de structuration, ou en quelque sorte de formalisation, des rapports humains. Elles ne se développent pas dans un vacuum interactionnel, au seul gré du hasard. Bien que le hasard peut initialement mener à ces interactions, leur maintien n'est pas le fruit de l'arbitraire. Il faut comprendre que les interactions dont il est question n'ont pas à être établies de façon récurrente de personne à personne. Elles ne doivent exister qu'entre les membres de groupes aux contours plus ou moins rigoureusement définis dont la persistance assure la pérennité des constructions normatives auxquels ils donnent lieu.

Les normes cessent d'exister avec la disparition des champs sociaux semi-autonomes dont elles émanent. En d'autres termes, les mêmes individus n'ont pas besoin de régulièrement se rencontrer pour construire les sédimentations de pratique à partir desquelles se définissent les normes. Il suffit que la communauté que représente ce groupe continue d'exister en raison des rapports que maintiennent des membres, qu'ils soient occasionnels ou assidus, nouveaux ou anciens. La communauté normative existe tant que perdurent ses assises communautaires. La durée de cette existence est d'ailleurs tout autant variable que la durée de vie des divers intérêts dont peuvent se saisir les êtres humains. Des communautés politiques durent généralement assez longtemps, si ce n'est à travers des transformations importantes, mais les communautés de joueurs de Pogs se sont évanouies avec l'intérêt pour le phénomène.

6.1.3 Les normes

Il est impossible de dire avec précision quand les régularités se transforment en normes. Cette connaissance relève souvent d'un sentiment que ces régularités ne sont pas le fruit du hasard, mais bien d'une forme implicite ou explicite d'entente. Ce moment ressort normalement de façon très marquée dans le cadre des processus normatifs explicites, mais ne coïncide pas nécessairement avec l'acte de naissance du contenu normatif sous-jacent. Ce dernier connaissait souvent une existence implicite conséquente avant d'être repris au terme d'un processus explicite. Il faut en effet se rappeler qu'à la fois la forme et la substance de normes particulières se réforment et se transforment tout au long de leur existence. S'il est donc possible de comprendre la structure des phénomènes d'émergence normative, la reconnaissance de leur affirmation matérielle demeure problématique. Nous savons que les normes émergent des régularités qui se construisent au terme de la formalisation ou de la structuration des rapports qui unissent

les membres de communautés. C'est en quelque sorte par sédimentation des pratiques qu'à la fois les communautés et les normes se forment. Mais ce savoir ne nous permet pas d'identifier avec précision les lieux et temps de l'existence à la fois de champs sociaux semi-autonomes et de normes particuliers.

6.1.3.1 Une difficulté épistémologique

Une difficulté épistémologique est à la base de ce paradoxe; nous tentons d'exprimer l'indicible par des mots. Le langage est un matériau conséquentialiste et matérialiste alors que la normativité est fondamentalement un matériau nouménal. Le langage invite à situer matériellement l'objet du discours et à le circonscrire dans des définitions rigides. Pour se sortir de ces réflexes réductionnistes, lorsqu'il est impossible d'ainsi circonscrire cet objet, l'intelligence a inventé la métaphore. Et le concept de normativité est une métaphore qui tente de rendre compte de pans importants de l'existence humaine. C'est par le non-dit, par l'ouverture qu'elle manifeste à l'égard de l'indicible, que cette métaphore réussit à rendre compte de la complexité de son objet. Ainsi, bien qu'on puisse comprendre le concept de normativité comme s'articulant dans certaines mécaniques, il est en pratique impossible de *déterminer* une norme particulière en raison du fait que toute norme représente un matériau partagé et immanent.

Plusieurs sémioticiens avanceraient par ailleurs que l'évocation du langage qui précède représente une compréhension simpliste de ce dernier. Le langage devrait plutôt être considéré comme constituant lui-même un lieu instable et contesté; Les mots tentent de traduire des idées qu'ils ne peuvent circonscrire pour des raisons analogues à celles

que nous exposons ci-dessous¹⁴⁶. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement puisque la détermination du sens des mots est en soi un processus normatif. L'aspect plus proprement matérialiste des mots relève donc d'une de ces fictions utiles par lesquelles nous nous approprions notre univers. Son caractère fictif révèle cependant un degré de difficulté supplémentaire pour toute tentative de détermination des normes.

Les normes sont des phénomènes vécus, et vécus de façons multiples. Elles sont partagées au sein de champs sociaux semi-autonomes de sorte que nul ne peut prétendre sur elles à un monopole interprétatif. Même pour les normes manifestes, leur sens et leur portée sont à la base des construits collectifs qui prennent leur coloration ultime auprès de chaque individu qu'elles interpellent. Bien que le sens de la norme puisse être élaboré au sein de la communauté et souvent prioritairement à travers des institutions ou même des individus investis d'un rôle particulier à cet égard, la concrétisation de ce sens ne peut se produire qu'au sein de chacun d'entre nous. C'est au sein d'un processus dialogique que s'opère cette construction par laquelle le sens de la norme s'élabore par accréation des expériences individuelles et rétroaction du sens commun sur chacune des constructions individuelles. La construction du sens ne peut donc être qu'un processus continu et multipolaire, qui contient toujours une part d'indéterminé. Les mots traduisent bien imparfaitement cette réalité insaisissable.

¹⁴⁶ Voir: George Lakoff et Mark Johnson, *Metaphors we Live by*, Chicago, University of Chicago Press, 1980.

6.1.3.2 Caractère immanent des normes

La normativité est un matériau immanent. Aucune construction normative ne fait table rase du passé. Chaque norme émerge d'un contexte qui n'est qu'un enchevêtrement de possibles. Ainsi, les trajectoires normatives ne sont pas déterminées, mais elles ne peuvent également être considérées comme pure création. L'originalité de la création, si elle existe, réside dans la combinaison novatrice de potentialités préexistantes. De plus, et ce qui est plus important, il est impossible de déterminer pour une norme particulière une trajectoire matérielle précise. Nous ne pouvons marquer d'une pierre blanche le moment de sa création et encore moins le moment de sa chute ou même de son abrogation. Même si une norme peut avoir une existence formelle fortement balisée, comme c'est le cas pour une bonne part de la normativité étatique, son existence nouménale passe par une nébuleuse qui ne s'encombre pas de repères matériels. Ce type de norme existe sous une forme ou une autre, à tout le moins sous forme de principe, avant qu'elle ne soit promulguée et continue d'exister bien après son abrogation, si ce n'est qu'en raison de l'inertie qu'impliquent les habitudes. La normativité est vécue à un niveau beaucoup plus fondamental, de sorte que nous comprenons à un certain moment être en présence d'une norme et qu'à un autre nous comprenons que cette norme a cessé d'exister sans que nous puissions pour autant fixer de façon absolue l'un ou l'autre de ces instants¹⁴⁷.

¹⁴⁷ La norme est ainsi analogue à l'architecture de Peter Eisemann dans laquelle la fluidité fait se perdre les lignes de démarcation entre parties et fonctions de l'édifice, entre son commencement et sa fin. Voir: Stephen Dobney, *Eisemann Architects: Selected and Current Works*, Mulgraves, 1995.

6.1.4 *L'émergence*

Dans cette logique, si nous pouvons expliquer l'existence de normes par l'évolution d'interactions en régularités et ensuite en normes, nous ne pouvons néanmoins déterminer avec une précision absolue ces moments, ou encore les définir sous forme de paliers successifs. L'émergence normative est un processus fluide et continu. C'est d'ailleurs pourquoi nous utilisons ce terme pour définir le processus d'apparition des normes. Le concept d'émergence sous-entend que ce qui émerge ne fait en réalité que se démarquer d'un milieu ambiant avec lequel il faisait auparavant corps. Il n'est donc pas véritablement création mais bien plutôt affirmation de certaines caractéristiques de ce milieu. Le terme traduit la fluidité du concept.

6.1.4.1 *Un processus continu*

Ce processus d'émergence est par ailleurs continu. Comme nous le verrons dans la prochaine partie, les normes s'inventent et se réinventent tout au long de leur existence. Le terme s'accommode ainsi particulièrement bien du fait que les normes se cristallisent souvent avec plus ou moins de précision au cours de leur cheminement. Elles peuvent cheminer vers une accointance plus ou moins étroite avec des individus ou des institutions selon qu'elles tendent vers l'explicite ou l'implicite et elles peuvent exhiber avec des degrés variables de précision leurs contenus normatifs selon qu'elles tendent vers le formulé ou l'inférentiel. Elles acquièrent une plus grande visibilité lorsqu'elles tendent vers le pôle manifeste et deviennent plus souterraines lorsqu'elles s'approchent du latent. Elles voguent ainsi entre le rattachement à un acte de volonté et le

rattachement à un savoir social implicite. Mais la mécanique qui guide ce cheminement est toujours caractérisée par une relation symbiotique avec la nature de la communauté dont la norme relève.

6.1.4.2 *L'émergence (sic.)*

Le néologisme *émergence* peut également être d'une certaine utilité dans la description des mécaniques qui mènent à l'apparition des normativités qui tendent vers le pôle latent. La normativité latente s'apparente à une inscription dans les marges de notre existence, en apparence secondaire et quelquefois secrète ou masquée mais qui, on s'en rend compte avec le recul, reflète avec une acuité particulière la nature du moment. Elle représente quelquefois la régulation de ces aspects de notre existence qui peuvent nous apparaître moins conséquents parce qu'habituels et moins consciemment intégrés dans notre quotidien. À bien y penser, ces aspects constituent toutefois des caractéristiques essentielles de notre quotidien, celles qui par leur récurrence structurent à la fois notre façon de vivre et de penser. Nous n'avons qu'à considérer cet enchevêtrement normatif qui régule notre façon d'interagir en société ou encore, plus fondamentalement, de communiquer avec autrui. On peut affirmer de ces normes qu'elles émergent des marges de notre existence parce qu'elles accaparent moins le centre de notre attention ou qu'elles s'inscrivent moins tangiblement dans notre conscience, mais elles nous définissent pour une part importante à partir de la zone d'ombre où elles résident.

6.1.4.3 *La normativité introspective*

Nous avons beaucoup insisté sur l'aspect communautaire de la normativité. Une normativité purement introspective est-elle pour autant possible? En réalité, la référence

à la communauté appuie le caractère dialogique du mode de construction de la normativité. La norme est un construit qui s'élabore à partir des expériences vécues collectivement mais également à travers le vécu individuel que représentent ces expériences. Les interactions donnent lieu à des configurations qui s'impriment au sein de l'individu qui en inscrit en retour le bagage dans ses rapports ultérieurs. Un va et vient s'instaure ainsi entre l'expérience individuelle et le vécu collectif sur la base de laquelle se construit la normativité. Les communautés dans lesquelles nous évoluons sont donc un lieu de passage obligé pour l'émergence normative car l'interaction qu'elles abritent est nécessaire à celle-ci.

À un niveau plus fondamental cependant, la normativité pourrait également être considérée comme la concrétisation des attentes qui guident nos relations avec nous-mêmes. La relation dialogique qui la caractérise ne s'établirait donc pas nécessairement avec des entités qui nous sont extérieures mais pourrait également avoir lieu en notre sein, ou plutôt entre nos multiples identités, les multiples affiliations entre lesquelles nous nous partageons. Ce type de phénomène, destiné comme nous l'avons déjà mentionné¹⁴⁸ à demeurer pour une large part insondable, aurait par conséquent un caractère introspectif. Nous devons d'autre part considérer qu'une telle normativité ne saurait être entièrement introspective - hormis l'hypothèse peu probable de l'enfant-loup illustrée par le mythe de Romulus et Remus - puisque ces identités multiples qui nous définissent se construisent en grande partie par le processus de socialisation. Il demeure néanmoins qu'une normativité pourrait se développer à l'intérieur de l'individu et demeurer confinée à celui-ci. Ce type de normativité démontrerait que sous certains aspects l'individu peut se suffire à lui-même tout en maintenant en son sein des rapports dialogiques; la complexité de l'être humain implique l'existence en chacun d'entre nous d'une

¹⁴⁸ Voir *supra*, partie 2.4.

communauté d'identités qui, à l'instar des membres de toute communauté, coexistent quelquefois en harmonie et quelquefois en acrimonie. Outre son caractère introspectif, cette normativité partagerait donc les caractéristiques fondamentales et adopterait les mêmes déclinaisons que toute autre forme de normativité.

6.2 *Trajectoires normatives et internormativité*

L'émergence normative présente un caractère quasi organique. À la base, les normes émergent en réponse à des besoins ou des désirs qui se manifestent à travers les relations interpersonnelles que nous nouons au sein de communautés. On pourrait déduire de ceci que l'émergence normative relève d'un mouvement harmonieux qui trace une fusion entre l'identité et la normativité. Ce serait faux. La normativité doit au contraire être comprise comme un lieu véritablement complexe, c'est-à-dire caractérisé tout autant par le conflit et la discordance que par l'harmonie et la concordance. Ces caractéristiques sont tout particulièrement visibles dans le cadre de l'émergence et de l'évolution des normes que nous analyserons maintenant sous l'angle des cheminements qu'elles empruntent et des relations qu'elles entretiennent entre elles. Nous examinerons ces deux facettes de l'existence des normes à travers les concepts de trajectoires normatives et d'internormativité.

Le droit est un outil de prospective; il permet de tempérer l'arbitraire des relations humaines en y insérant un élément de prévisibilité. En raison de son potentiel conflictuel, il ne peut toutefois déterminer ces relations. On peut considérer ces conflits potentiels comme relevant de deux ordres généraux: ils peuvent se rattacher à la portée de la norme qu'on cherche à appliquer ou encore au choix devant être opéré entre plusieurs normes concurrentes. Une ligne de démarcation apparaît donc entre les conflits interprétatifs et

les conflits internormatifs qui reflète la distinction relevée entre les concepts de trajectoire normative et d'internormativité. Mais il faut considérer plus avant que la nature même des conflits juridiques pouvant survenir constitue fréquemment le fondement d'un conflit préalable; s'agit-il véritablement d'un conflit portant sur l'interprétation d'une seule norme ou plutôt sur des conceptions normatives tellement étrangères qu'elles reflètent l'appel à des normes distinctes. Une troisième catégorie de conflits, les conflits de qualification, existe donc également. Nous y reviendrons sous peu.

Le droit n'est pas un phénomène stable. Son instabilité peut se révéler dans chacun de ces types de conflits, et se révèle d'ailleurs souvent dans une combinaison multiple de ces archétypes conflictuels. Et ces derniers sont particulièrement révélateurs quant aux mécaniques propres aux phénomènes normatifs. C'est donc sur la base des constatations formulées à l'égard de l'émergence et de l'ontologie normative que nous poursuivrons notre réflexion pour y inclure un approfondissement de la question des trajectoires normatives et de l'internormativité. C'est à travers l'étude de ces questions que nous pourrions comprendre la logique sous-jacente à ces archétypes conflictuels et leur pertinence à la définition du droit.

6.2.1 Trajectoires normatives

Nous avons déjà à plusieurs reprises fait allusion au concept de trajectoire normative et à certaines des difficultés qu'il pose. À la base, celui-ci repose sur la constatation que les normes se transforment, s'inventent et se réinventent constamment au cours de leur existence. Les normes ne constituent donc pas des entités statiques mais suivent un cheminement que nous prenons soin de ne pas qualifier d'évolution car

l'existence de ces trajectoires n'implique aucunement que la norme passe d'une forme moins achevée à une forme plus achevée, ni qu'elle tende à terme vers une plus grande adéquation avec quelque conception de juste ou du bien que ce soit. Il est d'ailleurs implicite à notre propos qu'il n'existe pas de forme normative en principe plus achevée et que les normes ne s'inscrivent pas nécessairement dans un mouvement les mettant au service de l'amélioration de la condition humaine; les normes ne demeurent qu'un vecteur de l'activité humaine et reflètent nécessairement de ce fait tout l'éventail des possibles qui marquent notre condition, que ce soit ce que nous pouvons considérer comme des chutes civilisationnelles ou des avancées pour l'espèce humaine.

C'est que les trajectoires normatives sont indéterminées. Il est vrai qu'elles suivent un cheminement qui est conditionné par l'ensemble des caractéristiques de leur environnement - elles n'existent pas dans un vacuum mais plutôt dans les inter-relations qu'abritent les communautés - mais les configurations complexes auxquelles donnent lieu ces caractéristiques, doublées de l'impact constant d'événements externes, interdisent toute prétention à la prévisibilité des transformations qui affectent des normes particulières. Tout au plus peut-on avancer des hypothèses qui ne risquent de se vérifier que si les prémisses sur lesquelles elles reposent demeurent stables.

Les trajectoires normatives représentent la somme des arbitrages constants au terme desquels sont définies les normes. Ces dernières vivent dans et par les relations que nous nouons ou que nous ne nouons pas et sont par conséquent définies par les hasards et coïncidences qui les marquent. Ce qui ne revient pas à nier que certaines de ces relations sont recherchées et stables - qu'elles sont marquées par des affinités ou des engagements particuliers - mais peu importe leurs assises, leur destin demeure toujours contingent. Essentiellement, en raison des transformations qui définissent une trajectoire

normative, il est impossible d'atteindre un degré de précision très élevé dans une tentative de définition de la norme qu'elle représente. Toute tentative de détermination du sens d'une norme à un moment donné représente un instantané fixé dans une temporalité immédiate. C'est à plus forte raison que toute tentative de détermination des configurations futures d'une norme doit être considérée comme spéculative.

6.2.1.1 L'intangibilité des normes

Comment alors définir la norme si elle ne peut en apparence souffrir de définition à la fois universelle et stable? Son inévitable intangibilité ne doit pas être considérée comme un obstacle à notre capacité de la nommer et, à plus forte raison, de reconnaître son existence. Tout comme une chaise fait référence à un concept général qui peut être reconnu dans une infinité de déclinaisons particulières, une norme prévoyant la restitution d'un bien volé peut être reconnue dans une multitude d'applications distinctes. Plus encore, à partir d'une connaissance forcément incomplète du principe que porte une norme ou un mot, il est néanmoins possible de porter un jugement sur son application ou sa correspondance à des situations particulières. En d'autres termes, il est possible de connaître la norme même s'il demeure impossible d'en déterminer les contours exacts. À peu près personne n'a d'ailleurs jamais prétendu pouvoir définir des normes spécifiques de façon absolue, même dans le cas de normes manifestes se rapportant à des domaines reconnus comme techniques, tel le droit fiscal. Bien que les descriptions de ces normes puissent atteindre un niveau impressionnant de précision, elles ne sauront jamais être parfaitement exhaustives. C'est pourquoi toute définition d'une norme est formulée à un niveau d'abstraction qui correspond à la mesure de son intangibilité. Peu importe le flou qui l'entoure, la norme demeure néanmoins connaissable en ce sens qu'elle peut être reconnue. Il ne s'agit donc pas de nier que les normes existent et qu'elles peuvent être

identifiées.

L'intangibilité des normes peut par ailleurs apparaître particulièrement paradoxale dans le cas des normes formulées. Ces dernières sont en effet caractérisées par la stabilité de la formule dans lesquelles elles s'incarnent, contrairement aux normes inférentielles qui affirment leur intangibilité par leur absence de formulation précise. Cette apparente tangibilité formelle s'agence assez mal avec l'intangibilité substantielle de la norme. Il faut toutefois comprendre que la norme est avant tout un vécu interactionnel. La forme normative définit plusieurs caractéristiques de la norme puisqu'elle représente le véhicule par lequel elle est appréhendée; elle n'en définit cependant pas la substance. Cette dernière est continuellement réinventée au terme des multiples interactions par lesquelles les individus se saisissent de la norme. En ce sens, la forme de la norme nous permet de nous saisir de son contenu mais elle ne contraint pas ce dernier de façon absolue. Prétendre le contraire serait d'ailleurs assez incongru compte tenu de l'intangibilité du discours; les termes employés pour formuler une norme connaissent nécessairement, eux aussi, une part d'indéterminé, un flottement à l'intérieur duquel leur sens chemine. La norme doit ainsi être comprise à la fois comme un lieu d'interprétation et un lieu d'invention du sens.

6.2.1.2 La finitude et la norme

Il demeure que l'intangibilité des normes doit être prise au sérieux. Ainsi, le concept d'existence des normes reflète une finitude avec laquelle leur caractère indéterminé s'accommode assez mal. En effet, si les normes sont caractérisées par des frontières souples quant à leur étendue, rappelons qu'elles le sont également quant à leur durée. Ni le moment de l'apparition, ni le moment de la disparition des normes ne peut

être identifié avec une précision absolue, surtout lorsque l'on considère que les normes transitent à travers plusieurs types d'expressions formelles au cours de leur existence. Des balises immuables ne doivent pas être associées à cette existence. Ce qui nous ramène au caractère immanent des phénomènes normatifs. Les normes émergent d'une réalité pré-existante et se prolongent dans un savoir diffus au delà de leur disparition formelle. Comme la normativité se construit au terme d'un processus dialogique, elle prend forme à l'intersection entre le bagage constitué au terme de nos interactions antérieures et les éléments imprévus qui marquent nécessairement notre existence. Les normes n'émergent pas du néant, mais la complexité et l'imprévisibilité de nos interactions rendent possible l'innovation, c'est-à-dire les configurations inattendues échafaudées sur la base d'un savoir pré-existant.

D'une certaine façon, le caractère immanent des normes doit être considéré comme un facteur qui en contraint l'intangibilité. Quant à leur émergence, les normes sont ainsi contraintes par un horizon de possibles, mais elles le sont également à plusieurs égards quant à leurs trajectoires. Il faut premièrement considérer que les normes se redéfinissent tout au long de leur existence, que leur sens subit un processus d'adaptation et de mutation permanent. Dans ce processus, elles continuent de subir la contrainte élémentaire que constitue l'horizon de possibles que détermine leur champ social semi-autonome, mais elles sont également contraintes par un horizon de sens qui en définit la portée. Nous avons déjà à plusieurs reprises évoqué cet horizon de sens que nous qualifions d'intervalle interprétatif.

6.2.1.3 L'intervalle interprétatif

L'intervalle interprétatif représente l'espace au sein duquel se déploie le sens

d'une norme. Le concept peut être utilement illustré par la théorie des ensembles. Ainsi, l'intervalle interprétatif constitue un ensemble contenant toutes les interprétations acceptables d'une norme à un moment donné, c'est-à-dire celles qui conservent un lien de vraisemblance suffisant avec les interprétations généralement acceptées ayant cours au sein du champ social semi-autonome concerné. Au delà des frontières de cet ensemble se situent toutes les interprétations inacceptables, c'est-à-dire celles dont l'éloignement d'avec le sens de la norme rompt le lien qui les y unirait. L'intervalle interprétatif d'une norme constitue donc un instantané de sa trajectoire à un moment donné. On doit par conséquent conclure que la trajectoire d'une norme ressemble plus à un conduit, d'une largeur qui varie selon l'époque et les caractéristiques de la norme concernée, qu'une trame révélant des ajustements successifs mineurs à une interprétation unique.

L'étendue de l'intervalle interprétatif est déterminée par une multitude de facteurs, dont le premier est certes la formulation de la norme. Normalement, plus la formulation est précise, plus l'intervalle est étroit, et vice-versa. Ainsi les normes inférentielles tendent à évoluer dans des intervalles étendus tandis que ceux des normes formulées sont généralement exigus. Il ne faudrait pas en conclure que les normes inférentielles sont dénuées de balise et perdent de ce fait leur caractère normatif. La formulation de la norme constitue le premier indice de son contenu, mais ne détermine aucunement son existence en tant que norme. Des normes existent, malgré qu'il soit difficile de les désigner avec précision, parce qu'elles retiennent les limites d'une forme, qu'elles occupent un espace normatif qu'il est possible d'identifier. Cette identification, qu'elle prenne l'apparence d'une désignation abstraite comme, par exemple, les règles d'équité en matière commerciale ou spécifique comme, par exemple, les spécifications relatives à un produit industriel, constitue donc un premier indice de l'étendue et de la localisation de l'intervalle de la norme dont il est question. Mais la détermination de son

étendue ne s'arrête pas là.

L'intervalle interprétatif concerne en effet les interprétations *acceptables* de la norme. Il concerne donc la nature de la norme puisque ce sont les limites de son principe qui sont définies par l'ensemble des interprétations acceptables de son sens. Il est par conséquent nécessaire de déterminer comment le caractère acceptable ou inacceptable d'une interprétation est déterminé et par conséquent comment se construit le sens de la norme.

6.2.1.3.1 *L'autorité*

Il faut rappeler que la mécanique de fixation du sens d'une norme est conditionnée par son caractère dialogique. Elle est par conséquent elle-même objet de négociations constantes et sujette à des modifications découlant de l'évolution des inter-relations qui la fondent. Elle peut toutefois demeurer stable pour de longues périodes de temps, à l'instar de la structure des relations propres au champ social semi-autonome dont relève la norme dont il est question. Malgré ou en raison de ce caractère dialogique, la mécanique de fixation du sens de la norme entretient nécessairement un lien étroit avec l'autorité. Des individus ou des institutions qui possèdent une autorité particulière dans un champ ont une influence particulière sur la fixation du sens de la norme. Ils ont un impact évident sur les contours de la norme lorsque, sous une forme ou une autre, ils sont chargés d'édicter la norme ou de prononcer le droit, mais également lorsqu'ils ont une influence disproportionnée au sein du champ en raison de leur charisme, de leur position sociale, de leurs attributs ou pour d'autres raisons.

Le premier cas, c'est-à-dire lorsque des individus sont chargés de *dire* le droit, fait

particulièrement référence aux normes explicites puisque ces dernières se reconnaissent au caractère conscient de leurs modes d'élaboration. Les individus ou institutions qui sont à l'égard de ces normes spécifiquement investis du mandat de dire le droit ont nécessairement une influence disproportionnée quant à la définition de l'intervalle interprétatif de la norme à laquelle ce mandat se rattache. À l'opposé, ce type d'autorité n'est de toute évidence pas présent dans le cas des normes implicites.

Ce premier type d'autorité tend quelquefois à éclipser l'autorité qui découle de l'ascendant disproportionné que possèdent des individus ou des institutions sur un champ social semi-autonome. Ce dernier type d'autorité est toutefois généralement plus fondamental à la définition d'intervalles interprétatifs. Premièrement, ce type d'autorité existe dans tous les champs sociaux et exerce par conséquent son impact sur toutes les déclinaisons normatives, qu'il s'agisse de normes manifestes, allusives, routinières ou latentes. Deuxièmement, cet impact est souvent d'autant plus considérable qu'il ne procède pas de la simple injonction ou encore d'un appel à la force, mais qu'il repose plutôt sur un respect qu'ont acquis ou une écoute particulière qu'ont manifesté avec le temps certains individus ou institutions au sein d'un champ social semi-autonome. Ce type d'autorité, surtout lorsqu'il repose sur de l'estime ou du respect préalablement acquis, pénètre plus intensément la conscience puisqu'à l'opposé de la contrainte, les individus ne tentent pas de s'y soustraire. Le cas échéant, les interprétations proposées ne sont pas perçues comme imposées mais plutôt comme justifiées par l'autorité.

Il est important de reconnaître que tous n'ont pas la même influence sur la définition de l'intervalle interprétatif d'une norme, mais également que cette influence est beaucoup plus partagée qu'on pourrait être tenté de le croire, et qu'en tout état de cause elle ne constitue pas une prérogative des seules institutions explicites. D'une part,

l'influence particulière que possèdent certains individus a nécessairement un effet dialogique en ce sens que c'est à travers l'interaction avec autrui, par l'entremise d'un processus de rétro-action, que leur propre compréhension du sens d'une norme est élaborée. L'autorité n'est pas unidirectionnelle, elle ne peut s'exercer qu'en présence de l'autre, et cette même présence a nécessairement une influence, bien que souvent subtile, sur le locuteur. D'autre part, l'influence particulière que possèdent certains individus ne demeure qu'une influence. Elle s'exerce au sein de champs sociaux semi-autonomes qui englobent l'ensemble des expériences individuelles et collectives dont l'accrétion définit la signification de la norme. C'est nécessairement à travers un processus dialogique large et englobant que se construit une conscience commune d'une norme et par conséquent son intervalle interprétatif. La norme existe dans un vécu partagé et dans les consensus ou les convergences qu'il cautionne.

6.2.1.3.2 *Le contexte matériel*

D'autres incidents agissent également sur les trajectoires normatives, notamment tous les événements matériels qui affectent à un titre ou un autre les champs sociaux semi-autonomes. L'adversité ou la félicité, des catastrophes naturelles, la maladie, la guerre ou encore la prospérité, les découvertes scientifiques ou la sécurité alimentaire ont de toute évidence une incidence marquée sur nos conceptions de la normativité. La stabilité politique peut encourager une plus grande ouverture à des interprétations novatrices des concepts normatifs et donc à un élargissement d'intervalles interprétatifs particuliers, et l'insécurité peut annoncer un conservatisme qui tend à restreindre leur étendue. Le contraire peut également être vrai dans la mesure où l'interprétation des normes, à l'instar de leur émergence, répond aux dynamiques propres aux champs sociaux semi-autonomes concernés. Ces interprétations ne peuvent faire l'économie de

leurs conditions matérielles.

L'intervalle interprétatif représente la situation d'une norme à un moment déterminé, c'est-à-dire ce qu'elle englobe alors par sa portée. La trajectoire normative reflète quant à elle l'évolution dans le temps de ce positionnement. La norme n'est donc pas un construit statique, même si parfois ses caractéristiques formelles peuvent longtemps maintenir cette apparence. Elle s'ajuste et se réajuste continuellement aux vicissitudes de la vie en société, de la complexité des relations que nous y nouons et des multiples événements et paramètres qui ne peuvent être contrôlés. Elle est le produit de cette réalité. La normativité suit notre existence, elle ne la précède pas. C'est pourquoi les intervalles interprétatifs sont toujours contingents. Ce sont d'ailleurs bien souvent des interprétations qui ne semblaient pas acceptables initialement qui éventuellement finissent par devenir le lieu commun de la norme, par en définir le sens véritable.

6.2.1.4 Le flou normatif

En définitive, le concept d'intervalle interprétatif vise à rendre compte de la réalité du flou normatif. Bien que potentiellement frustrant parce qu'il nie la possibilité d'une connaissance parfaitement objective de la norme, ce concept doit être considéré comme libérateur puisqu'il inscrit en lui le caractère fondamentalement humain de cette dernière. En effet, l'objectivation suppose que la réalité est une condition externe à l'être humain et que ce dernier ne peut agir sur elle que de façon fort limitée. Ainsi, la tentative de définition implique le désir de confiscation d'un contrôle général du sens, ou à tout le moins d'un dessaisissement individuel et populaire de ce dernier. À l'opposé, la subjectivation que suppose le flou normatif et, partant, toute la logique sous-tendant la vision pluraliste radicale de la normativité, implique une appropriation sociale des

contenus normatifs et, par conséquent, la possibilité pour chacun d'entre nous d'agir sur ceux-ci. C'est d'ailleurs le caractère central du flou normatif et de la subjectivité aux normes latentes qui explique leur prégnance particulière. Mais l'argument que propose le pluralisme juridique radical est à l'effet que les processus à l'oeuvre dans cette forme de normativité conditionnent également les normativités manifestes, routinières et allusives. L'intervalle interprétatif illustre une dynamique à la fois collective et réflexive de définition du sens qui demeure, de ce fait, nécessairement floue. Mais c'est dans cette imprécision qu'elle inscrit le potentiel d'ajustement et d'adéquation de la norme à son environnement.

Le flou normatif ne constitue d'ailleurs pas un concept particulièrement révolutionnaire. Il justifie la nécessité de l'appareil adjudicatif de même qu'il est à la base de théories qui s'efforcent de rendre compte de l'intangibilité de la norme, surtout lorsqu'elle est abordée dans le contexte du jugement de droit. D'ailleurs, la jurisprudence est devenue dans la pratique juridique une source probablement plus importante de droit que la loi à proprement parler; on vérifie de nos jours les précédents avant de tenter l'exégèse de la loi. Ceci implique une reconnaissance de l'importance du droit en tant que vécu normatif et savoir subjectif.

Le jugement est fondé sur l'idée que le droit est un lieu contesté et que son support, la norme, est susceptible de déplacements et de transformations. L'appareil judiciaire canalise certains des conflits normatifs et sert d'exutoire aux tensions sociales qu'ils révèlent. Ce faisant, il procède toutefois à la reconnaissance officielle de l'existence du flou normatif. En effet, en acceptant que le jugement vienne déterminer la norme, à tout le moins dans des cas d'applications particulières, la théorie juridique traditionnelle accepte implicitement que la norme n'est pas caractérisée par son

objectivité mais qu'elle nécessite plutôt une interprétation qui tienne compte de son contexte d'application. La norme est donc potentiellement représentée sous une multiplicité de formes qui tiennent compte des nombreuses circonstances dans lesquelles elle est susceptible d'être invoquée. On définit ainsi un intervalle interprétatif.

Mais, plus encore, on accepte à travers les renversements jurisprudentiels que la norme puisse se redéfinir, quelquefois sous l'impulsion des changements de circonstances et quelquefois en raison du seul passage du temps, de sorte qu'elle englobe des situations dont on aurait auparavant jugé qu'elles n'étaient pas visées par son principe, et vice-versa. On accepte donc que les frontières de ces intervalles interprétatifs ne sont pas immuables. La pratique juridique s'accommode par conséquent assez bien de l'existence du flou normatif et reconnaît déjà implicitement certaines des mécaniques dont le pluralisme juridique radical exige une reconnaissance plus large. En contrepartie, elle projette à l'avant plan une caractéristique du juridique, son caractère conflictuel, qui est central à la compréhension de la théorie pluraliste.

6.2.1.5 Le caractère conflictuel du droit

Le fait que la norme soit la résultante d'un processus dialogique n'implique pas qu'elle repose sur un principe d'harmonie et de concorde. Il est vrai que les normes peuvent représenter un lieu d'expression de convergences et de solidarités, mais la norme nous représente dans toute notre complexité, avec notre potentiel de consonance et de dissonance. Elle doit par conséquent être considérée comme un lieu potentiellement contesté, un lieu de rencontre et d'expression des conflits qui traversent toute communauté. Ces conflits peuvent être ouverts ou latents, pacifiques ou violents; ils peuvent se concentrer au sein des institutions manifestes ou encore se révéler par une

colère sourde et souterraine ressentie généralement au sein d'une communauté. Ces contestations n'empruntent d'ailleurs pas nécessairement les mêmes circonstances formelles que les normes auxquelles elles s'adressent. Ce peut particulièrement être le cas lorsque la légitimité des institutions dont relève la norme est elle-même visée par un mouvement de contestation.

Ce potentiel conflictuel de la norme implique en contrepartie une reconnaissance de l'existence de la norme et de son autorité. Il implique donc une tentative de négociation ou d'arbitrage afin de déplacer le lieu de la norme, de le rendre plus conforme aux aspirations que tout mouvement de contestation représente. La contestation implique une forme de négociation puisqu'elle active l'engrenage dialogique. Mais, comme nous le verrons ci-dessous, ce potentiel conflictuel peut également s'actualiser par l'émergence d'autres normes et d'autres champs sociaux semi-autonomes, c'est-à-dire par la logique de l'appropriation de la souveraineté devant ce qui est considéré comme inacceptable. Enfin, dans sa forme la plus extrême, le potentiel conflictuel de la norme se manifeste par l'indifférence qui implique, elle, le bris des ponts entre champs sociaux que sous-tend la négociation. La norme doit donc être considérée comme un lieu de polarisation des conflits, que ceux-ci soient intra-normatif ou internormatif.

6.2.1.6 Le conflit de qualification

Une distinction importante existe donc entre l'émergence et le cheminement normatif sans qu'il soit facile d'en rendre compte utilement tant la frontière séparant les deux peut être ténue. L'émergence décrit l'apparition d'une nouvelle norme tandis que le cheminement décrit la trajectoire qu'elle suit. Une confusion s'opère toutefois

nécessairement entre ces deux moments de la norme lorsque nous entrons dans l'aire de ce que nous avons dénommé ci-dessus *conflits de qualification*. Ce type de conflit concerne la détermination du moment à partir duquel on doit considérer avoir dépassé la simple ré-interprétation de la norme pour passer en réalité à la définition d'une nouvelle norme. On passe ainsi de l'intra-normatif à l'internormatif.

Le problème est décuplé en raison même du flou normatif et du caractère dialogique des construits normatifs. Il semblerait que nous passons à une nouvelle norme dès que nous dépassons le seuil de tolérance propre à un intervalle interprétatif en proposant une interprétation qui est *inacceptable*. Par contre, dans la mesure où cette interprétation est éventuellement acceptée, on devrait alors comprendre que ce sont en réalité les frontières de l'intervalle qui ont été déplacées. Mais c'est le processus dialogique qui décide en définitive du caractère acceptable ou non d'une interprétation proposée. Or, ce dernier suppose une subjectivité importante pour les phénomènes normatifs. Ils sont premièrement compris de manière réflexive mais deviennent, au terme des interactions et des ajustements réciproques, des construits s'articulant autour d'un noyau partagé. Dans cette optique, il est tout à fait plausible que certains envisagent une proposition normative comme fonction de l'intervalle interprétatif d'une norme existante, et que d'autres la considèrent comme l'expression d'une normativité distincte. Ainsi, la distinction entre l'émergence et le cheminement normatif tiendrait à une simple différence de point de vue ou d'approche, le cheminement étant contraint par une définition préalable de la norme tandis que l'émergence se libérerait de cette contrainte. La difficulté s'accroît encore lorsque l'on considère que les normes se transforment continuellement et que se démultiplient par conséquent ces problématiques relatives à leur qualification. La nature dialogique de ces processus tempère toutefois cette tendance à l'entropie en créant des lieux communs et des convergences dans lesquels se

reconnaissent éventuellement une pluralité d'individus.

Mais, en définitive, la distinction entre les concepts de trajectoire et d'émergence normative constitue peut-être une fausse problématique. Il importe beaucoup plus de comprendre les mécaniques qui animent les phénomènes normatifs que de caractériser objectivement ces derniers. En ce sens, notre propos vise essentiellement à conscientiser le lecteur au fait que les normes se transforment continuellement, que ce soit en remettant en question leurs frontières, ou en se réinventant par l'entremise de nouvelles expressions normatives. Dans la mesure toutefois où nous reconnaissons l'existence de normes distinctes, il apparaît essentiel de pousser plus loin l'analyse pour étudier l'impact réciproque que peuvent signer ces dernières. Car il faut rappeler que le concept de champ social semi-autonome sur lequel repose notre conception de la normativité implique la superposition des normes et, par conséquent, l'existence de conflits et de synergies entre normes distinctes. Plus encore, ces rapports internormatifs conditionnent également le développement intra-normatif, c'est-à-dire la définition des intervalles interprétatifs, par une remise en question des conceptions et des fondements sur lesquels s'élabore la conscience de la norme.

6.2.3 *L'internormativité*

Les normes entretiennent entre elles des rapports troubles. Toute normativité est partielle, même si elle manifeste des prétentions universelles. Et les normes qui entretiennent des visées plus réalistes quant à leur portée ne peuvent pas plus prétendre à l'exclusivité de leur domaine. Toute norme est donc interpellée par une certaine compétition internormative. Cette compétition ne doit toutefois pas être comprise comme un processus d'épuration ou de sélection de normes dominantes - la suprématie normative

est illusoire - mais plutôt comme un *modus operandi* qui caractérise les rapports qu'entretiennent les normes relevant de champs sociaux semi-autonomes distincts - et même quelquefois les normes relevant des mêmes champs - et qui affecte ensuite la définition de leurs cheminements individuels. Il demeure que ces normes visent souvent à occuper le même espace normatif, à réguler le même objet, et que, le cas échéant, leurs rapports sont nécessairement marqués au coin de l'antagonisme.

Les conflits normatifs suivent fréquemment les lignes de tension ou de fracture propres à des sociétés ou des communautés élargies. Elles incarnent bien souvent les tentatives d'appropriation du pouvoir qui motivent ces tensions, mais elles représentent de façon probablement tout aussi significative un désir d'autonomie et l'incompréhension réciproque que ceci peut amener. En fait, les conflits normatifs deviennent inévitables si l'on considère que nous participons tous de façon simultanée à une multitude de champs sociaux semi-autonomes dont les normes ne sont pas en parfaite concordance. Dans ce contexte, toutes ne peuvent trouver application parfaite et ainsi réaliser leur nature profonde. Ces aspirations inassouvies fondent nécessairement des rapports conflictuels.

6.2.3.1 Le conflit de normes

Le conflit de normes est un lieu commun en théorie juridique classique. Comme celle-ci reconnaît la souveraineté des champs sociaux semi-autonomes distincts que constituent les États, elle a du concevoir une façon d'agencer les normes souvent incompatibles mais tout aussi légitimes qu'ils produisent. Le conflit de normes fonde par conséquent une subdivision entière du droit, le droit international privé. Des règles d'interaction ont été développées qui relèvent tout autant de l'expression de relations de pouvoir que du respect pour les aspirations des individus aux prises avec ces conflits, que

de la nécessité de trouver des aménagements afin d'éviter que les systèmes juridiques ne s'enrayent. De la même manière, la réalité du conflit de compétence en droit constitutionnel est pris en compte par la théorie juridique classique parce qu'elle reconnaît l'égale souveraineté des entités fédérale et provinciales¹⁴⁹. Il en est tout autrement des entités municipales dont les normes ne bénéficient en théorie d'aucune autonomie, en raison justement du refus de reconnaître leur souveraineté. Dans cette vision univoque où la souveraineté est un attribut exclusif de l'État, certains espaces de liberté sont néanmoins reconnus à la production normative de champs sociaux semi-autonomes distincts, dont la coutume et certains incidents des droits religieux, sous forme de souverainetés partielles.

Ceci présume pour le droit étatique une faculté particulière qui assurerait sa prépotence sur les autres droits. Nous avons déjà longuement expliqué pourquoi cette conception relève de la fiction¹⁵⁰. La souveraineté des autres champs sociaux semi-autonomes existe et se déploie à travers des normes indépendantes des normes étatiques. C'est l'interaction et la superposition de l'ensemble des normes, qu'elles soient étatiques ou non, qui appelle des aménagements qui, tout comme les normes qui les rendent nécessaires, peuvent se manifester de façon explicite, implicite, formulée ou inférentielle. C'est cette interaction entre les normes, l'internormativité, que nous examinerons premièrement sous l'angle des conflits qu'elle peut fonder pour ensuite nous pencher sur

¹⁴⁹ Le conflit de normes en matière constitutionnelle est particulièrement instructif en raison des solutions qui ont été élaborées pour répondre à sa survenance. Alors qu'on a choisi de concéder une prépondérance aux normes fédérales, l'appareil judiciaire a été particulièrement réfractaire à la reconnaissance de telles situations de conflit. La solution préférée a été de permettre la coexistence des deux normes à moins d'une incompatibilité radicale. Aucune raison ne peut nous inciter à penser que la position d'arbitre que nous devons adopter à l'égard de l'application de normes concurrentes ne soit plus confortable que celle que doivent adopter les tribunaux dans une position analogue. Aussi doit-on s'attendre à ce que la coexistence formelle de ces normes soit largement répandue.

¹⁵⁰ Voir *supra*, en particulier au chapitre deux.

les transformations importantes dans la nature et la forme des normes qu'elle provoque fréquemment.

Les conflits normatifs peuvent être considérés de deux points de vue, l'un interne, l'autre externe. Le premier vise à analyser la problématique sous l'angle de la réaction d'une norme face à l'intrusion d'une norme concurrente alors que le deuxième aborde le conflit de normes en fonction de sa résultante, c'est-à-dire des modifications qu'il entraîne dans les configurations normatives. Ces deux points de vue expriment également deux moments du conflit de normes, soit le choc des normes et l'aménagement qui en résulte. Ils sont par conséquent intimement liés. Ils le sont d'autant plus que ces chocs et aménagements sont des incidents toujours renouvelés en raison des transformations continues qui marquent les processus normatifs. Il demeure toutefois utile d'en traiter de façon distincte en raison des précisions que cette façon de faire nous permet d'apporter sur les rapports qu'entretiennent les normes entre elles.

6.2.3.2 Point de vue interne - les stratégies normatives

La territorialité est un facteur dominant dans la définition des relations internormatives. Les normes se déploient sur le territoire à la fois physique et symbolique que constitue le champ social semi-autonome. Elles voient d'un mauvais oeil le partage de leur souveraineté sur ce territoire car le partage implique une diminution de leur emprise nette sur celui-ci. La norme ne cherche pas nécessairement la compétition mais demeure condamnée à la subir. Ces agressions proviennent surtout de normes qui émanent de champs sociaux semi-autonomes distincts puisque l'ensemble des normes définies par un même champ sont normalement relativement cohérentes. Cette constatation générale trouve toutefois plusieurs exceptions particulières qui, le cas

échéant, peuvent se manifester à travers les stigmates de la compétition normative. Cette compétition est de tous les instants entre les champs sociaux semi-autonomes distincts puisque ces derniers se superposent et s'entremêlent, les limites de leur emprise n'étant aucunement définie par les frontières des domaines de leurs concurrents. Aucun principe supérieur ne permet à un champ d'effectivement exercer seul la maîtrise d'un espace normatif. Des stratégies, plus ou moins radicales selon le cas, sont donc déployées pour faire face aux frictions qui ressortent des rapports entre les normes. Ces stratégies peuvent être représentées par quatre archétypes.

La première stratégie est celle de la négation ou de la minimisation de la ou des normes concurrentes. Nous joignons ces deux réponses à la compétition normative parce que seule une différence de degré les sépare. La négation n'est que l'aboutissement de la minimisation de l'importance ou de l'impact réel d'une norme concurrente. D'une manière ou d'une autre, cette stratégie vise à nier la légitimité ou l'emprise de la norme concurrente sans toutefois chercher à intervenir directement dans ses processus. L'intervention est indirecte et prend essentiellement la forme d'une propagande dirigée vers les justiciables visés par la norme concurrente afin de les convaincre de l'aspect marginal ou inconséquent de celle-ci. Paradoxalement, cette attitude, qui étend son registre jusqu'à la négation pure et simple, implique une reconnaissance à tout le moins implicite de l'existence sinon de la norme concurrente, du moins de l'impression chez le justiciable que celle-ci existe, ce qui revient en pratique au même. L'impact de ce type de stratégie dépend en grande partie de la solidité de la norme contestée. C'est pourquoi on y fait le plus souvent appel lorsque la norme concurrente est perçue comme faible ou lorsque l'on cherche à la faire paraître telle afin de rehausser le prestige de la norme qui subit cette concurrence.

La deuxième stratégie est celle de la cooptation ou de l'encadrement. Il s'agit d'une stratégie à laquelle la normativité manifeste fait souvent appel pour répondre à la compétition normative. Elle implique une tentative d'intégration de la norme concurrente dans le champ normatif de la norme concurrencée. Cette intégration vise à transférer le contrôle à tout le moins partiel des processus propres à cette norme au champ qui désire affirmer sa dominance. Il devient alors possible de prétendre à la sujétion de la norme concurrente. Dans ce registre, la cooptation a lieu lorsque la norme est pleinement intégrée dans le champ normatif concurrencé. Il peut par exemple s'agir d'une pratique en milieu de travail qui est intégrée à une convention collective. On présume dès lors que les transformations ultérieures de la norme seront confinées à cet instrument. L'encadrement est quant à lui un mode opératoire plus subtil en ce qu'il ne vise pas directement les processus de définition de la norme concurrente mais plutôt certains des paramètres qui guident son cheminement. On définit certaines des modalités que devrait dorénavant respecter la norme et on lui impose, de ce fait, de nouvelles contraintes. L'intégration de la coutume ou des usages dans le droit commun en constitue l'exemple classique¹⁵¹. Ces normes deviennent dès lors subordonnées formellement aux dispositions du droit positif mais il arrive néanmoins assez fréquemment qu'elles poursuivent une existence parallèle au sein de leur champ social semi-autonome d'origine. En pratique, ces normes se dédoublent alors pour poursuivre deux trajectoires distinctes. On fait généralement appel à la cooptation ou à l'encadrement lorsque la norme concurrente est perçue comme incontournable sans toutefois être menaçante, ou encore lorsque, pour une raison ou une autre, elle est considérée utile à la normativité qu'on voudrait dominante.

La troisième stratégie est celle de destruction ou de dénaturation de la norme

¹⁵¹ C'est ainsi que l'article 1426 C.c.Q. prétend intégrer le droit coutumier.

concurrente. Elle repose sur l'adoption d'une attitude d'agression envers cette dernière qui vise sinon à l'éradiquer, du moins à saper sa logique. Contrairement à ce qui est le cas pour la stratégie de négation-minimisation, on agit directement sur la norme concurrente pour la contrecarrer. Il s'agit d'une guerre à proprement parler qui peut ou non être déclarée. Cette action peut adopter plusieurs variantes. Les volontés destructrices passent normalement par une tentative d'anéantissement des fondements de la norme, que ce soit à travers la destruction physique de son objet, par exemple la destruction des symboles religieux lorsqu'on désire éteindre une norme visant l'adoration de ces derniers, ou encore à travers l'extermination des institutions, par exemple le clergé, qui ancrent ces normes. La dénaturation vise la même fin mais emprunte des procédés marginalement plus subtils. Il s'agit en quelque sorte d'une cooptation suivie d'une transformation de la norme et de ses fondements à des fins nouvelles. Il en serait ainsi, par exemple, de la confiscation et du détournement d'un appareil religieux à des fins d'État. Ce type d'attaque frontale contre une norme concurrente ne connaît toutefois aucun gage de réussite. Cette stratégie est surtout mise de l'avant par des institutions manifestes qui ne possèdent en définitive aucune prérogative particulière sur le libre arbitre individuel. Il en découle souvent que les normes attaquées migrent vers des formes plus clandestines dans lesquelles elles réussissent néanmoins à se maintenir. Cette stratégie peut même se retourner contre la norme ou le champ social qui cherche la dominance et ainsi marquer l'amorce de son déclin ou de sa défaite aux mains des normes concurrentes, surtout si cette attaque frontale ne réussit pas à faire reculer ces dernières.

La quatrième stratégie, si on peut ainsi la qualifier, est celle de l'abandon ou de l'échec. Devant une norme concurrente dont l'emprise est considérée comme trop solide, la norme concurrencée déclare forfait. Cette dernière cesse alors de revendiquer une plus grande domination de l'espace normatif convoité, ou même, à la limite, de revendiquer

quelque impact sur cet espace. La norme peut alors s'éteindre formellement. Il en est ainsi lorsque des institutions manifestes renoncent, par exemple, à réglementer des secteurs de l'économie. Il faut toutefois comprendre que ce processus est continuellement à l'oeuvre à l'égard de tous les types de normes. Des normes perdent ainsi leur pertinence et cessent d'agir face à des concurrents qui signent une emprise particulière auprès des justiciables concernés. Ce sont par conséquent les justiciables qui, par leur désaffectation face à la norme ou même au champ social semi-autonome concerné, entraînent ceux-ci dans une spirale descendante. Des normes disparaissent donc de la même façon qu'elles émergent, au terme de processus implicites ou explicites. Comme nous le verrons toutefois ci-après, ces normes peuvent survivre sous d'autres formes, particulièrement lorsqu'elles migrent vers d'autres champs sociaux semi-autonomes.

Afin qu'il rende bien compte de la réalité, il serait nécessaire d'ajouter à ce portrait une cinquième stratégie qui, paradoxalement, n'en est pas une. Elle consiste en réalité en une attitude ou un état de faits et demeure d'autre part la réponse la plus commune face à la compétition normative. Il s'agit de l'ignorance, active ou passive, de la norme concurrente. L'ignorance active vise l'adoption d'une attitude volontaire d'insouciance ou d'indifférence face à la réalité de la compétition normative. On préfère ne pas se préoccuper de la présence de normes concurrentes quitte à laisser libre cour à leur potentiel perturbateur. L'ignorance passive consiste en l'absence de connaissance de l'existence même d'une norme concurrente ou en la méconnaissance radicale de son principe ou de ses fondements. Il est en effet impossible de connaître et de reconnaître toutes les normes qui nous affectent à un niveau ou un autre. Et lorsque nous les connaissons, il est impossible de se mesurer à chacune d'entre elles. La réponse la plus appropriée consiste souvent à laisser faire.

De fait, la plupart des normes cohabitent assez bien, malgré qu'une compétition puisse, en sourdine, toujours animer leurs rapports. Dans la mesure où leurs principes ne s'opposent pas, les normes entretiennent même souvent des rapports harmonieux. Même lorsque leurs principes sont incompatibles, les conflits qui pourraient opposer des normes demeurent bien souvent virtuels puisque les champs sociaux semi-autonomes dont elles émanent sont suffisamment distants pour éviter leur actualisation. Ces conflits demeurent par conséquent souterrains et les normes visées coexistent et cheminent alors dans une relative indifférence les unes des autres. Leurs interactions, qu'elles soient majeures ou mineures, continuent d'affecter leurs trajectoires respectives, mais ne font pas l'objet d'une évaluation stratégique. L'internormativité est alors subie au lieu d'être instrumentalisée.

6.2.3.3 Point de vue externe

Les conflits normatifs prennent une autre coloration lorsqu'on les considère d'un point de vue externe, c'est-à-dire du point de vue de leur résultante. L'interaction des normes détermine pour une part importante leur devenir et nous avons vu que celui-ci s'exprime par le cheminement du sens de la norme mais également par une modification des rapports de force et de concordance qu'entretiennent les normes entre elles. Des normes acquièrent une plus grande ascendance sur des justiciables ou au contraire voient leur emprise chuter suite à la compétition qu'elles se livrent. De même, des normes peuvent tendre vers une meilleure adéquation de leurs injonctions ou au contraire cheminer vers des rapports de plus en plus discordants. Mais les transformations qui affectent les normes peuvent être beaucoup plus fondamentales. Ces transformations visent le véhicule normatif lui-même lorsque le conflit normatif donne lieu à une migration normative.

6.2.3.3.1 *La migration normative*

La migration normative désigne ce qui se passe lorsqu'un contenu normatif change de véhicule normatif, c'est-à-dire lorsqu'il passe d'un archétype normatif à un autre. Il en est ainsi lorsque, par exemple, une norme routinière devient manifeste. Dans ce cas, tout en demeurant formulée, la norme est passée d'un mode de production implicite à un mode de production explicite. Nous avons par ailleurs vu que les archétypes normatifs représentent des idéaux-types et que les normes ne bénéficient pas d'une nature parfaitement stable. Leur cheminement définit les transformations qui affectent leur sens, mais il définit également les transformations qui affectent leur nature. Si cette nature demeure généralement assez stable dans le temps, elle connaît presque toujours des transformations subtiles qui se produisent normalement de façon progressive et continue. Néanmoins, des transitions plus radicales, discontinues, marquent parfois la nature des normes. C'est en premier lieu ce type de transition que vise le concept de migration normative.

La migration normative concerne la transformation du mode de production ou de communication de la norme. Ainsi, une norme latente peut devenir routinière ou une norme manifeste devenir allusive. Il se peut également que des normes passent la double barrière de leurs modes de production et de communication pour, par exemple, glisser d'une forme latente à une forme manifeste. Ces transformations radicales découlent normalement de circonstances radicales. Elles peuvent entre autres résulter de la compétition normative, surtout lorsque cette dernière se manifeste par des stratégies de destruction ou de dénaturation. Dans la mesure où la tactique est efficace, les normes visées peuvent être poussées dans les marges pour se redéployer sous d'autres formes. La probabilité de la survenance de ce type de transformation en place et lieu d'une

disparition pure et simple de la norme est d'autant plus grande que cette dernière conserve un rapport de pertinence élevé au vécu et aux aspirations d'un nombre conséquent d'individus. La norme se réinvente si son fondement, son champ social semi-autonome, demeure. Un changement inattendu ou rapide des circonstances dans lesquelles une norme est appelée à trouver application peut également provoquer sa migration. Ainsi, l'avènement d'une guerre est de nature à affecter de façon assez radicale la nature de plusieurs normes. Des normes racistes latentes peuvent alors devenir manifestes comme lorsqu'on a procédé à l'internement au Canada des japonais et des allemands pendant la deuxième guerre mondiale. Ces normes ont suivi le cheminement de leur justification, fondée sur la crainte et la xénophobie, qui est passée du latent au manifeste.

Les migrations normatives résultent donc à la fois de la transformation des rapports de pertinence dans lesquels les normes s'insèrent et de la transformation des circonstances dans lesquelles elles évoluent, les deux étant intimement liés. Toutes les migrations n'en sont pas pour autant subites. Les circonstances affectant les normes de même que leur pertinence peuvent évoluer de façon assez progressive. Ainsi, la disparition d'une norme pour raison de chute de sa pertinence pourra survenir graduellement, par étapes, la norme passant par une succession d'états avant de s'évanouir complètement. Et contrairement à ce qu'on pourrait être tenté de croire, ces transformations progressives de la norme ne s'expriment pas nécessairement par le passage d'une forme manifeste à une forme latente. C'est quelquefois l'inverse qui se produit comme lorsqu'un État adopte une loi afin de maintenir une norme dont la forme latente est de moins en moins partagée au sein de la société, par exemple une norme relative à l'éthique sexuelle. Cette loi chutera éventuellement à son tour dans la mesure où elle ne représente pas les aspirations des justiciables.

6.2.3.3.2 *La colonisation normative*

La migration normative est par ailleurs intimement liée au concept clef que représente pour le pluralisme juridique radical le phénomène de colonisation normative. Cette locution décrit le processus par lequel la logique propre à un champ social semi-autonome est transférée à un autre champ auquel elle était étrangère. L'avènement de cette nouvelle logique transforme fréquemment en profondeur le champ concerné de sorte qu'il en résulte une certaine dénaturation de ce dernier. Ni les champs sociaux semi-autonomes, ni les normes qu'ils portent ne sont toutefois des entités immuables et la colonisation ne représente par conséquent qu'un des incidents normaux qui ponctuent les cheminements normatifs. La colonisation constitue en réalité un mécanisme d'ajustement qui rend compte à la fois de l'émergence de nouvelles normativités qui acquièrent une prégnance particulière, et des modifications qui surviennent dans les rapports de force existants entre normes ou champs concurrents. La colonisation normative n'est cependant pas anodine. Elle peut provoquer une migration normative par l'éclatement d'un champ social semi-autonome en une pluralité d'entités hébergeant des logiques discordantes. Encore une fois, ce sera l'évolution des rapports de pertinence et d'adhésion que les logiques concurrentes pourront fonder qui décideront du cheminement qu'entreprendront les normes concernées.

La colonisation normative reflète quelquefois la mise en oeuvre d'une volonté dominatrice, mais résulte tout aussi souvent de l'évolution des circonstances en l'absence de toute inscription volitive. Dans le premier cas de figure, la colonisation normative ressemble à s'y méprendre à la résultante d'une mise en oeuvre réussie de stratégies de destruction-dénaturation de norme concurrentes. On vise en effet à redéfinir une norme concurrente en lui injectant une logique qui n'est pas sienne. On agit donc directement

sur elle pour la dénaturer comme lorsqu'on a introduit dans le droit coutumier africain des normes européennes en vue d'acculturer les populations aborigènes. Dans ce type de situation, l'objectif de contrôle de la norme concurrente apparaît néanmoins secondaire à un objectif plus fondamental, celui du contrôle des mentalités¹⁵². Ce n'est en conséquence qu'à un contrôle assez partiel de la norme visée, et en aucun cas à son extinction, que prétend la colonisation normative. Une différence de degré existe entre cette dernière et la stratégie de destruction-dénaturation.

Il existe une plus grande affinité entre la colonisation normative et la stratégie de cooptation-encadrement de normes concurrentes. Dans un cas comme dans l'autre, on vise à moduler certains des paramètres d'une norme ou d'un système normatif afin de mieux l'adapter à des objectifs pré-définis. À la différence de la stratégie de cooptation-encadrement, la colonisation normative cherche cependant à atteindre cette fin en agissant directement sur des normes relevant d'un autre champ social semi-autonome. Elle ne cherche pas à intégrer en son sein des normes qui lui sont extérieures mais plutôt à imposer sa logique à des systèmes normatifs étrangers. Concédonc cependant qu'en pratique la distinction entre ces deux logiques est quelquefois assez ténue. Il n'en demeure pas moins que la colonisation normative doit être comprise comme une logique distincte des stratégies pouvant être déployées à l'encontre de normes concurrentes.

Ce caractère distinct de la colonisation normative devient encore plus évident lorsque l'on considère le deuxième cas de figure, c'est-à-dire lorsque la colonisation relève d'un état de fait, d'une dynamique qui ne reflète la mise en oeuvre d'aucune volonté dominatrice. Elle n'est dans ce cas qu'un pur produit de l'interaction normative

¹⁵² Sally Engle Merry propose une relecture très fine des processus de colonisation normative à l'oeuvre lors de l'introduction du droit anglo-américain en Hawaï à la fin du dix-neuvième siècle. Voir: Sally Engle Merry, *Hawaï'i*, *supra* note 45.

et des jeux d'influences réciproques qui définissent les champs sociaux semi-autonomes. Rappelons que ces derniers ne sont pas entièrement autonomes; ils sont perméables à des degrés variables. Ils le sont d'autant plus qu'ils se superposent chez les mêmes individus qui participent simultanément à une multitude de champs. Les concepts et logiques qui animent les uns ne peuvent qu'influencer et éventuellement investir les autres. Ce qui ne veut pas dire que les champs sont conditionnés par une mécanique d'homogénéisation progressive puisque, d'une part, les raisons qui motivent leur existence sont distinctes quoique souvent inter-reliées et, d'autre part, la diversité des intérêts et circonstances individuels conjuguée à l'imprévisibilité du déroulement des événements futurs implique au contraire leur diversification croissante. Des logiques qui se révèlent être en plus grande adéquation avec les besoins d'un champ social en viennent néanmoins à supplanter des logiques en perte de vitesse. De la même façon, des logiques ayant acquis, pour une raison ou une autre, une dominance symbolique particulière en viennent à s'imposer dans une multitude de champs sociaux semi-autonomes. Et ces logiques, quels que soient leurs fondements, s'incarnent fréquemment dans des formes ou des contenus normatifs dont la parenté est facilement identifiable. Il faut par conséquent considérer que la colonisation normative se déploie fréquemment au terme de dynamiques au sein desquelles l'inscription volitive n'intervient que de façon très secondaire.

6.2.3.3.3 *Colonisation et droit étatique*

C'est une combinaison de ces deux modes opératoires qui explique la fréquence de la colonisation par le droit étatique de normativités alternatives. D'une part, le droit étatique fait appel à son appareil répressif de même qu'aux incitatifs que ses moyens lui permettent pour imposer certaines modalités à des normativités alternatives. On peut penser à la colonisation progressive des relations de travail. D'autre part, la normativité

étatique tire avantage de sa domination de larges pans du territoire symbolique, en particulier quant à la légitimité présumée de son principe et du monopole sur l'utilisation légitime de la violence que prétend posséder l'État. Cette domination symbolique installe le droit étatique dans un rapport de force quant aux autres normativités qui incite ces dernières à intégrer ses logiques. Cet impact est d'autant plus puissant qu'il repose sur une pénétration de l'imaginaire collectif et individuel. Le droit étatique bénéficie également d'institutions et d'officiers qui multiplient son impact symbolique. C'est ainsi que sous l'impulsion des juristes, les règles d'équité procédurale ont connu une extension de leur domaine pour s'imposer dans de nouveaux champs sociaux semi-autonomes, marquant de ce fait une extension de l'emprise du droit étatique et de ses méthodes¹⁵³.

La réalité de la colonisation normative est toutefois plus complexe. Il est vrai que la normativité étatique joue un rôle de premier plan dans nos sociétés modernes et colonise largement les normativités alternatives. Ces dernières se colonisent toutefois les unes les autres et colonisent à leur tour la normativité étatique. Et elles colonisent en empruntant les mêmes modes opératoires qu'utilise la normativité étatique. Il peut s'agir de rapports de force ou de domination, souvent économiques, qui sont mobilisés pour imposer à l'État certaines conceptions normatives. On peut penser à la réglementation des services bancaires et des valeurs mobilières qui reflètent largement la colonisation de la normativité étatique par ce secteur. D'autre part, des logiques, concepts ou normes ressortant de champs sociaux semi-autonomes ne relevant pas de l'État s'imposent souvent à ce dernier lorsqu'ils acquièrent une dominance symbolique. C'est cette mécanique qui a mené à la légalisation du droit de grève. Il faut donc considérer que les

¹⁵³ En fait, selon d'importants théoriciens du droit, la normativité étatique serait investie d'une mission de rationalisation de l'activité sociale et par conséquent d'organisation des normativités alternatives. Voir: Lon Fuller, *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1964, pages 123 à 167, et Guy Rocher, *supra* note 64.

normativité alternatives peuvent également contraindre le droit étatique, au point même de diminuer l'étendue de son domaine d'intervention¹⁵⁴.

6.2.3.4 *L'ontologie du conflit*

Nous voyons donc, pour revenir à notre propos initial, que les normes entretiennent des rapports complexes et diversifiés. Mais nous avons également pu constater que ce sont tout autant les champs sociaux semi-autonomes que les normes qui voient leurs rapports ainsi caractérisés. Les conflits traversent la société et peuvent se cristalliser avec un degré plus ou moins élevé de précision. Les conflits normatifs n'échappent pas à la règle et peuvent tout autant se porter sur le terrain de normes techniques étroites que de grands principes ou ensembles normatifs.

Peu importe l'échelle à laquelle il se manifeste, il demeure qu'une connotation négative est spontanément associée au conflit par les juristes. Cette dernière résulte toutefois d'une lecture erronée de l'ontologie du conflit en vertu de laquelle on le considère comme une manifestation de la déliquescence de l'esprit humain. Le pluralisme juridique radical propose au contraire qu'il constitue le révélateur d'une opération normale des processus humains. Le conflit est une constante qui nous permet de mesurer nos attentes et aspirations réciproques. Il nous permet également de prendre la mesure de la nature sociale de notre existence car la survenance d'un conflit révèle à tout le moins que les individus concernés forment une communauté, si ce n'est qu'une communauté de destin. Ce qui importe véritablement toutefois, c'est ce à quoi mène le conflit. Il contient en lui l'ombre et la lumière, un potentiel de destruction et de

¹⁵⁴ Sur le transfert d'une certaine souveraineté étatique vers des organisations non-gouvernementales, voir: Saskia Sassen, *Losing Control. Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press, New York, 1996.

consolidation des rapports sociaux.

Le conflit constitue un révélateur de normativité puisque sa résolution interpelle la norme. Il interpelle toutefois une normativité constituée à l'image de notre identité: multiple, complexe et enchevêtrée. Et c'est dans la médiation de ces normes superposées, souvent discordantes et en constante évolution, que le conflit révèle son potentiel créateur. C'est l'inévitable médiation de nos destins entremêlés qui permet la construction de nos rapports inter-personnels et qui assure le développement de notre identité. Et c'est sur la base d'une prise de conscience du caractère complexe à la fois de notre identité et de notre existence que se développe l'empathie sans laquelle la médiation est illusoire¹⁵⁵. La médiation normative ne constitue par conséquent ni plus ni moins que l'actualisation pour le droit de notre humanité¹⁵⁶.

6.3 *La légitimité des normes*

Du côté sombre du conflit réside la coercition qu'impose la force brute. Elle ne vise pas à résoudre le conflit mais bien à écraser le point de vue adverse en rendant impossible le maintien du dialogue. La domination nie l'altérité et par conséquent la part d'humanité en chacun d'entre nous. Souvent, rien ne distingue toutefois les conséquences matérielles découlant de l'application d'une norme de celles résultant d'une tentative d'imposition par la force d'une ligne de conduite. Selon la détermination

¹⁵⁵ Sur les rapport entre empathie, réflexivité et normativité, voir: Polanyi, *supra* note 104, aux pages 16 et 17.

¹⁵⁶ Nous croyons avec Macdonald que : "[l]a médiation que nous faisons entre les diverses identités que nous nous attribuons est le premier pas vers la médiation des ordres juridiques reflétés par l'extériorisation de ces identités." Voir Roderick A. Macdonald: *Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées: L'hypothèse du pluralisme pour penser le droit*, texte non publié, à la page 22.

réci-proque des acteurs en présence, une plus ou moins grande soumission à l'acte de volonté ou à l'acte normatif sera atteinte. Doit-on par conséquent considérer que la domination relève de la normativité et que la normativité ne constitue qu'une façon de justifier la pérennisation des relations de pouvoir?

Il est évident que les relations de pouvoir définissent pour une part importante les relations interpersonnelles et à travers elles la normativité. D'ailleurs, les normes se manifestent souvent comme l'actualisation d'une volonté de pouvoir et concernent de ce fait beaucoup plus que leurs simples contenus normatifs. Elles reflètent par ce biais une compétition latente dont les protagonistes visent à préserver la stratification sociale ou au contraire à la renverser. Les normes constituent à la fois l'un des vecteurs par lesquels ces tensions sociales trouvent expression et l'un des canaux par lesquels s'effectue la distribution du pouvoir au sein de la société. Les relations de pouvoir ne doivent toutefois pas être exclusivement associées aux phénomènes de domination, et encore moins à l'exercice de la force brute. Elles sont le fruit d'un maillage complexe qui appelle dans nos sociétés une justification plus fondamentale ou, au minimum, moins arbitraire.

6.3.1 La coercition

De la même façon, la normativité n'équivaut pas qu'à une simple forme de coercition. Nous sommes tous habités par l'intuition que l'imposition de la force brute ne saurait véritablement être considérée comme un acte normatif. Cette réticence à ainsi qualifier l'usage de la force relève certainement du fait qu'on y associe un arbitraire qui est fondamentalement incompatible avec le concept de norme. Il semblerait par conséquent qu'il manque à la force une qualité ou un principe supérieur qui conditionne

l'ontologie normative. Qui plus est, ce principe justificatif devrait être transcendant - ce qui constitue une difficulté particulière pour le pluralisme juridique radical qui s'accorde assez mal avec toute prétention à la transcendance¹⁵⁷ - puisqu'il représente en quelque sorte un critère de juridicité. Mais il apparaît avant tout que c'est par son opposition à l'arbitraire que ce principe doit justifier l'impact que la norme revendique sur notre existence.

La substance de cette légitimation de la norme apparaît toutefois insaisissable à première vue. Il ne semble aujourd'hui pouvoir exister de définition à la fois objective et transcendante de la légitimité, que cette légitimité soit appliquée à la normativité ou à toute autre activité humaine. C'est d'ailleurs ce type de relativisme qui caractérise notre époque¹⁵⁸. Cette difficulté semble d'autant plus tangible que la violence ou la force brute pourrait, à certains égards, apparaître comme un principe justificateur. Celui ou celle qui peut imposer sa volonté en raison de sa force est probablement la personne qui est la mieux outillée pour défendre les conditions nécessaires à sa survie. De plus, la domination qu'autorise la robustesse ne dure qu'un temps comme ses prémisses matérielles sont contingentes et tendent naturellement à se dégrader. Par une sorte de justice intrinsèque, le dominant serait ainsi appelé à être ponctuellement remplacé.

6.3.2 *Ontologie normative*

Cette exploration de la légitimité potentielle de la force brute à titre de principe

¹⁵⁷ Voir *supra*, parties 2.1 et 2.2.

¹⁵⁸ Plusieurs cherchent par ailleurs toujours à ancrer, au terme d'études minutieuses et d'arguments inspirés, le principe normatif dans des valeurs universelles. Voir: Luc Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997. Il demeure que tout appel à la transcendance semble condamné à être contraint par les frontières de la culture dont il émane.

normatif est fort instructive, malgré sa faiblesse évidente, puisqu'elle met de l'avant certaines caractéristiques essentielles de l'ontologie normative. Premièrement, la normativité doit faire appel à des processus de légitimation. Ensuite, pour échapper à l'arbitraire, ces derniers doivent faire appel à une justification qui dépasse la simple expression de volonté. C'est d'ailleurs pourquoi, en théorie juridique classique, l'attribution d'une discrétion absolue est considérée comme non-juridique et, partant, illégale. De surcroît, et ce qui est plus fondamental, cette justification doit être exprimée en des termes qui possèdent une transcendance suffisante pour qu'ils soient susceptibles d'être acceptés par un tiers, en particulier par celui qui est appelé à tomber sous l'empire de la norme. Ainsi, les individus visés par la norme doivent être considérés non pas comme des sujets passifs soumis de façon automatique et absolue à la volonté d'autrui, mais plutôt comme des sujets actifs qui sont capables de porter un jugement sur la légitimité de l'intervention normative. L'autre passe ainsi d'une sorte d'objet à un véritable sujet.

Mais la faculté de juger que possède le sujet annonce une exigence supplémentaire pour que nous puissions considérer être en présence de normativité. En effet, la possibilité de porter un jugement implique la possibilité de rejeter la justification sur laquelle on entend faire reposer la légitimité de la norme. Qu'en est-il alors de son caractère normatif? La légitimité de la norme doit-elle nécessairement être universellement acceptée par ceux qu'elle vise? Il apparaît à première vue assez évident que l'unanimité n'est pas requise. La normativité deviendrait alors l'otage de la volonté singulière avec tous les excès que ceci serait de nature à entraîner¹⁵⁹. C'est d'ailleurs pourquoi la normativité manifeste a développé des processus, dont les processus

¹⁵⁹ L'énoncé classique de cette problématique a été proposé par Ronald Coase dans: "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law and Economics* 1. Voir la traduction et la préface d'Yves-Marie Morissette dans: Ronald Coase, *Le coût du droit*, Paris, PUF, 2000.

démocratiques, pour faire face au problème de l'objection à la norme. Il apparaît toutefois de façon tout aussi évidente que l'absence totale d'acceptation de la norme mettrait sévèrement en doute son caractère normatif. La norme doit bénéficier d'une certaine résonnance auprès de ceux chez qui elle doit trouver application pour ne pas paraître arbitraire. Demeure toutefois la surprenante constatation qu'une norme peut maintenir sa légitimité même si elle est rejetée par certains de ceux qu'elle vise.

6.3.3 La reconnaissance de la qualité d'agent normatif

La solution à ce paradoxe réside dans la transformation du sujet en interlocuteur. Si les processus de légitimation des normes doivent proposer à ceux qu'ils visent une justification de leurs impacts, ils doivent par ailleurs non seulement constater mais également accepter que les sujets de ces normes puissent former un jugement sur le bien fondé de cette justification. Ce faisant, le sujet passe au statut d'interlocuteur. Il devient une personne à part entière dont on accepte qu'il interagisse avec la norme. Le sujet se transforme ainsi en agent normatif. Il s'agit en fait d'accepter le principe de la médiation de la norme par ceux à travers lesquels elle se concrétise, c'est-à-dire, en définitive, d'accepter le caractère dialogique des processus normatifs. On reconnaît de ce fait que les agents participent aux processus qui déterminent le cheminement des normes. Et c'est ici que se referme la boucle logique qui fonde le pluralisme juridique radical.

Pour ce dernier, les processus de légitimation doivent, pour être valides, nécessairement reconnaître la qualité d'agent de toute personne potentiellement interpellée par une norme. Et comme les normes se reconnaissent au fait qu'elles font appel à des processus de légitimation, on peut conclure qu'il s'agit là du seul critère transcendant à l'aune duquel peut être apprécié le caractère proprement normatif d'une

injonction. En définitive, c'est donc le fait qu'elle constitue une forme de dialogue qui distingue la normativité de la simple coercition. À l'opposé, cette dernière ne peut être considérée comme constituant du droit parce qu'elle nie la possibilité même que l'autre puisse participer à la construction de sa signification.

C'est également cette qualité d'agent que possède toute personne interpellée par une norme qui permet d'expliquer pourquoi celle-ci ne doit pas susciter l'unanimité pour justifier sa reconnaissance. À titre d'agent, le justiciable est partie prenante au processus de cheminement de la norme. Sa préhension de la norme et l'interaction qui s'ensuit avec les autres membres du champ social semi-autonome concerné contribue à définir les impulsions qui orientent les développements futurs de l'intervalle interprétatif de la norme. En participant à son cheminement, si ce n'est que par le rejet explicite de son principe, l'agent contribue à la construction de la signification de la norme. Qui plus est, c'est dans le cadre de ce processus qu'est éventuellement jugée la légitimité de la norme. Le sens commun de celle-ci qui se définit progressivement représente tout autant l'émergence d'un certain consensus sur sa portée qu'une appréciation de sa légitimité. Si elle ne sait susciter une acceptation au moins minimale de son principe justificatif, la norme est éventuellement appelée à disparaître puisqu'elle cesse alors d'être considérée comme normative par ceux auprès de qui elle est censée trouver application. La légitimation d'une norme est ainsi examinée dans le cadre même des dynamiques sociales à travers lesquelles se définit son existence.

6.3.4 Types de légitimation

Il faut comprendre que la légitimation d'une norme peut adopter une multitude de vecteurs qui se présentent quelquefois sous une forme explicite, quelquefois sous une

forme implicite, et que la forme qu'adoptent les processus de légitimation correspond souvent, mais pas nécessairement, à celle dont relève la norme. Les justifications explicites sont celles avec lesquelles nous sommes les plus familiers. Ce sont tous ces processus qui visent précisément à susciter l'adhésion à la norme. Ils prennent le plus souvent la forme de discours justificatifs, mais peuvent également se manifester par des activités structurées qui visent à légitimer la norme, comme, par exemple, le référendum. Dans ce cas, l'activité constitue elle-même la justification de la norme qui en découle. Les processus implicites de légitimation se rapportent quant à eux à des logiques sous-jacentes, sous-entendues par les discours accompagnant la norme ou par ses mécaniques de production. Ainsi, des normes latentes relatives à la qualité des manuscrits retenus pour publication par une revue scientifique pourront être reliées à des critères de légitimation appelant à la sagesse des usages. Le type de légitimation substantielle offerte au soutien d'une norme ne dépend toutefois pas de sa forme. Une justification fondée sur la sagesse des usages peut tout aussi bien être offerte au terme d'un processus explicite. En fait, la substance de la légitimation offerte est variable à l'infini et peut notamment être axée sur le mérite, la représentativité, l'adéquation aux circonstances, le caractère scientifique, l'efficacité ou la pertinence.

6.3.5 Une conception du bien ou du juste

À un niveau fondamental toutefois, toute tentative de légitimation d'une norme en appelle à une conception du bien ou du juste. La raison en est que seul ce type d'argument possède en principe une transcendance qui rend susceptible l'acceptation de la légitimité de la norme par les membres d'un champ social semi-autonome. Ce type d'argument en appelle directement à la qualité d'agent normatif de ces derniers. D'autre part, seul ce type d'argument est dans son principe compatible avec la raison d'être

fondamentale du droit qui est de mitiger le chaos et de rendre possible la cohabitation sociale. Il faut se rappeler que le droit ne se résume pas à un procédé de mise en oeuvre d'une volonté, fût-elle démocratique, car il n'équivaudrait le cas échéant qu'à une simple forme de coercition. Le droit vise avant tout à convaincre, à conquérir à la fois le coeur et l'esprit du justiciable. Et il ne peut espérer atteindre cet objectif qu'en inscrivant sa logique dans des valeurs par un appel à la légitimité.

De façon surprenante cependant, ces valeurs sont souvent toutes relatives. Il faut comprendre qu'elles visent en premier lieu à gagner l'adhésion des membres du champ social semi-autonome concerné. Si elles doivent être susceptibles de trouver un écho dans ce groupe, elles ne doivent pas pour autant répondre à des préoccupations qui dépassent ses confins. Elles n'ont pas même besoin de répondre parfaitement aux aspirations des membres du champ pour autant qu'elles puissent susciter une certaine adhésion d'une bonne part d'entre eux. Ces valeurs peuvent ainsi se révéler individualistes, égocentriques, matérialistes ou même suprémacistes. Ainsi, aussi déplorable puisse-t-il être, un discours justificatif peut se fonder sur un idéal de préservation de la race, sur le caractère intrinsèquement juste de la sélection économique, sur la supériorité de l'homme sur la femme ou tout simplement sur la nécessité d'avantager ses proches en raison du caractère sacré des liens du sang. Bien que ces discours puissent reposer sur une transcendance très limitée, ils tentent tous d'interpeller par les valeurs les membres du champ social semi-autonome concerné afin de susciter leur adhésion. Les définitions du bien ou du juste qui les sous-tendent ne sont donc pas toujours parfaitement universelles. Elles le sont d'autant moins que le groupe visé est petit et homogène. La prévalence de ce type de justification parcellaire est d'ailleurs inévitable si l'on considère que les champs sociaux semi-autonomes sont nécessairement appelés à se multiplier dans une société sans cesse plus complexe et fragmentée.

Ainsi, la normativité n'est pas nécessairement un phénomène égalitaire et juste, pas plus qu'elle ne doit être démocratique. En fait, l'instinct de préservation nous pousse probablement de façon naturelle à un certain aveuglement proche de l'égoïsme et ce, peu importe que les processus de légitimation dont il est question soient explicites ou implicites. C'est ainsi que le droit, tout comme la plupart des activités sociales structurées, constitue souvent une mécanique de production et de reproduction du pouvoir. De ce fait, les discours de légitimation visent souvent à pérenniser des privilèges actuels en portant une emphase particulière sur la rationalité implicite de la tradition ou des processus de sélection économiques ou sociaux existants. Il faut par conséquent reconnaître que la relation juridique n'est pas fondée sur la prémisse de la nature consensuelle ou égalitaire des rapports. Elle ne saurait toutefois être radicalement antidémocratique puisque les parties qu'elle unit sont tous des participants au cheminement de la norme.

6.3.6 La méthodologie normative

L'adhésion du justiciable, la conquête de son cœur et de son esprit, ne peut néanmoins être toujours assurée au terme du discours justificatif. En droit comme en d'autres domaines, il est souvent des communications imparfaites, des instances où les volontés et les intentions ne se rencontrent pas. Le cas échéant, la norme peut demeurer sans effet pratique sur celui qui refuse de s'y assujettir - nulle norme n'est parfaitement efficace - mais elle peut également s'imposer à lui sous l'impulsion d'une forme ou d'une autre de coercition. L'intervention de la coercition dénature-t-elle alors la norme? Elle ne le fait pas dans la mesure où elle ne vient pas nier la qualité d'agent normatif de celui qui refuse de se soumettre à la norme. La distinction entre droit et non-droit relève ici de

la méthodologie qui accompagne l'utilisation de la coercition¹⁶⁰. Cette méthodologie peut adopter bien des formes mais doit contribuer à maintenir le justiciable comme interlocuteur face à la norme. Il peut s'agir de méthodologies plus formelles, comme le procès judiciaire ou la possibilité d'amendement législatif de la norme, ou encore de méthodologies informelles, comme l'adaptation pratique de la norme ou l'échange de points de vue sur sa légitimité. Dans la mesure où cette méthodologie existe, la coercition n'intervient alors que comme mode de mise en oeuvre de la norme.

Ceci constitue bien entendu une bien faible consolation pour celui qui se voit imposer une norme, surtout si son rejet de celle-ci repose sur l'adhésion à une conception concurrente du bien ou du juste. Le dialogue que son rejet initie avec la norme peut toutefois mener à un infléchissement éventuel de la trajectoire normative, ou encore à l'émergence d'une nouvelle norme dans la mesure où le discours justificatif concurrent trouve un écho dans la population. En droit, il n'est donc de coercition absolue puisque la norme doit demeurer ouverte, dans son principe, à ce que ceux qu'elle vise participent à sa définition. Une normativité purement directive est par conséquent impossible.

6.4 *Quelques modèles de légitimité*

L'espace dialogique que représente la norme est donc habité par des discours justificatifs. Peu importe la forme ou les arguments qu'ils empruntent, ces derniers cherchent à atteindre une transcendance susceptible de leur permettre de conquérir le coeur et l'esprit des justiciables qu'interpelle la norme. Il peut toutefois apparaître paradoxal que le droit en appelle ainsi à la transcendance lorsqu'on sait aujourd'hui

¹⁶⁰ C'est en ce sens que Macdonald peut soutenir que: "C'est par la possibilité qu'il existe une méthodologie que l'on peut reconnaître la normativité et la différencier d'un simple phénomène de coercition." Voir "Les vieilles gardes" *supra* note 68, page 252.

qu'elle ne saurait à peu près jamais être atteinte. La complexité croissante de nos sociétés caractérisées par la fragmentation de l'identité, la diversification des intérêts et allégeances, l'absence de cause commune et l'atomisation rendent improbable l'atteinte d'un consensus sur les valeurs. Et dans les faits les consensus recherchés ne sont jamais parfaitement atteints. Certaines valeurs connaissent toutefois une résonance particulière en Occident et se trouvent, sous une forme ou une autre, presque toujours intégrées à nos discours justificatifs. Elles sont généralement subsumées par les principes d'égalité et de liberté.

6.4.1 Deux principes fondamentaux

La plupart de nos conceptions du bien ou du juste font en effet directement ou indirectement appel à ces principes. Les principales réflexions philosophiques, politiques et éthiques de notre époque concernent d'ailleurs la conciliation des impératifs apparemment contradictoires qui découlent de ces principes¹⁶¹. Ces travaux sont toutefois presque toujours caractérisés par l'enfermement dans une dialectique égalité - liberté fondée sur un formalisme objectivant. Il est d'autant plus difficile dans ce contexte d'envisager ces principes comme des savoirs ou des vécus qu'ils sont censés représenter des absolus qui en appellent à une évaluation quasi-scientifique de la condition humaine. Il reste alors à déterminer lequel des deux principes doit l'emporter dans des situations précises, à l'instar du processus adjudicatif auquel fait appel l'appareil judiciaire lorsqu'il se penche sur des questions de droits et libertés. La conciliation de principes absolus est

¹⁶¹ Les travaux de Kymlicka constituent à ce titre un saisissant effort de conciliation dans le contexte canadien des droits à l'identité, suggérés par le principe d'égalité, avec les valeurs individuelles suggérées par le principe de liberté. Voir: Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989, et *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

en principe antithétique, ce qui explique les écueils qui guettent ce type de démarche¹⁶².

Le pluralisme juridique radical postule que la topographie de ces principes, à l'instar de la topographie normative, est plus complexe, accidentée et étendue que ne le laisse entrevoir le discours traditionnel. En fait, les déclinaisons de ces principes suivent un continuum borné d'un côté, par un pôle objectif - formel, et de l'autre côté par un pôle subjectif - matériel. Ils se traduisent d'un côté par la liberté et l'égalité comme principes absolus et de l'autre par la dignité et l'autonomie comme savoirs vécus. Dans le cadre de cette représentation, la dignité signifie pour l'individu que les conditions matérielles et affectives essentielles à son développement sont assurées, tandis que l'autonomie désigne le respect démontré envers sa capacité de prendre lui-même les décisions fondamentales à son développement, c'est-à-dire le respect pour sa capacité d'effectuer des choix de vie. Ce continuum se présente donc ainsi:

Égalité - Liberté -----	Dignité - Autonomie
Objectif - formel	Subjectif - Matériel

Du point de vue alternatif que représente le couple dignité - autonomie, ces principes fondateurs de la théorie politique occidentale prennent une toute autre coloration. Ce point de vue recentre notre attention sur la transcription de la substance de ces principes dans notre analyse du vécu individuel et collectif. Ceci résulte d'une part en une grande harmonisation des deux principes - ils ne sont plus perçus comme dialectiques mais plutôt comme synthétiques - et d'autre part en une pondération assez radicale de leur portée - ils ne sont plus compris comme des idéaux absolus mais plutôt comme des caractéristiques constitutives de l'identité. En ce sens, les principes de

¹⁶² Voir: Sébastien Lebel-Grenier, *supra* note 124.

dignité et d'autonomie en appellent à une perspective réflexive qui reconnaît leur inévitable maillage au sein de l'identité et la nécessité de leur transcription concrète dans le vécu social. Ainsi, ces principes ne se traduisent pas tant sous forme de droits que d'aspirations et n'opposent pas tant l'individuel et le collectif qu'ils ne dictent la confluence de ces deux volets du vécu dans la construction de l'identité. Le pôle dignité - autonomie ne représente pas pour autant tout le spectre de ces principes fondamentaux. Il ne fait que compléter un tableau tronqué qui nous enfermait dans une logique univoque. Cette autre façon d'appréhender l'égalité et la liberté permet par ailleurs de faire ressortir des affinités particulières qui s'affirment à chaque pôle du continuum.

Le tableau suivant présente de façon schématique ces affinités:

Égalité - Liberté -----	Dignité - Autonomie
Formulé	Inférentiel
Explicite	Implicite
Légitimité formelle	Légitimité matérielle
Rationalité instrumentale - science	Rationalité matérielle - émotions
Relations de pouvoir	Construction de l'identité
Processus objectif	Processus réflexif

Ces affinités représentent les convergences épistémologiques qui déterminent pour une part importante comment nous imaginons les normes. Sans procéder à une discussion exhaustive de ces affinités, nous donnerons dans les prochains paragraphes un bref aperçu des logiques partagées qui les définissent et des implications qu'elles recèlent pour une compréhension des phénomènes juridiques.

Pour nos fins, il est en premier lieu essentiel de comprendre les liens qu'entretiennent les normativités formulées ou explicites avec le pôle égalité - liberté. Ceux-ci tiennent au fait que ces principes représentent une tentative de description à la fois circonscrite et exhaustive d'une logique qui devrait se traduire de façon transparente. L'égalité et la liberté se conçoivent comme des savoirs objectifs qui sont appelés à s'exprimer à travers des institutions formelles. Il s'ensuit qu'ils offrent une légitimation formelle - tournés vers un savoir objectif - à des interventions normatives qui tendent à être manifestes. Par ailleurs, ces principes font principalement appel à une rationalité instrumentale qui s'exprime par l'entremise des relations de pouvoir. Des conceptions concurrentes des principes d'égalité ou de liberté ne représentent que la somme des appuis qu'ils peuvent revendiquer et suivent le sort de la force relative de ces derniers. En fait, tout le jeu de la judiciarisation moderne des droits et libertés implique la transposition dans ce forum de ce type d'affrontements. Enfin, ces principes ont tendance à favoriser leur expression au terme de processus objectifs qui visent une application uniforme de leurs prescriptions. Ils constituent donc des représentations fermées censées décrire de façon exhaustive la réalité sociale.

À l'opposé, le pôle dignité - autonomie exhibe une affinité particulière avec les normativités inférentielles ou implicites. Cette affinité découle du fait que cette déclinaison de ces principes fondamentaux réfère à un vécu, à la fois quant à leur signification et à leur mode de production. La dignité et l'autonomie sont des phénomènes qu'on expérimente et qui connaissent dès lors une multitude d'expression. Ainsi, ils ne peuvent faire l'objet de tentative de description objective. Ce sont également des phénomènes qui ne sont pas décrétés au terme de processus et dans le cadre d'institutions formels. Ils découlent d'une prise de conscience individuelle et collective de notre état et sont partie, dans ce processus réflexif, à la construction de l'identité. Ce

pôle représente donc une compréhension matérielle des principes fondateurs de la conscience occidentale, soit une compréhension moins tangible mais plus pratique, moins universelle mais en meilleur rapport avec nos émotions. Ce pôle offre de ce fait l'occasion de légitimations matérielles de la normativité en fondant son principe dans une sagesse partagée qui interpelle directement le justiciable.

Ces affinités particulières expliquent pourquoi les processus de légitimation relatifs aux normativités manifestes tendent à emprunter la première logique tandis que ceux relatifs aux normativités latentes tendent à emprunter la seconde. Rappelons toutefois que ces deux logiques se situent sur un continuum et que les processus de légitimation, lorsqu'ils font appel aux principes fondamentaux ainsi représentés, peuvent se situer à un point quelconque entre ces deux extrêmes. En particulier, il en est ainsi des normativités allusives et routinières qui tendent à situer leur logique à un point intermédiaire de ce continuum.

Il demeure par ailleurs que les processus de légitimation font en pratique appel à un éventail de valeurs qui dépassent les deux principes examinés ci-dessus. Les variations dans la formulation et la coloration qu'adoptent les principes fondamentaux illustrés par l'axe présenté ci-dessus selon les circonstances dans lesquelles ils sont invoqués sont toutefois susceptibles de se répercuter sur toute légitimation offerte au soutien d'une norme. Ainsi, plus les normes s'approchent d'une forme latente, plus les légitimations offertes à leur soutien tendent à être subjectives et matérielles. À l'inverse, les normes manifestes appellent généralement des légitimations objectives et formelles. La reconnaissance de cette diversité dans les modes de légitimation des normes est, pour le pluralisme juridique radical, essentielle à une saine compréhension des phénomènes normatifs et, plus avant, de la mécanique sociale qui anime ces derniers.

6.4.2 Droit et désenchantement

La domination sans partage de la normativité étatique manifeste dans la théorie juridique classique explique la prévalence de légitimations formelles et objectives au sein de cette dernière. Souvent, les théories particulières auxquelles elle donne lieu tendent à dériver vers une légitimation de la norme fondée sur un appel à l'autorité¹⁶³. Le cas échéant, les conceptions du bien ou du juste qui pourraient justifier cette autorité et de façon ultime les actes normatifs qu'elle initie demeurent implicites et bien mal théorisées. C'est l'insuffisance de ce type d'approche qui, en occultant des pans entiers de la normativité, nie la pertinence du droit au vécu individuel et collectif. Cette posture précipite le droit dans une marginalisation croissante qui est accentuée par le désenchantement qui marque notre époque.

"Les choses qui trouvaient autrefois leur centre de gravité dans quelque réalité extérieure - la loi ou la nature - dépendent désormais de notre possibilité de choisir. Les questions auxquelles une autorité apportait naguère une réponse indiscutable, il nous faut maintenant y réfléchir par nous-mêmes. La liberté et l'autonomie modernes nous centrent sur nous-mêmes et l'idéal de l'authenticité exige que nous découvriions et formulions notre propre identité."¹⁶⁴

Le justiciable ne se reconnaît pas dans un discours uniquement axé sur des droits

¹⁶³ Sur les fondements de l'autorité légitime, soit la tradition, le charisme et les dispositions positives, voir: Max Weber, *Économie et société*, *supra* note 12, aux pages 219-273. Pour une analyse des répercussions de ces formes de légitimation sur l'effectivité normative, voir Guy Rocher, *supra*, note 64 aux pages 105-106.

¹⁶⁴ Voir: Charles Taylor, *supra* note 111, à la page 103.

abstraits qui, parce qu'ils ne peuvent être reliés à son vécu, sont perçus comme arbitraires. C'est d'ailleurs ce travers que les théories de Habermas¹⁶⁵ et de Dworkin¹⁶⁶, respectivement par le biais d'une approche néo-processuelle et d'une approche néo-jusnaturaliste, tentent de corriger en invoquant un cadre théorique qui se rapproche quelque peu d'une logique plus matérielle. Il demeure que ces types de théories maintiennent la nécessité d'une médiation du droit par l'appareil étatique. La persistance de cet interface entre le justiciable et le droit entretient une distance entre ces derniers qui fait passer la norme d'une raison pour agir à une simple forme de coercition.

À l'inverse de ces théories, le pluralisme juridique radical propose d'embrasser la réalité du désenchantement moderne. Le droit est en rapport direct avec notre existence et la légitimation de la normativité ne peut par conséquent être uniquement objective. Elle doit intégrer toute la diversité de l'expérience humaine. Si la légitimité - à l'image de notre identité - est maintenant fragmentée, un relativisme absolu n'est pas pour autant inévitable. Cette identité fragmentée, multiple, signifie également que des allégeances diversifiées, souvent opposées, se superposent en nous, rendant de ce fait possible l'empathie nécessaire à la rencontre et à la conciliation de légitimations et de normes concurrentes. C'est ce que traduit la reconnaissance du caractère dialogique des processus normatifs. Et c'est ce qui explique la nécessité, pour le pluralisme juridique radical, de fonder sa compréhension de la normativité sur le caractère central du justiciable au droit par l'entremise de la reconnaissance de son rôle d'agent normatif.

¹⁶⁵ En particulier par l'entremise de la théorie de la démocratie délibérative. Voir Simone Chambers, *Reasonable Democracy. Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 1996.

¹⁶⁶ Fondamentalement par l'appel à la supériorité de certains principes décisionnels transcendant. Voir: Simon Honeyball, *Integrity, Community and Interpretation: a Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law*, Aldershot/Brookfield, Ashgate/Dartmouth, 1998, ainsi que: Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Bellknap Press, 1986, et *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

En définitive, le justiciable demeure le juge ultime des processus de légitimation. Il est la source de ces jugements sur la légitimité des normes et la somme que constitue la rencontre des jugements émanant des membres de champs sociaux semi-autonomes a un impact fondamental sur la trajectoire des normes qui s'y rapportent, pouvant même mener à l'extinction de ces normes. À l'instar des normes qui en sont l'objet ultime, ces jugements adoptent une grande variété de formes. En raison de leur visibilité particulière, les légitimations manifestes accaparent certes une part importante de notre attention, mais les processus de légitimation se présentent probablement plus souvent sous une forme routinière, allusive ou encore latente. Ce sont toutes ces légitimations souterraines, implicites, souvent tacites qui justifient les normes qui nous entourent sans que nous n'y accordions toute notre attention consciente. Rappelons que ces légitimations possèdent des affinités avec les normes de même type, mais n'y sont pas rattachées par une relation de nécessité. En fait, nous devons retenir que toutes les normes passent à un niveau ou un autre au crible des processus de légitimation, même celles dont la logique, latente, semble aller de soi puisqu'émergeant d'un processus organique. En somme, nous devons considérer que des questions de légitimité se posent tout autant quant à des normes allusives, routinières ou latentes qu'à des normes manifestes car aucune ne résulte d'un processus qui puisse lui assurer une parfaite adéquation aux désirs et aspirations de tous ceux pour lesquels elles peuvent être pertinentes¹⁶⁷.

La normativité allusive, routinière et latente est l'occasion d'aussi grandes injustices potentielles que ne peut l'être la normativité manifeste. Le droit coutumier

¹⁶⁷ C'est pourquoi Roderick A. Macdonald affirme que: "[...] the legal pluralistic analysis presumes that inquiries about legitimacy, due process, and substantive justification are as present and appropriate in each of these informal regimes as they are in respect of more formal regimes." "My point is that just as there is no transcendent virtue in the State legal order, there is also no transcendent virtue in non-State legal orders [...]." "Metaphors", *supra* note 1, respectivement aux pages 79 et 87.

tend, par exemple, à reproduire la stratification qui conduit à son émergence et à être ainsi l'instrument d'un conservatisme social¹⁶⁸. Les processus de légitimation qui cautionnent de telles normes font appel à une conception du bien ou du juste qui, souvent, ne correspond pas à des idéaux humanistes. Ils avancent toutefois une compréhension des fonctions et rôles sociaux qui est enracinée dans la communauté dont ces normes émergent. Si cette compréhension peut cheminer de façon routinière ou même latente pour éventuellement représenter une meilleure adéquation à des idéaux fondés sur l'ouverture et le respect, elle peut également faire l'objet d'une contestation ouverte, manifeste, qui vise à réinscrire les normes visées dans une nouvelle logique. Les normes qui ressortent de ce type d'exercice voient nécessairement une transformation de leur nature et de leurs contenus, mais elles illustrent ainsi le fait que notre volonté de transformer ce que nous jugeons inacceptable ne s'arrête pas et ne devrait pas s'arrêter sur le seuil de la normativité manifeste.

¹⁶⁸ Il justifie ainsi, selon J. Ellul, une subordination de larges pans de la population. Voir: *Histoire des institutions, de l'époque franque à la révolution*, Paris, PUF, 1962.

Conclusion

La métaphore du droit

La qualité des rapports qu'entretiennent les citoyens dans une société donnée dépend non pas du type de normativité que cette dernière privilégie ou des articulations spécifiques de ses interventions normatives - nous ne pouvons d'ailleurs prétendre à rien de plus qu'un contrôle limité sur ces processus normatifs - mais plutôt de dynamiques sociales beaucoup plus larges définies en grande partie par les symboliques qui animent celle-ci. Des sociétés qui nous apparaissent plus justes ou égalitaires n'émergent pas en réponse aux interventions normatives manifestes concoctées par un organe de planification central avisé et bienveillant. La valorisation de la dignité et de l'autonomie dépend de processus diffus qu'il est possible d'influencer par nos actions individuelles et collectives mais qui demeurent fondamentalement rebelles à la subordination qu'implique le contrôle hiérarchique. Lorsque ces valeurs acquièrent une certaine dominance sociale, elles découlent d'une forme d'action concertée en ce qu'elles ont préalablement été intériorisées par une large proportion des membres de cette société. La prévalence de ces valeurs ne résulte toutefois jamais directement de l'intervention normative puisque même si elles peuvent être souhaitées par une certaine élite, elles ne sauraient être imposées.

Le pluralisme juridique radical est guidé par une nouvelle esthétique qui embrasse la complexité et l'indéterminisme. Mais ce n'est que parce qu'il désire faire oeuvre de transparence qu'il adopte ce point de vue. Cette théorie n'est pas immédiatement préoccupée par des prétentions prescriptives, par le devoir être. Elle désire plutôt offrir un outil plus riche aux fins de l'aperception de notre vécu. C'est donc une meilleure esthétique des relations sociales telles qu'appréhendées à travers le droit que le pluralisme juridique radical propose. Mais cette théorie ne revendique pas le monopole

de la vérité, pas plus qu'elle ne croit tenir une transcription objective de la réalité. Une telle représentation dépasse d'ailleurs, selon ses prémisses, la capacité descriptive du langage et de la théorie. C'est plutôt une métaphore qui décrit à son avis de façon plus satisfaisante la condition humaine qu'offre le pluralisme juridique radical à travers sa relecture des phénomènes juridiques, le droit étant lui-même une tentative de description d'une réalité, la normativité, dont les frontières demeurent inévitablement insaisissables¹⁶⁹.

L'aspect métaphorique de la théorie est essentiel. Il nous oblige à prendre acte du fait que cette dernière ne constitue qu'une représentation et qu'elle demeure par conséquent imparfaite. Elle maintient ainsi une ouverture sur les autres conceptions que peuvent receler des théories alternatives car le pluralisme juridique radical se veut une théorie inclusive. Par son aspect métaphorique, ce dernier mobilise également tout le réservoir de signification que représente l'analogie. Par la référence au vécu individuel et collectif, il tente de faire saisir une réalité trop complexe et fluctuante pour être utilement traduite dans le texte. Le pluralisme juridique radical vise donc à inscrire le droit dans un rapport de pertinence étroit avec tous et chacun d'entre nous. Il cherche, en quelque sorte, à réhabiliter une discipline qui s'est elle-même coupée de ses assises en redéployant celle-ci pour qu'elle englobe toute l'étendue du phénomène qui constitue son objet.

La théorie juridique est une des façons dont nous pouvons envisager les divers phénomènes de coordination sociale qui déterminent une part importante de qui nous

¹⁶⁹ Ainsi: "For both pluralism and "the law" alike are theories and therefore entirely metaphoric, imperfectly realized, constantly reinterpreted, and always in flux." Voir: Desmond Manderson, version manuscrite de sa thèse de doctorat, *Songs Without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Montréal, Université McGill, août 1996, à la page 328.

sommes et comment nous menons notre existence. Ces phénomènes peuvent également être envisagés en des termes sociologiques, psychologiques, économiques, politiques, philosophiques, religieux, etc. Au fil du temps, le droit a toutefois progressivement réduit sa perspective pour se concentrer sur la normativité manifeste étatique. Ce choix constitue une erreur puisque la théorie juridique est particulièrement adaptée à l'étude des phénomènes de coordination sociale; l'objet même de l'interface juridique est la régulation des comportements. La théorie juridique projette donc un éclairage plus immédiat sur les raisons qui motivent l'action. C'est cette pertinence que le pluralisme juridique radical vise à récupérer tout en étendant sa réflexion au domaine normatif en entier. Ce faisant et à l'instar d'une approche sociologique¹⁷⁰, il accorde une attention particulière à l'imbrication sociale à travers les champs sociaux semi-autonomes. Il se démarque toutefois de cette approche en consacrant le caractère central de l'individu à l'ontologie normative à travers la reconnaissance du fait que nous jouons tous le rôle d'agent normatif.

Ainsi, pour le pluralisme juridique radical, le droit constitue à la fois un phénomène réflexif et un construit interactionnel. Il constitue un phénomène réflexif puisque la normativité est une construction de l'esprit humain, une façon d'appréhender et de comprendre le monde qui nous entoure et non une réalité qui nous est extérieure. Le droit est fondamentalement l'occasion d'un retour de l'être humain sur sa condition. Et c'est par cette faculté d'introspection que l'être humain peut porter un jugement sur la qualité de son existence et, par ce simple geste, initier ces dynamiques qui infléchissent éventuellement les trajectoires normatives. En définitive, la normativité n'existe que dans sa capacité de mobiliser notre cœur et notre esprit.

¹⁷⁰ "La théorie sociologique du droit participe enfin d'une critique de l'individualisme juridique du droit libéral". Voir J.-G. Belley, *supra* note 38, page 14.

Le droit constitue d'autre part un construit interactionnel puisque les normes ne peuvent s'actualiser que sur les territoires que constituent les champs sociaux semi-autonomes. Les normes émergent, cheminent et s'éteignent par suite des régularités qui en viennent à caractériser les relations que nous nouons avec nos prochains. Ces régularités représentent la médiation des aspirations et des attentes - infiniment variables et souvent contradictoires - que nous exprimons tous. La convergence que nous réussissons à exprimer à travers les normes représente non seulement la possibilité des communautés, mais également le fait qu'elles sont indispensables à notre épanouissement. C'est pourquoi le droit doit, en dernière analyse, être considéré comme un phénomène intersubjectif, résultant de la réunion de ce qui définit notre identité et de ce qui est nécessaire au développement de cette dernière.

Cette rénovation de la perspective juridique est bien entendu conséquente en soi. Mais les impacts potentiels de l'adoption du pluralisme juridique radical dépassent le domaine de la théorie juridique et pourraient s'inscrire dans le tissu social par la consolidation de certaines mouvances.

Les fondements de cette théorie s'inscrivent déjà dans de larges dynamiques prévalant dans nos sociétés. Le dépouillement progressif des prérogatives de l'État et le cynisme qui se développe à l'égard du politique et du judiciaire sont les signes manifestes du désenchantement à l'égard des conceptions régulatrices traditionnelles. Paradoxalement, la complexification de la société augmente la demande pour cette régulation étatique dont nous savons qu'elle est en perte de vitesse. D'autre part, le déboulonnage des repères traditionnels qui marque notre époque contribue à renforcer l'importance de l'autonomie comme valeur sociale. Le glissement de l'autonomie vers l'atomisme provoque toutefois la revalorisation de la communauté, souvent sous de

nouvelles formes. Jamais n'avons nous été aussi inter-dépendants et jamais n'avons nous été aussi isolés. À eux seuls, ces deux faits expliquent la nécessité de repenser la dynamique de nos rapports sociaux.

Aucune théorie n'est parfaitement neutre. La transformation du point de vue de l'observateur est de nature à transformer l'objet observé. C'est ainsi que le pluralisme juridique radical pourra signer un impact sur les rapports sociaux. La nouvelle compréhension des rapports que nous entretenons avec les normes qu'il met de l'avant et, par suite, des rapports que nous entretenons avec nos semblables, est de nature à contribuer à changer avec le temps le regard que nous portons sur nos sociétés. C'est en conséquence par l'impact symbolique de l'introduction de la nouvelle esthétique des relations sociales qu'il propose que le pluralisme juridique contribuera à la transformation de ces relations.

Nous devons ainsi considérer que le pluralisme juridique radical est d'une pertinence particulière pour la théorie démocratique. Il reconnaît en premier lieu que le pouvoir n'est pas aussi concentré que nous ne pourrions le croire et, surtout, que nous sommes tous des agents normatifs. Nous ne pouvons parfaitement contrôler tous les processus normatifs qui nous affectent, mais nous pouvons les influencer. Le pluralisme juridique radical revalorise ensuite des véhicules normatifs occultés, souvent animés par des logiques matérielles, qui s'inscrivent dans une plus grande proximité avec la réalité des relations sociales. Cette immédiateté de la normativité est de nature à réhabiliter l'implication civique puisqu'elle remet entre nos mains des mécaniques dont une abstraction croissante nous avait dépossédé. La normativité n'est donc pas un phénomène parfaitement directif, mais plutôt un phénomène participatif dont le caractère dialogique devrait nous inciter à reconnaître l'importance de l'éducation civique. C'est

ainsi que le pluralisme juridique radical participe à la réhabilitation de l'individu et de la communauté, de l'autonomie et de la dignité. Il nous invite également à modérer nos réflexes instrumentaux et à prendre toute la mesure de l'impact symbolique de nos actions, en d'autres termes à repenser l'impact que nous pouvons signer sur notre environnement. Le pluralisme juridique radical démontre enfin une confiance envers notre capacité à l'empathie que cautionne la reconnaissance de la complexité de notre identité. Le conflit est ainsi perçu comme un incident normal de la vie en société auquel le dialogue peut toujours éventuellement trouver réponse. Ce sont donc de nouvelles pistes de réflexion qu'offre le pluralisme juridique radical à la démocratie à travers l'intuition que la résolution de ses maux actuels réside dans sa capacité de ré-imaginer les rapports qui nous unissent.

On pourrait par ailleurs soutenir que la terminologie retenue par le pluralisme juridique radical, à l'instar de celle retenue par les chantres de la mondialisation, est constituée de masques modernistes et colonisateurs qui occultent la réalité de la domination et de la marginalisation, de la concentration de la richesse et de la pauvreté, du pouvoir et de l'impuissance. On aurait ainsi remplacé par un langage édulcoré des réalités mieux ancrées dans un langage revendicateur.

Or, l'adoption du pluralisme juridique radical ne se traduit pas par l'abandon de l'espace normatif à la loi du plus fort, pas plus qu'il n'implique la renonciation à tout dessein de transformation de notre environnement. La relativisation du droit étatique ne suppose pas la dé-responsabilisation ou l'objectivation d'autrui, pas plus qu'elle n'entraîne la cession de l'espace social à la logique du marché. Le pluralisme juridique radical affirme plutôt que l'injustice n'est pas quelque chose dont on doit se plaindre mais un mal dont on doit se saisir et que les possibilités d'action sont à la portée immédiate de

chacun d'entre nous. Le principe de la régulation demeure, ce n'est que la façon de l'appréhender qui change. La valorisation d'espaces alternatifs d'expression normative, de même que l'affirmation de la possibilité d'agir sur la norme et de porter un jugement sur sa légitimité sont l'occasion de l'affirmation de notre aptitude à améliorer notre condition.

En définitive, une conception pluraliste radicale du droit devrait nous amener à reconnaître que:

“[r]ien n'empêche de repenser le progrès comme une exigence morale, par-delà toute les formes de sa naturalisation (telles les illusoires “lois de l'histoire”), bref, en reconnaissant l'incertitude, l'indétermination, la contingence et l'imprévisibilité qui caractérisent les phénomènes historiques. [...] Car l'amélioration de la condition humaine demeure une fin pour l'action, une raison d'agir dans l'ordre éthique comme dans l'ordre politique et une raison d'espérer. [...] La course vers le pire des mondes n'est pourtant pas inéluctable. Mais il faut vouloir. Et vouloir tout autre chose.”¹⁷¹

¹⁷¹ Pierre-André Taguieff, *Du progrès - Biographie d'une utopie moderne*, Paris, Libro, 2001.

Bibliographie

Législation

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11.

Code civil du Québec.

Loi constitutionnelle de 1867, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, no. 5.

Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Jurisprudence

Devine c. Québec (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 790.

Ford c. Québec (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 712.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3.

Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 121.

Doctrines - Monographies

-, *Cooperation in Groups: Procedural Justice, Social Identity and Behavioral Engagement*, sous la direction de Tom Tyler et Steven Blader, Philadelphia, Psychology Press, 2000.

-, *Droit et société dans le monde arabe. Perspectives socio-anthropologiques*, sous la direction de Gilles Boëtsch et Jean-Noël Ferrié, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

-, *How Does Law Matter*, sous la direction d'Austin Sarat et Brian G. Garth, Evanston,

Northwestern University Press, 1998.

-, *La vengeance*, sous la direction de R. Verdier, édition en quatre volumes, Paris, Cujas, de 1981 à 1984.

-, *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, sous la direction de Costas Douzinas et Lynda Nead, Chicago, University of Chicago Press, 1999.

-, *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*, sous la direction de Paul Bohannon, Garden City, Natural History Press, 1967.

-, *Law in Culture and Society*, sous la direction de Laura Nader, Berkeley, University of California Press, 1997.

-, *Law in Everyday Life*, sous la direction d'Austin Sarat et Thomas R. Kearns, Ann Harbor, University of Michigan Press, 1995.

-, *Le droit en procès*, sous la direction de J. Chevallier et D. Loschak, Paris, PUF, 1984.

-, *Local Justice*, sous la direction de Jon Elster, New York, Russel Sage Foundation, 1992.

-, *Nouveau Petit Robert*, Paris, Les dictionnaires le Robert, 1993.

-, *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, sous la direction de Ari Hirvonen, Londres, Pluto Press, 1998.

-, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutionnal Design*, sous la direction de Willem J. Vitteveen et Wibren Van der Burg, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999.

-, *Socialisation juridique et conscience du droit. Attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, sous la direction de Chantal Kourilsky-Augeven, Paris, LGDJ, 1997.

-, *The fate of Law*, sous la direction d'Austin Sarat et Thomas R. Kearns, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993.

-, *The Multiple Self*, sous la direction de Jon Elster, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

-, *The Routledge Critical Dictionary of Postmodern Thought*, sous la direction de Stuart Sim, New York, Routledge, 1999.

-, *Une introduction aux cultures juridiques non-occidentales: autour de Masaji Chiba*, sous la direction de Wanda Capeller et Takanori Kitamura, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Abel, R. L. et Lewis, P.S.C., *Lawyers in Society, an overview*, Berkeley, University of California Press, 1996.

Abel, R., *The Politics of Informal Justice*, 2 volumes, New York, Academic Press, 1982.

Amsterdam, A. et Bruner, J., *Minding the law*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

Arnaud, A.-J., *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981.

Arthurs, H., *Without the Law*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

Assier-Andrieu, L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996.

Atias, C., *Épistémologie Juridique*, Paris, PUF, 1985.

Atias, C., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999.

Atias, C., *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 2^e édition.

Atias, C., *Théorie contre l'arbitraire: éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, 1987.

Auerbach, J.S., *Justice without Law?*, New York, Oxford University Press, 1983.

Bachofen, J.J., *Das Mutterrecht*, Basel, B. Schwabe, 1897.

Ball, M.S., *Lying Down Together: Law, Metaphor and Theology*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985.

Belley, J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

Berger, P.L., and Luckman, T., *The Social Construction of Reality*, Garden City, Anchor Books, 1967.

Berman, H.J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

Black, D., *Sociological Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1990.

Blomley, N.K., *Law, Space and the Geographies of Power*, New York, Guilford Press, 1994.

Boas, F., *Race, Language and Culture*, New York, Free Press, 1966.

Boas, F., *A Franz Boas Reader, the Shaping of American Anthropology*, George W. Stocking Jr., éd., Chicago, University of Chicago Press, 1982.

Bourjol, M., et al., *Pour une critique du droit*, Paris-Grenoble, Maspero-Presses universitaires de Grenoble, 1978.

Bourque, G., et Duchastel, J., *L'identité fragmentée - Nation et citoyenneté dans les débats constitutionnels canadiens*, Fides, Montréal, 1996.

Brooks, P. et Gewirtz, P., *Law's Stories, Narrative and Rhetoric in Law*, New Haven,

Yale University Press, 1996.

Brun, H., et Tremblay, G., *Droit Constitutionnel*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

Bureau, R.D. et Mackay, P., *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970 - 1987*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987.

Carbonnier, J., *Flexible droit*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1979.

Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978.

Chambers, S., *Reasonable Democracy. Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 1996.

Chiba, M., *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989.

Coase, R., *Le coût du droit*, traduit par Y.-M. Morissette, Paris, PUF, 2000.

Comaroff, J.L., et Roberts, S., *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in the African Context*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.

Commission des états généraux sur la situation et l'avenir de la langue française au Québec, *Le français, une langue pour tout le monde*, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 2001.

Comte, A., *Auguste Comte and Positivism, the Essential Writings*, sous la direction de Gertrud Lenzer, Chicago, University of Chicago Press, 1983.

Constant, B., *Political Writings*, traduit par Biancamaria Fontana, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

Coutu, M., *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris et Québec, LGDJ et Les Presses de l'Université Laval, 1995.

Cotterrell, R., *Law's Community*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

Dan-Cohen, M., *Rights, Persons and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society*, Berkeley, University of California Press, 1986.

Darian-Smith, E., *Bridging Divides: The Channel Tunnel and English Legal Identity in the New Europe*, Berkeley, The University of California Press, 1999.

Davies, M., *Delimiting the Law*, Londres, Pluto Press, 1996.

de Sousa Santos, B., *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.

de Saussure, F., *Cours de linguistique générale*, édition critique préparée par Tullio de Mauro, Paris, Payot, 1982, initialement publié en 1916.

- Dobney, S., *Eisemann Architects: Selected and Current Works*, Mulgraves, 1995.
- Douglas, M., *Comment pensent les institutions*, Paris, La découverte, 1999.
- Drummond, S., *Incorporating the familiar, an investigation into legal sensibilities in Nunavik*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997.
- Dworkin, R., *Law' Empire*, Cambridge, Bellknap Press, 1986.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- Edelman, M., *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana, University of Illinois Press, 1957.
- Ellickson, R.C., *Order without Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- Ellul, J., *Histoire des institutions, de l'époque franque à la révolution*, Paris, PUF, 1962.
- Erlich E, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936.
- Eskridge, W.N., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- Ewick, P. et Silbey, S.S., *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.
- Feyerabend, P., *Contre la méthode, esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, traduit par Baudouin Jurdant et Agnès Schlumberger, Paris, Éditions du Seuil, 1979.
- Fitzpatrick, P., *The Mythology of Modern Law*, Londres, Routledge, 1992.
- Foucault, M., *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.
- Foucault, M., *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966.
- Fuller, L., *Legal fictions*, Palo Alto, Stanford University Press, 1968.
- Fuller, L., *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- Geertz, C., *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.
- Gény, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1919.
- Gingras, A.-M., *Médias et démocratie, le grand malentendu*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1999.
- Glenn, P., *Legal traditions of the world*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Gluckman, M., *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*,

Manchester, Manchester University Press, 1955.

Goody, J., *La logique de l'écriture: aux origines des sociétés humaines*, Paris, Collin, 1986.

Greenhouse, C., Yngvesson, B., et Engel, D., *Law and Community in Three American Towns*, Ithaca, Cornell University Press, 1994.

Gurvitch, G., *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.

Gurvitch, G., *La déclaration des droits sociaux*, 2e édition, Paris, Vrin, 1946.

Gurvitch, G., *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932.

Gurvitch, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935.

Gurvitch, G., *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.

Gutierrez-Jones, C., *Rethinking the Borderlands. Between Chicano Culture and Legal Discourse*, Berkeley, University of California Press, 1995.

Hardin, R., *Morality within the Limits of Reason*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.

Harrington, C., *Shadow Justice: The Ideology and Institutionnalization of Alternatives to Court*, Westport, Greenwood Press, 1985.

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

Harvey, D., *The Condition of Postmodernity*, Oxford, Blackwells, 1989.

Henry, S., *Private Justice. Toward Integrated Theorising in the Sociology of Law*, London, Routledge and Kegan Paul, 1983.

Hoebel, E.A., *Law of Primitive Man, a Study of Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1957.

Hogue, A. R., *Origins of the Common Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1986.

Honeyball, S., *Integrity, Community and Interpretation: a Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law*, Aldershot/Brookfield, Ashgate/Dartmouth, 1998.

Hooker, M.B., *Legal Pluralism - An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

Hooks, B., *Yearning: Race, Gender and Cultural Politics*, Toronto, Between the Lines, 1990.

Kahn, P.W., *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.

Kuhn, T., *La structure des révolutions scientifiques*, traduit par Laure Meyer, Paris, Flammarion, 1983.

Kymlicka, W., *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Kymlicka, W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

Lakoff, G., *Women, Fire and Dangerous Things: What Categories Reveal About the Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 1987.

Lakoff, G., et Johnson, M., *Metaphors we Live by*, Chicago, University of Chicago Press, 1980.

Lévi-Strauss, C., *Introduction to the Work of Marcel Mauss*, traduit par Felicity Baker, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1987.

Lévi-Strauss, C., *La fonction Symbolique: essais d'anthropologie*, textes réunis par M. Izard et P. Smith, Paris, Gallimard, 1979.

Lévy-Strauss, C., *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1976.

Llewellyn, K.N. et Hoebel, E.A., *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 4^e édition, 1967.

Lytard, J.-F., *La condition postmoderne*, Paris, Éditions de minuit, 1979.

Mac Lennan, J.F., *Primitive Marriage*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, initialement publié en 1865.

Mandel, M., *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, 1994, Thompson Educational Publishing, Toronto.

Manderson, D., *Songs without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 2000.

Maspétiol, R., *La société politique et le droit*, Paris, Montchrestien, 1957.

Merry, S.E., *Colonizing Hawai'i, the Cultural Power of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

Merry, S.E., *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness in Working-class America*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Éditions Garnier, 1973.

Morgan, L.H., *Systems of Consanguinity and Affinity in the Human Family*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1997, initialement publié en 1870.

Morgan, L.H., *Ancient Society, or, Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilisation*, Calcutta, K.P. Bagchi, 1982, initialement publié en 1877.

- Nader, L., *The life of the law, Anthropological Projects*, Berkeley, University of California Press, 2002.
- Noreau, P., *Droit préventif: le droit au delà de la loi*, Montréal, Thémis, 1993.
- Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1975.
- Orkin, M., *What are the Odds? Chance in Everyday Life*, New York, W. H. Freeman & Co., 2000.
- Ost, F., et van de Kerchove, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- Piaget, J., *Épistémologie des sciences de l'homme*, Paris, Gallimard, 1972.
- Podgerfcki, A., *Law and Society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1974.
- Polanyi, M., *The tacit dimension*, Garden City, Doubleday & Company, Anchor Books, 1967.
- Polanyi, M., *The logic of liberty*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998, originalement publié en 1951.
- Posner, E., *Law and Social Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Pospisil, L., *Anthropology of Law*, 2^e édition, New Haven, HRAF Press, 1974.
- Post, A.H., *Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz*, Odelburg, A. Schwartz, 1894-1895.
- Reisman, W.M., *Law in Brief Encounters*, New Haven, Yale University Press, 1999.
- Resnick, P., *Parliament vs. People: An Essay on Democracy and Canadian Political Culture*, Vancouver, New Star Books, 1984.
- Rocher, G., *Études de la sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996.
- Romano, S., *L'ordre juridique*, traduit par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975.
- Rouland, N., *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.
- Rouland, N., *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991.
- Sampford, C., *The Disorder of Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1989.
- Sassen, S., *Losing Control. Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press, New York, 1996.
- Schlink, B., *Le liseur*, Paris, Gallimard, 1995.
- Selznick, P., *Law, Society and Industrial Practice*, New York, Russell Sage Foundation, 1969.

- Sherwin, R.K., *When Law Goes Pop: The Vanishing Line between Law and Popular Culture*, Chicago, University of Chicago Press, 2000 .
- Skolnick, J., *Justice without Trial: Law Enforcement in a Democratic Society*, 3^e édition, New York, Macmillan, 1993.
- Smith, M.G., *Corporations and Society*, London, Duckworth, 1974.
- Starr, J., *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, Albany, SUNY Press, 1992.
- Summers, R., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982.
- Sumner-Maine, H., *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, Boston, Beacon Press, 1963, initialement publié en 1871.
- Sumner-Maine, H., *Lectures on the Early History of Institutions*, Buffalo, W.S. Hein, 1987, initialement publié en 1888.
- Sumner-Maine, H., *On early law and custom*, Londres, Murray, 1883.
- Sumner-Maine, H., *Popular Government*, Indianapolis, Liberty Classics, 1976, initialement publié en 1885.
- Taguieff, P.-A., *Du progrès - Biographie d'une utopie moderne*, Paris, Librio, 2001.
- Tamanaha, B.Z., *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Tamanaha, B.Z., *Understanding Law in Micronesia: An Interpretive Approach to Transplanted Law*, New York, E.J. Brill, 1993.
- Taylor, C., *Grandeur et misère de la modernité*, traduit par Charlotte Melançon, Montréal, Bellarmin, 1992.
- Taylor, C., *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
- Taylor, C., *Sources of the Self, the Making of the Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- Timsit, G., *Les noms de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.
- Tomasic, R., *The Sociology of Law*, London, Sage publications, 1985.
- Tremblay, L., *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997.
- Tully, J., *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

Twinning, W., *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1973.

Twining, W., *Globalization and Legal Theory*, Butterworths, 2000.

Tyler, T., *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990.

Unger, R.M., *Law in Modern Society*, New York, The Free Press, 1976.

Van de Kerchove, M., et Ost, F., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

Von Hayek, F., *Droit, législation et liberté, une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, volume 1, Traduit de l'anglais par Raoul Audouin, Paris, PUF, 1980.

Walzer, M., *Spheres of Justice, a Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983.

Watson, A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2^e édition, Athens, University of Georgia Press, 1993.

Webber, J., *Reimagining Canada. Language, Culture, and the Canadian Constitution*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1994.

Weber, M., *Économie et société*, traduction française de J. Freund *et al.*, sous la direction de J. Chavy et É. de Dampierre, Paris, Plon, 1971.

Weber, M., *Max Weber on Law in Economy and Society*, sous la direction de Max Rheinstein, Cambridge, Harvard University Press, 1954.

Weyrauch, W.O., *Gypsy Law, Romani legal traditions and culture*, 2001, Berkeley, University of California Press.

Williams, P., *Alchemy of Race and Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

Winter, S.L., *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

Woodcock, G., *The Doukhobors*, Toronto, McClelland and Stewart, 1977.

Doctrine - Articles

Arnaud, A.-J., "Reflections on 'Complex Decisions' and the European Law-Making Process", dans Onati Proceedings, *On Complexity and Socio-Legal Studies: Some European Examples*, Onati, The Onati International Institute for the Sociology of Law, 1993, à la page 33.

- Belley, J.G., "L'État et la régulation juridique des sociétés globales; Pour une problématique du pluralisme juridique", (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11.
- Blegvad, B.-M., "Commercial Relations, Contract, and Litigation in Denmark: A Discussion of Macaulay's Theories", (1990) 24 *Law and Society Review* 397.
- Carneiro, R.L., "The Four Faces of Evolution", dans J.J. Honigsmann, éd., *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Chicago, Rand MacNally, 1973, à la pages 89.
- Coase, R., "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law and Economics* 1.
- Coutu, M., "Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner: la nouvelle guerre des dieux", (1997) 12 *Revue Canadienne Droit et Société* 93.
- Dembour, M.B., "Le pluralisme juridique: une démarche parmi d'autres, et non plus innocente", (1990) 24 *Revue inter-disciplinaire d'études juridiques* 43.
- Erllich, S., "Pluralism and Marxism", dans S. Erlich et G. Wootton, éd., *Three Faces of Pluralism*, Westmead-Farnborough, Gower Pub. Co., 1980, à la pages 34.
- Evans, W.M., "Public and Private Legal Systems", dans W.M. Evans, éd. *Law and Sociology. Exploratory Essays*, Glencoe, The Free Press of Glencoe, 1962, à la page 165.
- Falk-Moore, S., "Law and Social Change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", dans S.F. Moore, éd., *Law as Process: an Anthropological Approach*, Londres, Routledge and Keegan Paul, 1978.
- Fitzpatrick, P., "Marxism and Legal Pluralism", (1983) 1 *Australian Journal of Law and Society*, 45.
- Fitzpatrick, P., "The Desperate Vacuum: Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment", dans A. Carty, éd., *Post-Modern Law*, Edinburg, Edinburg University Press, 1990.
- Fitzpatrick, P., "The Rise and Rise of Informalism", dans R. Mathews, éd., *Informal Justice?*, Londres, Sage Publications, 1988, à la page 178.
- Fuller, L., "Human Interaction and the Law", 14 *The American Journal of Jurisprudence*, 1.
- Galanter, M., "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law" (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1.
- Galanter, M., "The Modernization of Law", dans L. M. Friedman et S. Macaulay, éd., *Law and the Behavioral Sciences*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969.
- Greenhouse, C., "Dimensions spatio-temporelles du pluralisme juridique", (1989) 13 *Anthropologie et sociétés* 35.
- Greenhouse, C., "Nature is to Culture as Praying is to Suing: Legal Pluralism in an American Suburb", (1982) 20 *Journal of Legal Pluralism* 17.

Griffiths, J., "Four Laws of Interaction in Circumstances of Legal Pluralism: First Steps Toward an Explanatory Theory", dans A. Allott et G.R. Woodman, éd., *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*, Dordrecht, Foris Publications, 1985, à la page 217.

Griffiths, J., "What is Legal Pluralism?", (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1.

Henry, S., "The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice", dans J. Lowmann, R. J. Menzies et T. S. Palys, éd., *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*, Aldershots, Hants, 1987.

Kleinhans, M.-M., et Macdonald, R.A., "What is a Critical Legal Pluralism", (1997) 12 *Revue Canadienne Droit et Société* 25.

Lajoie, A., "Surdétermination", dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, éd., *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998, à la page 85.

Lebel-Grenier, S., "The Charter and Legitimization of Judicial Activism", dans P. Howe et P.H. Russell, éd., *Judicial Power and Canadian Democracy*, Montréal et Kingston, McGill Queen's University Press, 2001, à la page 94.

Loschak, D., "Droit, normalité et normalisation", dans C.U.R.A.P.P. (Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie), éd., *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1984, à la page 51.

Macaulay, S., "Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports", (1987) 21 *Law and Society Review* 185.

Macaulay, S., "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" (1963) 28 *American Sociological Review* 55.

Macaulay, S., "Private Government", dans L. Lipson et S. Wheeler, éd., *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1986, à la page 445.

MacCollum, S., "Dispute Resolution in an American Supermarket", dans P. Bohannon, éd., *Law and Warfare*, Garden City, The Natural History Press, 1967.

Macdonald, R.A., "Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law", dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, éd., *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Les éditions Thémis et Bruylant, 1998, à la page 9.

Macdonald, R.A., "Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism", 15 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 69.

Macdonald, R.A., "Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives", dans J.-G. Belley, éd., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, à la page 233.

Macdonald, R.A., "Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et

- "inférentielle", (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47.
- Macdonald, R.A., "Office Politics", (1990) 40 *University of Toronto Law Journal*, 419.
- Merry, S.E., "Legal Pluralism", (1988) 22 *Law and Society Review*, 869.
- Merry, S.E., "Popular Justice and the Ideology of Social Transformation", (1992) 1 *Social & Legal Studies* 161.
- Merry, S.E., "Everyday Understandings of the Law in Working-class America", (1986) 13 *American Ethnologist* 253.
- Mockle, D., "Ordre normatif interne et organisations", (1992) 33 *Les Cahiers de droit* 965.
- Morissette, Y.-M., *Figure actuelle du juge dans la cité*, (1999) 30 *R.D.U.S.* 1.
- Nader, L., "The Recurring Dialectic Between Legality and its Alternatives", (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 621.
- Ogus, A.I., "Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory", (1989) 16 *Journal of Law and Society*, 393.
- Pospisil, L., "The Structure of Society and its Multiple Legal Systems", dans P.H. Gulliver, éd., *Cross-Examinations: Essays in Memory of Max Gluckman*, Lieden, E.J. Brill, 1978, à la page 96.
- Peters, G., et Savoie, D., "Canada: un Premier Ministre 'présidentiel' et ses contre-pouvoirs", (1997) 83 *Revue Française d'Administration Publique* 491.
- Pharo, P., "Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil", dans F. Chazel et J. Commaille, éd., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, à la page 243.
- Postema, G., "Implicit Law", (1994) 13 *Law and Philosophy* 361.
- Postema, G., "On the Moral Presence of our Past", (1991) 35 *Revue de droit de McGill* 1153.
- Ranger, T., "The Invention of Tradition in Colonial Africa", dans T. Ranger, éd., *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- Rocher, G., "L'effectivité du droit", dans A. Lajoie, R.A. Macdonald, R. Janda et G. Rocher, éd., *Théories et émergence du droit: Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998, à la page 133.
- Rocher, G., "Pour une sociologie des ordres juridiques", (1988) 29 *Les Cahiers de Droit* 91.
- Rouland, N., "Le pluralisme juridique en anthropologie", (1993) 2 *Revue de la Recherche Juridique* 567.

- Rouland, N., "Les colonisations juridiques", (1990) 29 *Journal of Legal Pluralism* 39.
- Sarat, A., "Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence", (1977) 11 *Law and Society Review*, 427.
- Sarat, A., "The 'New Formalism' in Disputing and Dispute Processing", (1988) 21 *Law and Society Review* 695.
- Sériaux, A., "Pluralisme juridique et droit naturel", (1993) 2 *Revue de la Recherche juridique - Droit prospectif* 585.
- Shapera, I., "Malinowski's Theories of Law", dans R. Firth, éd., *Man and Culture*, London, Routledge and Kegan Paul, 1968, à la page 139.
- Slattery, B., "Rights, Communities and Tradition", (1991) 41 *University of Toronto Law Journal*, 447.
- Snyder, F.G., "Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal", (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 49.
- Tamanaha, B.Z., "An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law", (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 501.
- Tamanaha, B.Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", (2000) 27 *Journal of Law and Society* 296.
- Tamanaha, B.Z., "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism", (1993) 20 *Journal of Law and Society* 192.
- Teubner, G., "The two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1443.
- Teubner, G., "Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions", dans G. Teubner, éd., *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Anti-Trust and Social Welfare Law*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1987, à la page 3.
- Teubner, G., "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", dans G. Teubner, éd., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1986, à la page 299.
- Teubner, G., "Evolution of Autopoietic Law", dans G. Teubner, éd., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1988, à la page 217.
- Thomson, A., "Taking the Right Seriously: The Case of F.A. Hayek", dans, P. Fitzpatrick, éd., *Dangerous Supplements. Resistance and Renewal in Jurisprudence*, Londres, Pluto Press, 1991, à la page 68.
- Vanderlinden, J., "A propos des catégories du droit", (1999) 2 *Revue de la Common Law en français* 301.

Vanderlinden, J., "Back to Legal Pluralism. Twenty Years Later" (1989) 28 *Journal of Legal Pluralism* 149.

Vanderlinden, J., "Le pluralisme juridique, essai de synthèse", dans J. Gilissen, éd., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de Bruxelles, 1972, à la page 19.

Vanderlinden, J., "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", (1993) 53 *Revue de la Recherche Juridique* 573.

Von Benda-Beckman, F., "Anthropology and Comparative Law", dans K. Von Benda-Beckman et F. Strijbosch, éd., *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Legal Pluralism*, Dordrecht, Foris Publications, 1986, à la page 91.

Woodman, G., "The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution", (1991) 32 *Les Cahiers de Droit* 3.

Autres sources

Boileau, J., "Rapport Larose: Facal forme un groupe de travail sur la citoyenneté", *Le Devoir*, 22 août 2001.

Boileau, J., "Les symboles ne sont pas neutres", *Le Devoir*, 25 août 2001, page A-4.

LeRoy, É., *La domestication du Léviathan ou l'envers du droit, Trente ans de pratiques juridiques à l'ombre de l'État en Afrique francophone*. Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, 1988, 36 pages.

Macdonald, R.A., *Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées: L'hypothèse du pluralisme pour penser le droit*, texte non publié,

Macdonald, R.A., *Multiple Selves and Legal Pluralism: Justice in Multi-Ethnic Neighbourhoods*, document non publié.

Macdonald, R.A., *Law, Justice and Community: The Way Ahead*, avril 1999, document non publié, avril 1999, 14 pages.

Manderson, D., version manuscrite de sa thèse de doctorat, *Songs Without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Montréal, Université McGill, août 1996, 450 pages.

Teubner, G., *Autopoiesis and Steering: How Politics Profits from the Normative Surplus of Capital*, texte non publié, 1991, 35 pages.