

Contributions à une théorie de l'émergence du droit

1. Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées*

Andrée LAJOIE**

| | |
|---|-----|
| I. LE DROIT, UN CONCEPT DÉPENDANT DE LA REPRÉSENTATION DE L'ÉTAT .. | 107 |
| A. Quelques définitions alternatives du droit | 109 |
| 1. La définition classique du droit | 109 |
| 2. Les définitions phénoménologiques du droit | 110 |
| a) <i>L'extension du droit aux normes inférentielles et implicites selon la théorie de Macdonald</i> | 110 |
| b) <i>L'extension du droit aux normes de sources institutionnelles non étatiques, selon les théories pluralistes de Belley et de Rocher</i> | 114 |
| B. Les conceptions sous-jacentes de l'État | 117 |
| C. Les finalités propres à chaque choix conceptuel | 120 |
| II. DEUX OPPOSITIONS PARALLÈLES: ÉTAT/SOCIÉTÉ CIVILE, PUBLIC/PRIVÉ | 122 |
| A. La société civile, un concept flou | 123 |
| 1. La vision théorique et historique: une polarité société civile/État | 123 |
| 2. La vision réaliste et contemporaine: une inter-pénétration société civile/État | 124 |
| B. Public/privé, la frontière idéologique par excellence | 125 |
| 1. Les frontières mouvantes de l'opposition public/privé | 126 |
| 2. Les effets juridiques et idéologiques de la symbiose public/privé | 129 |
| III. UN CHOIX PROVISOIRE POUR UNE DÉFINITION OUVERTE ET POLY- SÉMIQUE DU DROIT | 135 |

«Droit, le: on ne sait pas ce que c'est»

Gustave FLAUBERT

Dictionnaire des idées reçues

Qu'est-ce que le droit? C'est la question la plus escamotée qui soit dans notre univers juridique: les étudiants y consacrent quelques brèves réflexions durant les séances d'introduction qui les accueillent en faculté, les juges — ou du moins la plupart d'entre eux — commencent à admettre que le droit, c'est eux qui le font, et les juristes, au Québec où la théorie est rare, n'en ont pas fait leur sujet de prédilection.

Pourtant, ailleurs, la situation est différente et cette question primordiale a fait couler beaucoup d'encre aussi bien dans les juridictions civilistes d'Europe continentale que dans les pays de common law, de ce côté-ci et de l'autre de l'Atlantique. Pour n'en donner qu'un exemple, la revue *Droits*, qui n'a jamais si bien porté son nom pluriel, en proposait récemment pas moins de vingt-huit définitions... dont on nous promet fort heureusement une tentative de typologie dans un prochain numéro¹.

Ici même d'ailleurs, la situation évolue, par le fait justement d'un *jurisprudent* issu de la tradition de common law que le hasard a amené à publier en français² et surtout de quelques sociologues du droit³. C'est donc de l'extérieur, à partir de sciences connexes comme la philosophie et la sociologie du droit que la définition juridique traditionnelle du droit est remise en cause. Car affirmer que la définition du droit n'a pas fait couler beaucoup d'encre juridique au Québec jusqu'ici, ce n'est pas en nier l'existence pour autant. Au contraire, c'est souligner l'unanimité implicite de notre communauté juridique sur au moins un élément de cette définition, à savoir: les sources du droit.

Pour le reste, en effet, des définitions idéologiquement opposées du droit ont eu cours ici comme ailleurs. Les unes, visant à cerner la spécificité matérielle du droit, le posent comme un ensemble de règles assorties d'un impératif catégorique, sans chercher à expliquer leur provenance. Les autres, qui tentent plutôt une explication causale qu'une définition matérielle, y voient le résultat, momentanément figé et toujours relatif, d'un rapport de forces, lui-même en évolution constante. Mais au-delà de ces différences d'approche — qui ne débouchent d'ailleurs pas nécessairement sur des définitions inconciliables, puisque l'on peut fort bien imaginer qu'un ensemble de règles assorties d'un impératif catégorique soit l'instantané d'un

1. (1989) 10 *Droits*.

2. Roderick A. MACDONALD, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», (1986) 18(1) *Sociologie et sociétés* 47 et «L'intervention réglementaire par la réglementation», dans Andrée LAJOIE et Ivan BERNIER, *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Études de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, n° 48, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 89.

3. Jean-Guy BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) 18(1) *Sociologie et sociétés* 11 et Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91.

rapport de forces en évolution constante — un accord implicite sur l'identité des sources du droit traversait la communauté juridique.

Jusqu'ici en effet, même s'ils n'étaient pas unanimes sur les conditions de légitimité du droit et sur le caractère idéologique ou non de l'impératif catégorique qu'il matérialise, les auteurs québécois ne divergeaient pas expressément sur ses sources ni sur leur hiérarchie. On tenait en effet pour acquis que le droit, qu'il soit le résultat d'un rapport de forces ou perçu comme l'expression objective de la voix du peuple, découlait successivement de la Constitution, des lois du Parlement et des législatures et des règlements dont elles autorisent l'adoption, des décisions des tribunaux et des coutumes dont ces derniers reconnaissent expressément l'existence. De toute manière, la source globale était tenue pour étatique et le monopole de l'État sur le droit vu comme tautologique.

C'est ce postulat que Belley, Rocher et, jusqu'à un certain point, Macdonald aussi, contestent. Pour eux, ce droit étatique, qui constitue le tout des juristes, n'est le produit que d'une catégorie d'un ensemble plus large qui englobe d'autres ordres juridiques, que les deux premiers et peut-être même le dernier voient comme indépendants de l'État. Ce que les juristes désignent comme des normes sociales, ou tout au plus comme du para-droit, de l'infra-droit, eux en font du véritable droit.

La question posée est celle de savoir si le monopole étatique qui caractérise dans les faits le droit contemporain fait obligatoirement partie de sa définition.

C'est une question qu'un juriste dont la carrière ne se déploie pas principalement dans le domaine de la théorie du droit peut, en principe, se permettre de contourner. J'aurais aimé que ce fût mon cas. Mais, engagée dans deux recherches parallèles portant respectivement d'une part sur le processus d'émergence des droits sociaux et leur impact sur les formes de notre droit interne et constitutionnel et, d'autre part, sur la production des normes régissant la technologie, il me faut déterminer aussi bien le moment où les demandes sociales deviennent des droits sociaux en pénétrant l'univers du droit « proprement dit » que celui où les diverses formes d'auto-régulation technologique acquièrent un caractère « véritablement » juridique. Cette double démarche s'inscrit obligatoirement dans le cadre d'une analyse plus globale de l'émergence des normes. Dès lors le choix d'une frontière au-delà de laquelle on est en terrain juridique, et donc d'une définition du droit qui s'avère fonctionnelle par rapport à ces objets de recherche, s'impose et oblige à prendre position par rapport au débat très actuel que je viens d'évoquer.

Pour permettre ce choix, il importe à mon avis d'éclairer d'abord les liens, pas toujours explicités, qui rattachent, pour chaque auteur, leurs définitions respectives du droit à leur conception de l'État. Dans ce premier texte⁴, je tenterai donc d'explorer d'abord les interrelations, posées en hypothèses, entre diverses conceptions du droit et celles de l'État qu'entretiennent leurs auteurs. Il s'agit de la première

4. Deux autres sont prévus, portant sur les conséquences de ce choix théorique sur l'émergence respective des droits sociaux et des normes régissant la technologie.

étape d'une analyse discursive qui mènera ensuite à examiner les concepts opposés d'État/société civile et public/privé avant d'opter pour une position théorique adéquate pour la suite de ma démarche.

I. LE DROIT, UN CONCEPT DÉPENDANT DE LA REPRÉSENTATION DE L'ÉTAT

En abordant les questions posées, au moins implicitement, par les différentes définitions du droit, on comprendra que c'est à différents concepts de droit que je m'adresse, et aux constellations idéologiques où ils s'inscrivent, et qu'il ne s'agit pas de cerner dans une perspective essentialiste, « la vraie nature » du droit, posé ici comme un construit et non comme un donné ontologique. Je m'intéresserai donc plus particulièrement à deux aspects de ces définitions, savoir les concepts d'État auxquels elles renvoient, et leur utilité analytique spécifique.

Posons d'entrée de jeu que, quelle que soit l'extension finalement attribuée au terme sous étude dans le contexte de la recherche qui a suscité cette réflexion, c'est de *droit* qu'il s'agira et non seulement de *loi*. Cela paraît découler tout naturellement de mon propos et, si je le souligne, c'est pour écarter au départ un sens tout à fait légitime du mot *loi*, mais qui a parfois été attribué, erronément à mon avis, au mot *droit*. Le mot *loi* peut en effet signifier un commandement normatif et, dans cette acception, il désigne une réalité qui fait partie du droit. Il peut cependant tout aussi bien désigner la description scientifique de régularités observées dans des phénomènes sous étude.

On pourrait dès lors croire que c'est à la faveur de cette homonymie⁵ que se serait produit un glissement de sens selon lequel le droit serait pour certains la science des facteurs qui expliquent la régularité des comportements, l'explication du fondement psycho-social de la norme, des causes de son respect. C'est, notamment, une impression qui m'a semblé se dégager des travaux de Macdonald⁶, bien que son auteur la récuse⁷. Par ailleurs, selon De Sousa Santos⁸, « *the idea that law as normative is somehow law as scientific* » remonte à la

5. Homonymie particulièrement perceptible en anglais où non seulement la loi scientifique et la loi juridique mais tout le droit lui-même sont désignés par le mot *law*.

6. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 2.

7. À la lecture du manuscrit de ce texte que je lui avais soumis, Macdonald s'est étonné de cette interprétation et soutient qu'il croit le contraire, à savoir que seul le droit statutaire dans sa relation à sa source institutionnelle serait scientifiquement analysable: pour le reste la fonction symbolique du droit empêcherait de lui attribuer un caractère scientifique. Il a d'ailleurs écrit: « Le droit, comme l'État, est beaucoup plus qu'un système de règles et de charges. C'est un symbole; c'est un accomplissement qui reflète les aspirations de la société d'où il est issu [...] le droit (l'ordre juridique) ne constitue qu'un des moyens de légitimer l'État politique. » (R.A. MACDONALD, « L'intervention réglementaire par la réglementation », *loc. cit.*, note 2, 166).

8. Boaventura DE SOUSA SANTOS, « On Modes of Production of Law and Social Power », (1985) 13 *International Journal of the Sociology of Law* 299.

philosophie occidentale du XVIII^e siècle⁹, et on en trouverait des traces chez Locke, Montesquieu, Saint-Simon, Bentham, Comte et Durkheim. Dans ces circonstances, peut-être au contraire faut-il penser que les langues qui, comme l'anglais, désignent *droit* et *loi* par le même mot, véhiculent une culture juridique et une idéologie où sont postulés le caractère scientifique des lois normatives et la nécessité de « fonder scientifiquement » leur légitimité?

Écarter ce second sens du mot *loi* comme appartenant aussi au mot *droit*, est donc choisir de ne pas adhérer au postulat qui vient d'être explicité, et est un choix volontaire de ma part. Il repose à la fois sur un argument et sur un objectif.

L'argument me paraît simple et se place au coeur de l'analyse linguistique Wittgenstein¹⁰ telle qu'appliquée au sens que le langage commun attribue respectivement à la science et à la morale. Si l'on définit la science comme une marche intellectuelle visant à décrire et expliquer la réalité par un discours sur l'être, l'identité et, à la limite, la causalité si l'on soutient qu'elle est répétitive, il faut admettre que cette sorte de raisonnement ne peut fonder aucun principe prescriptif concernant l'agir. Un ordre, une norme, comme en énoncent la morale et le droit, résultent de choix qui peuvent être fondés sur des motifs mais non sur des raisonnements déductifs; ils sont *bons* ou *mauvais* et peuvent, là, être justifiés ou non, mais ils ne seront jamais *vrais*, ni *faux* et, par conséquent, restent toujours insusceptibles de démonstration scientifique. *Exit*, même coup, le fondement naturaliste du droit.

L'objectif est celui de ma recherche. Il s'agit ici de déterminer où l'on peut conceptuellement faire commencer et finir l'univers du droit pour rendre intelligible l'impact de l'émergence des droits sociaux sur les formes du droit si bien que la cristallisation de l'auto-régulation technologique en normes juridiques. Dans cette perspective, qui n'est pas celle de la psychologie sociale, les facteurs sociaux susceptibles d'expliquer à quelles règles adhèrent les individus dans leur comportement social ne sont pas pertinents.

Cette première ambiguïté levée, c'est donc spécifiquement sur le droit tant que système normatif et produit social que je m'interrogerai à travers une analyse des définitions impliquées, surtout ici, dans le débat en cours.

Par contraste, en Orient, du moins en Chine, selon Joseph NEEDHAM (*Science and Civilisation in China*, Cambridge, Cambridge University Press, 1954), la superposition entre les « lois de la nature » applicables au monde physique et le *droit naturel*, dont la vocation serait de régir le comportement humain, ne se serait jamais complètement réalisée, ou du moins pas tout à fait de la même manière qu'en Occident. La pensée juridique traditionnelle chinoise a toujours en effet privilégié une conception du droit fort différente de celle qui a mené en Occident à cette confusion. Sauf pendant la période légaliste qui a caractérisé le passage de la féodalité à la bureaucratie, la part très réduite du droit positif (*fa*) dans une société dominée par l'application paternaliste de la morale et de l'éthique dérivées du confucianisme (*li*), en révélant le caractère consensuel des règles, empêchait en effet de les voir en même temps comme découlant de la « nature ». Colin A. RONAN, *The Shorter Science and Civilisation in China*, London, Melbourne, New York, Cambridge University Press, 1978. Voir : *infra*, p. 129.

Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, (traduction anglaise de *Philosophische Untersuchungen*, par G.E.M. Anscombe) 3^e éd., New York, Macmillan, 1968.

A. Quelques définitions alternatives du droit

1. La définition classique du droit

Traditionnellement, le droit a été défini par les juristes, surtout positivistes, de Montesquieu à Hart, en passant obligatoirement par Kelsen¹¹, comme l'ensemble des normes générales ou des règles de conduite édictées par une autorité étatique et sanctionnées par une contrainte de type public.

Suivant les tendances et les cultures juridiques où elles prennent naissance, on a surtout insisté sur l'un ou l'autre des éléments de cette définition, soit le caractère général de la norme dans les pays de droit écrit, ou la sanction judiciaire dans les pays de common law. Mais le schéma qui relie cette conception du droit à l'autorité publique qui l'énonce passe obligatoirement par la médiation de l'État, de l'État comme le définissent les juristes positivistes¹².

Dans cette perspective restreinte aux États contemporains et démocratiques, mais compatible aussi bien avec l'État providence qu'avec son prédécesseur libéral, la société délègue à l'État qu'elle institutionnalise en son sein le monopole d'adoption des règles générales et de la contrainte unilatérale. Le produit de cette activité étatique, quels que soient les moyens institutionnels, directs ou délégataires, choisis pour la matérialiser, c'est le droit. Les règles qui sont émises par d'autres institutions sociales qui ne tirent pas leur autorité de l'État constituent alors des normes sociales et non du droit proprement dit.

C'est donc le caractère universellement obligatoire, à l'intérieur d'une société donnée, de règles que l'État peut imposer unilatéralement en tant qu'organe désigné comme légitime à cette fin par les membres de cette société, qui spécifie le droit dans cette optique.

Ce caractère spécifiquement obligatoire des règles étatiques est conforté à la fois par la définition de l'État, dominante dans la communauté juridique, et par l'aboutissement actuel de l'évolution géo-politique mondiale.

Le droit international traditionnel¹³ définit en effet la souveraineté comme la plénitude des compétences sur un territoire déterminé, «la concentration de

11. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier, 1961; Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, (traduction française par Charles Eisenmann de la seconde édition de la «Reine Rechtslehre»), Paris, Dalloz, 1962.

12. Une variante contemporaine de cette approche se retrouve dans les définitions stipulatives du droit qui, tout en conservant les mêmes éléments, remplacent l'État par un descriptif plus large, soit l'autorité sociale désignée comme légitimement investie du pouvoir normatif. Voir notamment: André Jean ARNAUD, Jacques CHEVALLIER, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, Michel TROPER (et quelques autres) (1989) 10 *Droits* 11, 19, 53 et 101.

13. Pour un exposé critique de la doctrine classique sur ce sujet, voir: Georges SCELLE, *Droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1944, p. 63 et suiv.

ute l'autorité sociale»¹⁴. Des politologues ont exprimé cette caractéristique qui rend l'efficace du droit adopté par l'État en soulignant que l'État est la seule institution d'inclusion obligée¹⁵. Sur un territoire donné, en effet, l'appartenance à l'État n'est pas laissée au choix des individus et l'obéissance à ses ordres normatifs est assortie d'une contrainte qui repose à la fois sur la légitimité et sur le monopole de la force ultime.

Si l'on ajoute à cela l'impossibilité, à l'époque contemporaine, d'émigrer sur terre hors d'un territoire étatisé, compte tenu qu'au terme de l'évolution géo-politique des siècles précédents, l'ensemble des États souverains épuise les territoires habitables de la planète, on constatera que les règles qu'un État peut imposer unilatéralement revêtent — dans leur intentionnalité et leur finalité — comme dans la réalité concrète — un caractère spécifiquement contraignant qui ne comportent pas les autres normes sociales auxquelles on peut échapper en démissionnant des institutions qui les émettent.

Avec le temps, cependant, cette définition du droit et les postulats qui la sous-tendent sont apparus trop étroits à certains auteurs pour servir leurs fins analytiques, de sorte qu'une remise en question devenait inévitable.

Les définitions phénoménologiques du droit

Bien que ces remises en question, telles que formulées dans notre communauté juridique, émanent surtout de sociologues du droit, la première pierre a été lancée par un juriste oeuvrant dans le champ théorique voisin de la philosophie du droit que constitue, dans la tradition de common law, la jurisprudence.

a) *L'extension du droit aux normes inférentielles et implicites, selon la théorie de Macdonald*

C'est en étudiant les tenants et aboutissants de la prolifération réglementaire dans le cadre des travaux de la *Commission sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* que Rod Macdonald, confronté aux effets occultés de la réglementation et gêné dans son analyse de ce phénomène par l'étroitesse de la définition classique du droit en général et des instruments

Gérard BERGERON, *Petit traité de l'État*, Paris, P.U.F., 1990, p. 125. Conscient cependant du rôle qu'a joué ce concept pour justifier les formes de gouvernement, contemporaines de son apparition, il écrit aussi: «Mais en définitive sans le soutien conformiste des citoyens à l'État, la souveraineté est-elle autre chose qu'un ballon gonflé à l'hélium idéologique?», p. 106.

Gérard BERGERON, *La gouverne politique*, Paris, La Haye, Québec, Mouton, Presses de l'Université Laval, 1977, p. 25 et suiv.

réglementaires en particulier, a posé les jalons d'une théorie¹⁶ qu'il n'allait expliciter formellement que deux ans plus tard¹⁷.

Frappé par le fait que toutes les interventions étatiques — même les interventions négatives comme l'abstention et la dérégulation — ont des effets économiques, et convaincu qu'une politique de laisser-faire équivaut à déléguer aux intervenants économiques privés le pouvoir régulateur de l'État, Macdonald propose une définition très élargie du droit. Elle englobera aussi bien des actes de puissance publique jusque là qualifiés pareillement par les juristes et les politologues de décisions politiques ou d'actes administratifs, que les abstentions et les retraits caractéristiques de l'État néo-libéral, comme en témoignent les passages suivants de son texte :

[...] une fois que l'on comprend que la régulation est toute activité de l'État qui touche le comportement économique des citoyens [...]

Les lois du marché libre constituent un choix de réglementation particulier qui découle d'initiatives très complexes de l'État conçues pour établir et appliquer des droits de propriété ainsi que pour faciliter leur reconnaissance et leur échange.

[...] du fait que les marchés ne sont pas un phénomène naturel, la déréglementation est, essentiellement, une forme nouvelle de réglementation où le délégataire du pouvoir réglementaire, (le détenteur des droits de propriété publiquement créés et protégés) n'est pas assujéti aux restrictions de l'application régulière de la loi sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire délégué.

[...] le choix d'une politique ne se fait pas entre les lois du marché libre, d'un côté, et le marché réglementé, de l'autre. Il s'agit, au contraire, de choisir entre diverses stratégies de réglementation économique où la liberté du marché ne constitue que l'une des options réglementaires.¹⁸

Ce texte, où une définition très élargie du droit réfère à une conception potentiellement très englobante de l'action gouvernementale et, par inférence, de l'État, amorçait une réflexion dont l'auteur livrait la suite deux ans plus tard à l'occasion d'un numéro spécial de la revue *Sociologie et société* sur «Droit et pouvoir»¹⁹. Dans ce texte, dont il serait très exagéré de dire qu'il clarifie le premier, l'auteur propose une nouvelle typologie des normes juridiques et réitère son plaidoyer pour la reconnaissance d'une normativité juridique *implicite* et *inférentielle*.

16. R.A. MACDONALD, «L'intervention réglementaire par la réglementation», *loc. cit.*, note 2.

17. R.A. MACDONALD, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», *loc. cit.*, note 2.

18. R.A. MACDONALD, «L'intervention réglementaire par la réglementation», *loc. cit.*, note 2, 165 et 166.

19. R.A. MACDONALD, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», *loc. cit.*, note 2.

Cette typologie présente quatre catégories dont les trois premières visent des éléments inclus dans la définition traditionnelle du droit: les normes formulées et explicites (la loi); les normes formulées et implicites (coutume et usage); les normes inférentielles et explicites (décisions judiciaires). Il y ajoute :

La quatrième catégorie, inférentielle implicite, révèle un type additionnel et distinct de norme juridique. Cette catégorie comprendrait des éléments tels que les concepts de bonnes moeurs, d'ordre public, d'intérêt général, etc., ainsi que des principes généraux implicites du droit, et les présupposés tacites qui servent d'assises aux communautés et aux sous-groupes sociaux.²⁰

Cette dernière catégorie comprend donc deux éléments: les principes et concepts flous du droit et le produit de l'auto-régulation.

Le premier élément, constitué des concepts flous du droit commun: bonne moeurs, intérêt public, etc. et des principes généraux du droit, fait déjà en un certain sens partie de la définition classique du droit, dans la mesure en tout cas où il constitue l'une des sources où vont puiser les juges pour régler les litiges dont ils sont saisis. Mais ce que propose Macdonald va plus loin: il fait de véritables éléments de droit de ces principes et de ces concepts flous *en tant que tels* et avant même qu'ils n'aient été explicités par le pouvoir judiciaire qui les applique ou en précise le sens.

Le second élément regroupe «les présupposés tacites qui servent d'assises aux communautés et aux sous-groupes sociaux». C'est par là que Macdonald rejoint sa propre réflexion antérieure sur la déréglementation et la non-réglementation, ces politiques abstentionnistes de l'État dont il affirmait déjà dans son texte précédent qu'elles constituent néanmoins du droit. Par ailleurs, ce qu'il semble dire ici, c'est que les règles fondées sur des «présupposés tacites qui servent d'assises aux communautés et aux sous-groupes» qui tiennent en quelque sorte la place des règles étatiques qu'une réserve volontaire ou inconsciente a empêché le législateur d'adopter, constituent elles-mêmes des règles de droit, en tant qu'autorisées par le silence du législateur. Par ailleurs, pour Macdonald, non seulement ces règles constituent-elles «aussi» du droit, elles sont «d'abord» le droit, la première de ses matières premières.

En reliant cet élément — non seulement constitutif mais, pour Macdonald, primordial — du droit à la problématique qui sous-tend son premier article sur l'intervention réglementaire, on pourrait être tenté de lui attribuer une conception très englobante de l'État, où l'exercice de tout pouvoir dans la société — ou en tout cas de tout pouvoir économique — serait issu d'une délégation étatique expresse ou même implicite, par passivité ou retrait inconscient ou volontaire de la réglementation formulée et explicite. Il s'agirait d'ailleurs d'une conception de l'État parfaitement compatible avec celle des internationalistes et des constitutionnalistes classiques et qu'explicitent d'ailleurs

²⁰. *Id.*, 53.

certains publicistes de tendance critique²¹ : l'existence de la plénitude des compétences sur un territoire donné n'exige pas leur exercice concret et peut s'entendre comme une potentialité. Dans ce schéma, l'auto-réglementation, même tacite, des communautés et des sous-groupes deviendrait le produit d'une délégation implicite (par retrait législatif volontaire ou retenue législative) elle-même tacite, de l'État vers les communautés, du pouvoir normatif dont elles l'avaient d'abord investi.

Pour rendre justice à Macdonald, il faut cependant admettre que lui-même n'a fait qu'une référence, d'ailleurs presque tangentielle, à sa conception de l'État²² et que sa théorie reste compatible avec un concept moins extensif où l'État intervient en déréglementant ou par abstention, sans que pour autant les créateurs des règles ainsi autorisées ne deviennent eux-mêmes partie intégrante de l'État. Seuls ses travaux ultérieurs pourront élucider cette question. Mais, compte tenu du rôle *primordial* qu'il attribue aux présupposés tacites qui servent d'assises aux communautés et aux sous-groupes et forment pour lui la base d'une délégation à l'État dont les lois apparaissent dès lors comme une simple explicitation, il faut sans doute comprendre que pour lui l'État peut avoir une extension variable. Il peut être investi par l'ensemble des communautés et des sous-groupes d'une société d'un mandat général d'expliciter les présupposés tacites qu'ils élaborent ou bien ne jouir que d'une délégation partielle à cet égard si ces groupes ont parallèlement confié à d'autres institutions sociales la tâche d'énoncer ces règles. Dans ce dernier cas, l'État entre en compétition avec ces autres institutions dans la production du droit²³.

Quoi qu'il en soit de sa conception de l'État il faut, même dans une analyse aussi sommaire mais, je l'espère, pas trop schématique, de la très riche et foisonnante pensée de Macdonald, en souligner une importante caractéristique qui distingue sa conception des approches phénoménologiques que j'aborde ensuite. Le droit de Macdonald n'est pas nécessairement le produit d'une institution concrète : toute sa démarche vise au contraire à inclure dans le droit des règles qu'on pourrait imaginer comme les contraintes de l'État une conscience collective inexprimée : « Finalement, en tenant compte de l'opinion de sa communauté, on a recours à un mécanisme d'institutionnalisation inférentiel et implicite »²⁴.

Au fond, ce que Macdonald semble chercher à déterminer ce sont les règles que suivent effectivement les individus et les groupes, celles qui gouver-

21. Allan C. HUTCHINSON et Andrew PETER, « Private Rights Public Wrongs : the Liberal Lie of the Charter », (1988) 38 *U. of T.L.J.* 278.

22. *Supra*, note 7.

23. Roderick A. MACDONALD, Communication personnelle, 1989. Il estime que l'on peut démontrer qu'il est impossible d'établir une distinction valable entre l'État et le « non-État », qui lui paraît à la fois universel et absent puisqu'il ne constitue en fait que l'une des voies possibles pour la symbolisation d'un ordre normatif. Malheureusement, il ne semble pas avoir tiré toutes les conséquences de cette « absence » possible de l'État pour la définition du droit. Voir à ce sujet la conception de Gérard Timsit, *infra*, p. 137.

24. R.A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », *loc. cit.*, note 2, 57.

nent concrètement la vie sociale, et il affirme ne les repérer qu'à une seule source, celle que constitue le sens donné aux principes généraux et aux concepts flous et les « présupposés tacites » collectifs.

*Une normativité implicite et inférentielle est inhérente à toutes les communautés; le processus de prise de décision juridique consiste en réalité à retrouver et reconnaître, au-delà de la manière formelle de résoudre des différends, le jeu de normes implicites et inférentielles. Pour cette raison, seules les normes implicites et inférentielles sont réellement normatives.*²⁵

Il se peut bien qu'il ait raison mais, si tel est le cas, il me semble que sa découverte relève moins de la sociologie du droit ou de la philosophie du droit que de la psychologie sociale. En écartant les règles qui devraient être suivies pour s'attacher à celles qui le sont, il est amené à s'intéresser aux facteurs explicatifs du comportement social des groupes, c'est-à-dire davantage à la *loi scientifique* du comportement social, qu'au fondement du caractère obligatoire de la *loi juridique*. S'agirait-il d'une variante du glissement sémantique entre droit et loi scientifique de la nature de celui auquel j'ai fait allusion au début de ce texte? Ce qui semble probable, à tout le moins, c'est qu'une telle démarche menée à terme pose tout ce droit là et donc, dans cette perspective, tout le droit, comme nécessairement valide.

En effet, si le droit se résume au repérage et à la matérialisation des présupposés tacites qui expliquent le comportement social, son énoncé ne peut être que conforme à ces présupposés et aux facteurs qui influencent réellement le comportement social. Rien ne nous permettra jamais de connaître d'autres présupposés auxquels il pourrait n'être pas conforme car, pour Macdonald, le droit ne doit pas être recherché à sa source, au moment où son auteur prescrit la norme, ni même dans la simple adhésion de ses destinataires, mais dans leur comportement. Certes, pour être reconnue comme juridique par Macdonald, une norme doit avoir fait l'objet de l'adhésion de ceux qu'elle vise à contraindre, mais comme cette adhésion aux règles se reconnaît dans la pratique sociale au fait qu'elles sont suivies et respectées, il ne pourra jamais affirmer d'une règle ainsi repérée *post factum*, (et qui, par définition, n'est repérable que *post factum*) qu'elle était au départ obligatoire parce que valide ou, au contraire, n'avait pas d'effet contraignant parce qu'elle était invalide. Ce genre de question, dès lors non pertinente, est évacuée et, en même temps, c'est une part importante des fondements de la critique du droit qui disparaît, un résultat dont je serais étonnée que MacDonald l'ait visé au départ...

b) *L'extension du droit aux normes de sources institutionnelles non étatiques, selon les théories pluralistes de Belley et de Rocher*

Si Macdonald fait un reproche à l'État, que je partage entièrement d'ailleurs, c'est celui de sa passivité, de son retrait, au nom du néo-libéralisme, d'un

25. *Id.*, 58.

champ qui est le sien et qu'il abandonne à la réglementation camouflée des intervenants économiques.

On ne peut pas dire que ce soit là le reproche dominant adressé à l'État dans la société contemporaine. C'est plutôt de ce que l'on considère comme son envahissement que se plaignent la droite comme ceux que l'on désigne comme la seconde gauche. À droite, le néo-libéralisme invoque la « loi naturelle du marché » pour réclamer le laisser-faire et la déréglementation²⁶. Une certaine gauche post-marxiste, éprise de démocratie directe et participationnelle, réclame elle aussi, au nom de la solidarité sociale et de la légitimité de la société civile, le recul de l'État et propose d'autres formes de contribution de sa part dans les domaines où elle continue de favoriser son intervention. C'est sur cet arrière-plan, où convergent ces tendances pourtant opposées et auquel je reviendrai plus loin, qu'il faut je crois inscrire la vogue, récente ici, des théories pluralistes et institutionnalistes du droit.

Dans ce même numéro de *Sociologie et sociétés* où paraissait le second article de Macdonald, Jean-Guy Belley publiait une analyse historique et sociologique du pluralisme juridique²⁷.

Il y replace le pluralisme dans le cadre de sa propre émergence — qui s'inscrit dans l'histoire de la sociologie du droit — et s'intéresse tout particulièrement aux deux questions qui me préoccupent également ici, savoir le concept d'État auquel renvoient les différents pluralismes et leurs finalités analytiques respectives.

Dans la période qui va du début du siècle à celui de la Deuxième Guerre mondiale, il distingue deux conceptions du pluralisme. La première, radicale, chez Gurvitch²⁸, remet en cause la définition positiviste du droit au nom d'un choix pour une forme pluraliste et décentralisée de la démocratie elle-même. La seconde, plus modérée, prônée par Max Weber²⁹, s'appuie au contraire sur la définition positiviste du droit, se bornant à constater l'existence de pouvoirs sociaux distincts de l'État et disposant d'un appareil de coercition souvent plus efficace que le sien.

Après la guerre, c'est le relais de Weber que prendront les juristes sociologues de l'école française, qui voient dans le pluralisme juridique du droit folklorique ou de l'infra-droit (Carbonnier³⁰) ou encore un courant parallèle alimentant le droit étatique (Arnaud³¹). À contre-pied de ce pluralisme intra-éta-

26. Voir, en particulier, pour l'analyse du droit dans cette optique: Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté — l'ordre politique d'un peuple libre*, t. 3, Paris, P.U.F., 1979, pp. 104 et 105.

27. J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique », *loc. cit.*, note 3.

28. Georges GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.

29. Max RHEINSTEIN, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.

30. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978.

31. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique — où va la Sociologie du droit?*, Paris, L.G.D.J., 1981.

que, ceux qui ont abordé le droit à partir d'approches externes à cette discipline, mis à part les criminologues, se seraient inspirés d'un pluralisme plus proche de la conception de Gurvitch et relié à l'analyse du pouvoir lui-même central et décentralisé. On ne s'étonnera pas de constater que ce choix ait été tout entier celui des anthropologues et des sociologues des organisations, dont l'objet d'étude se présente en effet comme un pouvoir morcelé dans la réalité sociale ou isolé à des fins analytiques par la démarche intellectuelle.

C'est dans cette tendance que s'inscrit Belley, lorsqu'il pose que le droit englobe toute régulation politique et rationnelle de l'action sociale, tout en mettant la centralisation contemporaine du pouvoir normatif dans les mains de l'État. Il s'en distingue partiellement, cependant, rejoignant en cela les institutionnalistes, en excluant de sa conception du droit toute régulation sociale que les acteurs sociaux exercent entre eux de façon autonome et toute régulation fondée sur un pouvoir diffus exercé par une collectivité sur ses membres sans intervention directe ou distincte des détenteurs de pouvoirs³². On le constate, sa conception du droit s'oppose assez radicalement à celle de Macneil qui voulait au contraire y inclure une nouvelle catégorie de normes regroupant des principes imprécis et des présupposés tacites, fondés justement sur un pouvoir social diffus.

Par ailleurs, et bien qu'elle repose sur le postulat de l'existence de foyers normatifs institutionnels distincts de l'État, la théorie de Belley — qui pourtant identifie les formes d'État auxquelles renvoient plusieurs des conceptions plurielles du droit qu'il analyse — ne permet pas de cerner les limites de l'État tel qu'il le conçoit lui-même. On n'arrive pas à repérer quelles institutions jouissent sur lui d'une délégation étatique et lesquelles tirent directement leur pouvoir de la société.

Par ailleurs ce postulat formellement institutionnaliste, qui l'éloigne de Macneil, le rapproche par là même de Rocher.

C'est en effet la notion d'ordre juridique qui est au centre de la définition de Rocher³³. Dérivé de la pensée de Max Weber³⁴, ce concept développé par Santi Romano³⁵ et, plus tard, par Jacques Chevallier³⁶, fait ici l'objet d'une définition en cinq éléments : un ensemble de règles, socialement contraignantes, élaborées, interprétées et appliquées par des agents ou appareilsibles et spécialisés dans l'une ou plus de ces trois fonctions.

J.-G. BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique», *loc. cit.*, note 3, 27.

G. ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», *loc. cit.*, note 3.

Max WEBER, *Économie et société*, (traduction française par J. Freund et al., sous la direction de J. Chavy et É. de Dampierre) Paris, Plon, 1971, p. 321.

Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, (traduction française par Lucien François et Pierre Gothot) Paris, Dalloz, 1975, p. 174.

Jacques CHEVALLIER, «L'ordre juridique», dans Jacques Chevallier (dir.), *Le Droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, p. 7.

Les règles ainsi adoptées ont en commun leur caractère institutionnel et c'est à ce chapitre que la définition que Rocher donne du droit diverge à la fois de celle des juristes positivistes et de celle de Macdonald. Elle se distingue de la première en désignant comme partie intrinsèque du droit non seulement les règles non étatiques mais les institutions elles-mêmes qui produisent les règles, étatiques ou non. D'un autre point de vue, elle se différencie également de la seconde en ce qu'elle exclut, parce qu'elles ne sont pas énoncées par un appareil ou des agents spécialisés, les normes issues de la coutume et des usages.

Pour Rocher :

La singularité des règles que l'on peut appeler juridiques, c'est donc qu'elles sont dotées d'un pouvoir – qui n'est pas nécessairement ni plus grand ni moins grand que celui d'autres règles – qui leur vient de l'«appareil» qui légitime et actualise leur potentiel normatif. La puissance normative du discours juridique repose essentiellement dans son rapport à cet appareil qui le crée et le gère, plus particulièrement dans l'autorité reconnue à cet appareil à l'intérieur d'une unité sociale donnée.³⁷

À partir de ce cadre, il identifie un certain nombre d'ordres juridiques non étatiques : religieux, ludiques, marginaux, professionnels, financiers. Dans ce schéma, toute norme qui n'émane pas *directement* du législateur semble relever d'un ordre juridique non étatique, et les rapports entre ces deux types d'ordres juridiques constituent l'objet privilégié de la sociologie du droit.

Cependant, Rocher, pas plus que Belley d'ailleurs, ne définit expressément le type d'État auquel il pense quand il affirme que certaines règles juridiques, de même que l'ordre juridique auquel elles se rattachent, sont étatiques et d'autres pas. Mais, à partir des exemples qu'il donne, on peut cerner les contours flous d'une frontière qui met hors des structures étatiques aussi bien le jeu organisé, les communautés marginales ethniques, carcérales ou autres, que, selon Fuller qu'il cite avec approbation, les unions ouvrières, les associations professionnelles, les clubs, les églises, les universités³⁸.

C'est cette énumération qui m'a fait comprendre qu'il fallait d'abord voir le sens que revêt le concept d'État, sous-jacent à chacune des théories résumées ici, avant de conclure trop rapidement à des incompatibilités mutuelles peut-être plus apparentes que réelles. J'ai tenté jusqu'ici d'induire ces concepts respectifs de chacun des textes analysés : il reste à les comparer.

B. Les conceptions sous-jacentes de l'État

Le juriste normalement constitué dresse déjà l'oreille quand on lui parle de droit non étatique, habitué qu'il est de considérer l'expression « droit éta-

37. G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *loc. cit.*, note 3, 105.

38. Lon Luvois FULLER, *The Morality of Law*, édition révisée, New Heaven, Yale University Press, 1969, p. 125.

tique» comme un pléonasme tautologique. Quand, au surplus, l'expression «non étatique» est appliquée aux règles qui régissent ou qu'adoptent les syndicats et les corporations professionnelles, sans parler des universités (auxquelles l'auteur de ces lignes vient de consacrer un traité de droit pourtant «étatique»), il croit utile de rappeler au sociologue que le mécanisme de délégation du pouvoir réglementaire de l'État existe, et fonde le pouvoir normatif qu'exercent ces organismes.

Pour le sociologue³⁹, il s'agit là tout au plus d'un phénomène de récupération par l'État, à la faveur d'une évolution historique centralisatrice, de pouvoirs autrefois autonomes et dont il reste encore ici et là des îlots, tels les églises et les clubs de bridge. Pour lui, l'État n'est qu'un pouvoir parmi d'autres pouvoirs sociaux, un ensemble d'appareils parmi d'autres institutions sociales, un ordre juridique parmi d'autres, important et central, certes, mais certainement pas supérieur hiérarchiquement à ces autres ordres parallèles, sur lesquels son hégémonie est une question de fait historique, variable selon les époques et les conjonctures.

À l'opposé, le juriste classique, qui définit l'État comme l'expression de la souveraineté territoriale incluant la plénitude des compétences, le voit comme le délégué général et légitime de la société en matière d'adoption et de gestion des règles unilatéralement coercitives. Pour lui, l'État n'est pas seulement un pouvoir dont l'hégémonie présente résulte de fait d'une évolution historique centralisatrice : c'est, par définition, le pouvoir hiérarchique suprême et général désigné par la société comme légitime et doté par elle d'une force coercitive postulée ultime.

Poussée à la limite, cette perspective peut mener à voir l'exercice de tout pouvoir normatif dans la société comme découlant d'une délégation expresse ou tacite de l'État.

Expresse dans le cas des délégations explicites de pouvoir réglementaire dont jouissent, non seulement à l'égard de leurs membres mais des tiers, notamment les corporations professionnelles et les universités. Expresse aussi, mais dans un sens moins fort, dans le cas des autorisations explicites de poursuivre leurs objectifs et d'adopter des règles de régie interne visant leurs membres, dont jouissent les clubs de sport organisé et même les églises.

Tacite dans le cas des phénomènes d'auto-régulation conçus dans cette optique comme le résultat de délégations implicites de l'État. Si je l'ai bien compris et si je ne trahis pas sa pensée, Macdonald voit ainsi une délégation implicite⁴⁰ de pouvoir étatique aux intervenants privés chaque fois que l'État

39. Et quelques juristes, anciens universitaires et, sans doute à cause de cela, moins conscients de leurs contradictions lorsqu'ils parlent des universités, comme le juge Beetz qui, dans *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 594 écrit : «La Loi constitue une université et ne modifie pas la nature traditionnelle de cette institution, soit un groupement de professeurs et d'étudiants jouissant d'une autonomie interne appréciable».

40. À moins qu'il ne s'agisse au contraire d'une «retenue» dans la délégation antérieure de pouvoir que les collectivités concèdent à l'État : les deux versions semblent compatibles avec sa théorie.

s'abstient d'intervenir ou se retire d'un champ d'intervention pour laisser faire, c'est le cas de le dire, le marché ou un groupe d'intérêts privés. C'est certainement la conception qui se dégage de la pensée de Petter et Hutchinson⁴¹ et c'est autour de la frontière entre les abstentions de l'État qui constituent de telles sous-délégations et celles qui n'en sont pas, qu'est polarisé l'essentiel du débat portant sur le «*State action*» en droit constitutionnel américain⁴². Cette vision de l'État et de son pouvoir juridique peut paraître totalitaire. Elle peut au contraire permettre de cerner le totalitarisme des intérêts privés qui définissent le droit applicable à tous en l'absence de la majorité des intéressés et sans la publicité qu'implique l'adoption des règles de droit étatique⁴³.

On trouve au surplus une forme d'intervention étatique intermédiaire entre la délégation expresse et tacite : c'est celle que subissent les groupes dont on tolère qu'ils s'auto-régulent sous menace de réglementation étatique expresse, à défaut pour eux d'adopter une réglementation ou d'en adopter une qui soit conforme aux vœux d'organismes étatiques hiérarchiquement supérieurs. À titre d'exemple, de nombreuses industries sont dans cette situation à l'égard du Conseil canadien des normes, de même que les radios et télédiffuseurs à l'égard du CRTC, à certains égards du moins.

Vue sous cet angle, une grande partie des règles que les sociologues pluralistes qualifient de droit non étatique, non seulement existe pour les juristes, mais se range à leur avis dans la catégorie du droit étatique. Les deux disciplines ont, à propos de ces ensembles de règles, la même définition du droit : c'est leurs définitions de l'État qui divergent et leurs conceptions du pouvoir. On pourrait résumer grossièrement cette opposition en disant que les juristes classiques posent en principe que la société a investi l'État à titre exclusif du pouvoir d'émettre et de faire respecter les normes générales qu'il adopte unilatéralement et constatent que l'État s'acquitte parfois de cette fonction par le truchement de délégués, alors que les sociologues institutionnalistes, dont le concept d'État n'inclut pas ces délégués, estiment que la société a investi directement ces institutions du pouvoir d'émettre des normes, dont les différences qu'elles présentent, en regard de celles qu'ils tiennent pour étatiques, leur paraissent non pertinentes à une définition globale du droit.

Dans cette optique, il faut souligner que l'approche sociologique, dans la mesure où elle tient pour non étatiques les règles qui émanent d'organismes jouissant d'une délégation législative expresse de pouvoir réglementaire ou habi-

41. A.C. HUTCHINSON et A. PETTER, *loc. cit.*, note 21.

42. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola, New York, Foundation Press, 1988.

43. Les juristes de la Chine traditionnelle l'avaient bien compris, qui refusaient de codifier les coutumes du «*li*», parce qu'ils craignaient que l'avènement d'un droit écrit ne favorise l'émergence d'un esprit litigieux chez les gouvernés ou même une obstruction judiciaire de leur part : «*But when people know that there are laws regulating punishment, they have no respectful fear of authority. A litigious spirit awakes, invoking the letter of the law, and trusting that evil actions will not fall under its provisions. Government becomes impossible... Sir, I have heard it said that a state has most laws when it is about to perish.*» Lü Hsing, cité par C.A. Ronan, *op. cit.*, note 9.

lités par le législateur à exercer des pouvoirs de régie interne, renvoie — et ce serait logique — à une définition institutionnaliste, pour ne pas dire organiciste, de l'État, vu alors comme l'ensemble de ses seuls appareils les plus centraux et les plus typés.

Par contraste, la définition des juristes serait — est-ce possible? — plus phénoménologique et davantage axée sur une conception fonctionnaliste: c'est la fonction étatique, « l'action gouvernementale » que les tribunaux suprêmes tant américains⁴⁴ que canadiens⁴⁵ ont isolée empiriquement comme définissant l'État, quels que soient les organes, même para-publics ou privés, où elle s'exerce.

Restent alors quelques autres groupes de règles dont les sociologues institutionnalistes maintiennent qu'elles appartiennent au droit non étatique et que la plupart des juristes rangent non plus dans les normes juridiques mais dans les normes sociales, par exemple celles qu'adoptent les clubs de bridge non incorporés. Les divergences entre les sociologues pluralistes et les juristes critiques portent donc principalement sur cette dernière catégorie de normes, émises par des organismes auxquels les derniers concéderaient tout au plus une délégation tacite de pouvoir réglementaire, résultant de la retenue ou du retrait de l'État, et peut-être aussi sur celles qu'énoncent les règles, nulles aux yeux des juristes pour contrariété au droit en vigueur, comme les codes des détenus, ou parce qu'adoptées par des agents non autorisés à cet égard et agissant en excès ou défaut de juridiction.

Une fois cernées ces différences, il reste à voir comment on peut expliquer leur survenance. Car ce n'est pas seulement parce que leur définition de l'État et du pouvoir diffère que les sociologues et certains juristes radicaux divergent des positivistes dans leur définition du droit. On peut en effet constater que cela tient aussi au fait que ces définitions respectives visent des finalités différentes⁴⁶ auxquelles il convient de s'arrêter maintenant.

C. Les finalités propres à chaque choix conceptuel

Si la définition que les juristes positivistes donnent du droit est si clairement limitée aux règles repérables parce qu'é émises par des autorités identifiables, ce n'est pas uniquement à cause de la vision englobante et autoritaire de l'État qui est souvent la leur. C'est aussi parce que l'exercice de leur fonction sociale, liée à l'application des règles juridiques, est facilité par une conception du droit qui en simplifie la détermination. Pour le juge ou l'avocat, trouver la règle applicable à une situation donnée paraît déjà suffisamment ardu quand il

44. C.A. Ronan, *op. cit.*, note 9, p. 1703.

45. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 et plus encore *Slaight Communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1079 et suiv. (J. Lamer, majoritaire sur ce point).

46. Sur l'utilité d'orienter la définition du droit aux fins analytiques auxquelles on la destine, voir notamment: Michel TROPER, « Pour une définition stipulative du droit » et Jean-François PERRIN, « Définir le droit... selon une pluralité de perspectives », (1989) 10 *Droits*, respectivement, 101 et 63.

sait d'avance qui a le pouvoir de l'adopter et où la repérer, sans choisir une définition du droit qui oblige à mener, pour chaque procès, une enquête empirique sur les institutions non incorporées ou même spontanées et leurs pré-supposés tacites.

De là à énoncer cette condition technique favorable à leur travail professionnel comme un besoin, pour les justiciables, de stabilité et d'accessibilité aux règles de droit auxquelles ils sont soumis, il n'y a qu'un pas, d'autant plus vite franchi que les deux types de justifications sont à la fois respectivement vrais et compatibles. C'est d'ailleurs le propre de toute idéologie — et le positivisme n'y échappe pas — de représenter l'intérêt de ceux qui la véhiculent comme l'intérêt général, selon la formule bien connue : « ce qui est bon pour General Motors, est bon pour les U.S.A. ».

Il faut néanmoins constater que la définition positiviste du droit, braquée comme elle l'est sur les règles et leur source, a tendance à donner à croire que le droit naît spontanément au sein des autorités qui l'adoptent et à occulter le cheminement préalable que les normes parcourent dans diverses strates sociales avant d'emporter l'adhésion — expresse ou implicite — du législateur ou de ses délégués. Cette impression n'est pourtant pas nécessairement juste puisque les juristes, même les plus positivistes, connaissent bien le processus parlementaire et réglementaire et les pressions qu'y exercent divers groupes. À preuve : les recherches effectuées depuis longtemps déjà sur l'impact des groupes de pression et — dans une autre optique — des rapports sociaux sur le droit tel que défini par les positivistes.

Par contre les sociologues — intéressés à l'émergence des normes et dégagés des exigences que leur repérage efficace impose aux professionnels du droit — privilégient tout naturellement une définition du droit qui réfère explicitement à ses origines non étatiques. D'où l'accent mis sur les étapes antérieures ou parallèles à leur adoption par les organismes étatiques que franchissent les règles à travers diverses institutions sociales.

Cette justification analytique se superpose d'ailleurs, ici comme chez les juristes positivistes, à des intérêts professionnels que, comme juriste, l'auteur de ces lignes ne se serait pas permis de souligner. C'est cependant Belley lui-même qui a attiré mon attention sur certains passages de son texte faisant état de l'intérêt professionnel qu'ont les sociologues du droit à affirmer que les règles non étatiques qui font aussi l'objet de leur analyse constituent du droit, plaçant ainsi leur objet d'étude et leur activité professionnelle au même niveau disciplinaire que ceux des juristes :

Mais, l'idée d'un pluralisme juridique intraétatique contribue par ailleurs à définir l'identité professionnelle des juristes sociologues et à fonder la légitimité de leur apport à la connaissance du droit étatique. Empruntant à la sociologie cette propension à reconnaître une diversité que la rationalité juridique tend à réduire au nom de la cohérence logique, le juriste sociologue aura pour rôle spécifique de produire et de faire reconnaître

*ce pluralisme juridique intra étatique qui ne peut que s'accroître dans le contexte d'un État beaucoup plus interventionniste.*⁴⁷

et

*Le développement d'une préoccupation spécifique pour l'étude du droit chez les sociologues de la première moitié du siècle eût été d'autant plus surprenant qu'ils avaient un intérêt certain à se démarquer du groupe des juristes et du formalisme de la pensée juridique, quitte à exagérer le conservatisme des premiers et la rigidité de la seconde, pour s'imposer eux-mêmes comme spécialistes du changement social et témoins experts privilégiés d'une dynamique de société dominée par des processus morphologiques (industrialisation, urbanisation...), qui rendaient de plus en plus artificiel l'encadrement normatif traditionnel au sein duquel le droit tenait une bonne place.*⁴⁸

On peut donc constater que cette revendication des sociologues du droit pour un droit non étatique est liée au statut et aux finalités analytiques de leur discipline. Elle rencontre au surplus la faveur de ceux qui, à droite comme à gauche, estiment qu'une définition du droit étatique qui laisse une si mince plage pour l'univers juridique non étatique est trop envahissante pour la « société civile », cette oasis du privé qui occupe dans leur champ un espace symbolique proche de la place que tiennent respectivement la propriété privée dans l'imaginaire des juristes libéraux traditionnels et les libertés individuelles dans celui de leurs successeurs contemporains. Il est temps d'explorer ce concept de société civile, dont les contours varient selon les représentations d'État qu'on lui oppose, et ses rapports avec la frontière qui départage le public du privé.

II. Deux oppositions parallèles : État/société civile, public/privé

On ne pourra saisir, en effet, l'ensemble des éléments des constellations idéologiques dans lesquelles s'inscrivent les définitions reliées du droit et de l'État que je viens d'analyser qu'en examinant les diverses conceptions de société civile auxquelles renvoient, par soustraction automatique, ces notions d'État. À son tour, cette dychotomie évoque celle que les juristes ont traditionnellement tenté d'établir, avec un succès variable, entre le public et le privé.

Avant de vérifier jusqu'à quel point ces deux oppositions se rejoignent ou, au contraire, peuvent être décalées, il faut s'arrêter au concept flou de société civile.

47. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 3, 20.

48. *Id.*, 22.

A. La société civile, un concept flou

Pour autant qu'on puisse la cerner, la société civile représente pour les uns cet espace infranchissable légitimement par l'État et dans lequel les forces du marché doivent pouvoir se développer sans contrainte et, pour les autres, cette oasis de solidarité sociale où des pouvoirs autonomes et participatifs favorisent une démocratie non subordonnée à l'État.

L'aire de cet espace protégé de l'État varie selon les époques, les cultures et les idéologies.

Pour les uns, les rapports entre l'État et la société civile se lisent comme une opposition polarisée; pour les autres, comme une compénétration indissociable que l'on peut, à la limite, qualifier de confusion.

1. La vision théorique et historique: une polarité société civile/État

Dans une première conception, la société civile — le terme serait d'abord apparu chez Hegel⁴⁹ — se définit privativement, c'est le cas de le dire, de l'État. Elle réfère d'abord à la sphère économique telle que la conçoivent Locke, Hume, et plus tard Ricardo et Smith, et que le capitalisme naissant désigne comme à l'abri de l'action étatique, limitée à ce qui est « strictement politique ». Le marché libéral, tel qu'il va se cristalliser au XIX^e siècle, apparaît donc comme un lieu auto-régulé, distinct et indépendant des institutions politiques qui ont hérité et pris le relais de l'*imperium* féodal. Théorisés, ce marché, cette « main invisible » chère à la common law, vus comme la résultante involontaire et incontrôlable des intérêts particuliers et comme la structure de base naturelle et inaltérable du fonctionnement social, vont se traduire dans le concept de société civile. En théorie contemporaine, c'est sans doute Hayek qui assume le plus ouvertement cet héritage, en le reliant au surplus à la distinction public/privé⁵⁰.

Dans ce contexte, l'expression ne connote donc pas seulement le terrain social résiduaire de celui qu'occupe de fait l'État, mais une opposition beaucoup plus fondamentale et normative: la société civile c'est, de par la nature même des choses, le territoire clos que ne doit pas franchir l'État. Dans cette polarisation classique, c'est la société civile qui a la primauté sur l'État qui lui est

49. Sur l'évolution historique du concept, voir: Danièle LOSCHAK, «La société civile du concept au gadget», dans Jacques Chevalier (dir.), *La société civile*, Paris, P.U.F., 1986, p. 50. Bergeron retrace cependant l'expression, dans le sens plus restreint où elle vise à établir une distinction avec la société religieuse, chez Marsile de Padoue qui publia *Defensor Pacis* en 1324: G. BERGERON, *op. cit.*, note 14, p. 93.

50. F.A. HAYEK, *op. cit.*, note 26.

asservi⁵¹. C'est — Loschak l'exprime parfaitement⁵² — la matérialisation exceptionnellement réussie des intérêts dominants de l'époque.

Pourtant, malgré l'efficacité indéniable de l'idéologie libérale, et à la faveur même de ses contradictions internes qui postulent la nécessité de l'État comme garant et promoteur des conditions optimales de fonctionnement du marché en même temps qu'elles restreignent la légitimité de ses interventions dans le secteur privé, la sphère d'intervention de l'État s'est accrue jusqu'aux limites de l'État-providence. Pour emprunter le langage de l'idéologie libérale, l'État a ainsi « envahi la société civile ». Mais comment conserver, dans ces circonstances, le sens premier de cette expression, précisément définie comme spécifiquement étanche à l'État?

2. La vision réaliste et contemporaine : une interpénétration société civile/État

On aura compris qu'en contexte contemporain, et même dans cette phase néo-libérale où l'État-providence s'estompe, une conception aussi tranchée de société civile que celle que je viens de décrire paraît mythique. Quel que soit le retrait actuel de l'État, il n'est plus possible de voir la frontière société civile/État comme infranchissable puisque, de fait, elle a été franchie. Il n'est pas nécessaire d'avoir habité un pays réputé totalitaire pour constater qu'au moment même où Trudeau, pour justifier la décriminalisation de certaines conduites sexuelles, clamait que « l'État n'a rien à faire dans les chambres à coucher de la nation », celui qu'il dirigeait avait légiféré pour réglementer la télévision et taxer les meubles que contenaient ces mêmes chambres, dont les dimensions et les matériaux étaient d'ailleurs régis par le *Code du bâtiment*...

En conséquence, l'expression société civile en est venue à désigner non pas l'espace qui doit naturellement, en vertu d'une définition essentialiste ou prescriptive, rester à l'abri de l'État, mais celui qui, de fait, tel que décrit phénoménologiquement, n'a jamais été — ou, n'est pas, au moment choisi par l'observateur — régi par l'État. La portée exacte de l'expression, l'extension même de la société civile, n'est pas facile à cerner dans ces circonstances car, contrairement à ce qui fut peut-être le cas au XIX^e siècle ou sous l'empire Romain, ni la sphère domestique, ni la famille, ni même l'intimité personnelle n'échappent maintenant à l'emprise des règles de l'État.

Cette présence de l'État (ou cette action, cette intervention, cet envahissement, suivant les contextes idéologiques que trahissent ces variantes langagières) a été abondamment illustrée et décrite par les commentateurs de l'État-providence et suffirait à accréditer la vision contemporaine et plus réaliste des

51. Bien que pour Hegel, semble-t-il, l'inverse demeure souhaitable, dans l'intérêt même du libéralisme. *Id.*, p. 53.

52. D. LOSCHAK, *loc. cit.*, note 49, 52.

rapports société civile/État, plus proche de la compénétration et de la confusion que d'une opposition polarisée.

Mais il revient notamment à Habermas⁵³ et Jalbert⁵⁴ d'avoir montré que ce mouvement n'était pas unidirectionnel, et d'avoir souligné l'effet de symbiose et d'interconnection ainsi déclenché sur la frontière société civile/État : la pénétration des intérêts privés dans les mécanismes régulateurs de l'État, à travers la consultation, le *lobbying*, l'exportation des modes de gestion privée et les concepts participationnistes dans l'administration étatique, va donc instaurer un mouvement parallèle de retour de la société civile vers l'État, accentuant ainsi la « porosité » d'une frontière déjà criblée par les excursions de l'État dans ce qui aurait été, dans un passé mythique, le territoire exclusif de la société civile.

Au terme de ces analyses, le concept de société civile apparaît donc comme un instrument idéologique destiné à revendiquer et à promouvoir un espace social libéré de la présence de l'État pour permettre, selon les lieux idéologiques d'où on l'interpelle, la résurgence d'un marché néo-libéral ou, au contraire, l'émergence d'institutions issues de modes participationnistes de régulation sociale.

Peut-on penser que ce concept rejoint par là les préoccupations des juristes, massés le long d'une frontière analogue, aux confins du droit public et du droit privé ? Ou bien la frontière public/privé qui sous-tend celle qui dépar tage l'État de la société civile se situe-t-elle en décalage par rapport à celle qui polarise les juristes ?

B. Public/privé, la frontière idéologique par excellence

Il faut bien voir au départ que l'expression « société civile » ne connote rien pour le juriste : il n'imagine pas que la société puisse n'être pas civile, à moins d'être dominée par un pouvoir militaire ou religieux⁵⁵. Il ne conçoit en tout cas pas ce terme comme résiduaire de l'État, de ses appareils ou de leur aire de compétence. Ce n'est pas dire pour autant que les juristes soient tous des tenants du totalitarisme étatique : simplement, les concepts qu'ils utilisent pour lutter idéologiquement contre ce qu'eux aussi qualifient d'envahissement ne sont pas les mêmes.

Pour atteindre les mêmes fins, c'est-à-dire limiter l'intervention de l'État, ils ont eu recours à la fois à la frontière privé/public puis, par la suite, et de ce dernier côté de cette frontière, au contrôle judiciaire de l'administration, à l'ap-

53. Jürgen HABERMAS, *L'espace public – archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1978.

54. Lisette JALBERT, « État-providence et dynamique des droits : un mode de régulation circonscrit », communication au Colloque *État-providence et société civile*, Ottawa, 27 février 1989. L'auteure tire aussi les conséquences de cette évolution sur la dynamique des droits. Nous y revenons dans un texte ultérieur mentionné à la note 4.

55. Rejoignant en cela le sens que le concept avait à l'origine, au XIV^e siècle. *Supra*, note 49.

plication des règles de justice naturelle et d'équité procédurale ou même substantive, de même qu'à la constitutionnalisation des droits et libertés individuels et, plus rarement, collectifs. Dans cette perspective, il devient important d'examiner les concepts de public et de privé tels que les circonscrit notre droit, avant de montrer comment ils ont évolué historiquement de la même manière que ceux d'État et de société civile.

1. Les frontières mouvantes de l'opposition public/privé

Au départ, le droit public englobait les rapports des citoyens avec l'État et le droit privé, ceux des citoyens entre eux. Ce partage simple, issu de l'idéologie libérale comme l'État univoque qu'il présuppose, correspond assez bien à la vision théorique et historique, dominante au XIX^e siècle, de la frontière État/société civile.

Ce n'est donc pas un hasard si elle sous-tend les définitions que les civilistes (noter la correspondance du vocabulaire) ont proposées du droit privé, notamment dans leur interprétation de l'article 356 du *Code civil du Bas-Canada*. Cet article prévoit que « [l]es [corporations] politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement ». Il appelait donc à définir le droit public et les corporations publiques, si tant est qu'elles se distinguent des politiques.

Pour l'ensemble des civilistes qui, il faut le souligner, écrivaient sur ce sujet au début du siècle, car il s'agit de Mignault⁵⁶, Langelier⁵⁷ et Trudel⁵⁸, la qualification public/privé découle en effet de critères que l'on pourrait dire essentialistes: les finalités (d'intérêt général ou particulier) poursuivies, et la vocation (philanthropique ou commerciale) des organismes visés. Dans ce dernier cas, mais en contexte plus contemporain, un commercialiste, Paul Martel⁵⁹, ajoutait un critère plus structurel, savoir la qualité des membres ou actionnaires selon qu'il s'agit du Gouvernement ou de particuliers.

Les publicistes viennent plus tard, alors que le législateur, matérialisant les contradictions de l'État-providence, a commencé à qualifier certaines corporations de publiques et d'autres de mandataires du Gouvernement. Aux critères de finalités ou de mission seuls retenus par les civilistes, les publicistes (Garant⁶⁰, Dussault et Borgeat⁶¹) ajoutent ou substituent des critères plus phé-

56. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, Théoret, 1896, p. 334.

57. François C.S. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, p. 61.

58. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 22.

59. Paul MARTEL, *La compagnie au Québec - Les aspects juridiques*, Montréal, Éditions Thélème, 1982, pp. 1-17.

60. Patrice GARANT, *Droit administratif*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1985, pp. 87 et 88.

61. René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 1, Québec, P.U.L., 1984, p. 202 et suiv.

noménologiques de contrôle étatique, de financement public et de liens avec les pouvoirs publics, surtout en matière de nominations.

On aura repéré, en filigrane, le parallèle avec l'évolution jurisprudentielle face aux critères de détermination des mandataires du Gouvernement, d'abord liés aux fonctions gouvernementales exercées par les organismes visés puis, plus récemment, aux contrôles qu'ils subissent. Les qualifications public/privé mises de l'avant par les uns comme par les autres se butent donc aux mêmes écueils et débouchent sur le même cul-de-sac idéologique.

Elles se butent aux mêmes écueils car, pour déterminer ce qui constitue une fonction gouvernementale, il faut faire un choix politique qui varie selon les auteurs et les époques et cela, quel que soit le concept de fonction utilisé. On peut d'abord viser par là les secteurs d'activité susceptibles de relever de l'État et considérer, par exemple, que l'éducation nationale ou la santé sont des responsabilités d'État. Une telle prise de position n'est pas neutre, dans un pays où affirmer que les postes constituent une responsabilité étatique, c'est déjà se couvrir de ridicule. On peut aussi penser les fonctions de l'État en termes de moyens d'action qui lui soient spécifiques, notamment la contrainte unilatérale légitime : mais cette option-là n'est pas plus neutre que la précédente, du moins selon ceux qui estiment que l'État ne détient pas de monopole à cet égard⁶².

Quant aux critères des contrôles, ils ne sont pas plus faciles d'application : quel degré de contrôle publicise un organisme? Le contrôle judiciaire suffit-il? Doit-il être prévu expressément ou bien peut-on l'induire de certaines caractéristiques de l'organisme visé? Lesquelles? Un organisme est-il public *lorsque* de fait on constate qu'il est légalement soumis au contrôle politique ou judiciaire? ou bien est-ce l'inverse : un organisme doit-il être soumis au contrôle judiciaire ou financier *parce qu'il* est public? (et alors à quoi reconnaît-on d'abord qu'il est public?) La jurisprudence comme la doctrine alternent entre ces différents discours, sans toujours éviter les pétitions de principe, ni les contradictions inhérentes à l'application simultanée de règles qui découlent alternativement d'une perspective essentialiste et d'une perspective phénoménologique...

Aurait-on résolu ces premières difficultés qu'on ne serait pas nécessairement plus éclairé sur la distinction à établir entre les corporations politiques mentionnées à l'article 356 du *Code civil du Bas-Canada* et d'éventuelles corporations publiques sur lesquelles il est silencieux, ni encore moins sur ce qu'est, plus généralement, le droit public.

C'est en dégageant, entre les lignes de l'arrêt *Senex*⁶³, la réponse que le juge Beetz donne à la première de ces deux questions et celle, plus explicite, qu'il apporte à la seconde dans *Ville de Beauport*⁶⁴, que l'on commence à apercevoir les liens circulaires qui existent entre cette distinction et le concept d'État

62. Voir, entre autres : J.-G. BELLEY et G. ROCHER, *loc. cit.*, note 3.

63. *Senex c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555.

64. *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, 716, 723.

que chacun entretient, de même que le climat idéologique dans lequel baigne le tout.

À la question, implicite dans l'affaire *Senez*, de savoir si seules les corporations à vocation politique générale comme les municipalités sont soumises au droit public, ou s'il n'en existe pas d'autres, le juge Beetz fait allusion à une autre catégorie de corporations, qu'il n'étiquette pas, mais qu'il soustrait à l'application du droit privé. Elles se caractériseraient par le fait « qu'elles se voient conférer par le législateur, dans un but d'intérêt public, des monopoles, des privilèges ou un pouvoir législatif susceptible d'affecter tant leurs membres que le public ». Il donne expressément l'exemple des corporations professionnelles, et les universités, entre autres, pourraient sans doute s'y ajouter. L'intérêt public, le monopole, l'exercice d'un pouvoir délégué de réglementation constituent pour lui l'essence d'un organisme public, alors que les associations d'adhésion volontaire qui ne présentent pas ces caractéristiques connotent le privé. On voit tout de suite que cette notion de public — d'ailleurs essentialiste, dans la mesure où elle cherche son fondement dans certaines caractéristiques données comme intrinsèques, de ces corporations — réfère à une certaine conception des fonctions étatiques définies, non pas par le champ qu'elles visent (éducation, postes, santé ou police), mais par le type de pouvoir qui les matérialise : une contrainte unilatérale ou un monopole exercés sur les tiers en vertu d'une autorisation législative.

Face à un organisme de cette nature, le juge Beetz parlera de corporation publique sinon politique et appliquera, comme à l'appareil proprement politique de l'État, le droit public qu'il définit comme composé de règles qui ne s'appliquent « qu'aux organismes publics [...] et dont l'existence et la justification trouvent leur source dans le caractère public de ces organismes »⁶⁵. Au-delà de cette frontière, dans un organisme créé par l'État mais doté seulement de pouvoirs de régie interne sur les membres qui y ont volontairement adhéré, il verra une corporation privée, régie néanmoins par le droit civil et, en cela même, soumise à l'État, quoique d'une autre manière. Cette frontière départage au surplus implicitement d'une part les autres organismes étatiques situés en amont des corporations publiques (et dont le caractère politique est encore plus probant, et, d'autre part, les individus et les associations non incorporées, situés en aval des corporations privées qui ne détiennent ni monopole ni pouvoir réglementaire (et dont le caractère privé semble encore moins discutable).

On voit tout de suite le rapport entre cette définition du public et celle de l'État auquel elle réfère : c'est un État qui englobe les organismes jouissant de délégations expresses de pouvoirs réglementaires ou monopolistiques, mais régit néanmoins, par un autre corpus dit « privé », les relations engendrées par des organismes dépourvus de tels pouvoirs mais dotés de ceux présumés nécessaires à la poursuite de leurs fins, dans la mesure où ils n'engagent que leurs membres. Cet État-là est plus étendu que celui de Rocher et de Belley ; il ne

65. *Id.*, 723.

l'est sans doute pas autant que celui de Macdonald, ni certainement que celui de Petter et Hutchinson.

2. Les effets juridiques et idéologiques de la symbiose public/privé

Il semblerait donc que la Cour suprême, sous la plume du juge Beetz, ait déterminé en droit positif une frontière public/privé pour les corporations et pour le droit qui s'y applique. (Cet article était déjà sous presse le 6 décembre 1990 alors que la Cour a rendu sa décision dans l'affaire *McKinney*. Voir : *McKinney c. Université de Guelph*, J.E. 91-12).

Mais cette frontière posée par le juge Beetz dans les arrêts *Senez* et *Ville de Beauport*, et qui me paraît la plus fiable et la plus commode dont nous disposions — en tout cas pour l'application du droit positif — même si elle ne permet pas de toujours déterminer avec certitude quelles règles contient le droit public, n'échappe que partiellement au piège idéologique que je m'efforce de démonter ici.

Car si la présence d'un monopole ou d'un pouvoir réglementaire sont des critères objectifs que l'on peut repérer dans un organisme sans poser de jugement de valeur ou faire de choix politique, affirmer par contre que ces pouvoirs ont été attribués par le législateur à ces organismes *dans un but d'intérêt public*, se situe davantage « dans la double dépendance de la subjectivité de celui qui l'effectue et des représentations dominantes dans une culture donnée »⁶⁶. Décider au surplus que les organismes qui ne détiennent pas de tels pouvoirs, de même que les individus qui contractent entre eux, se situent du côté privé de cette frontière, n'est pas neutre non plus, puisque c'est sinon les déclarer intrinsèquement à l'abri de l'intervention de l'État, au moins les assujettir à un régime juridique différent.

Du moins est-ce là le type de conséquence juridique que la distinction public/privé vise justement à accréditer spontanément dans notre esprit : car à quoi bon distinguer les organismes privés des organismes publics s'ils sont tous soumis au même régime ? Et qu'est-ce que le droit public, si ce n'est un corpus intégré, distinct du droit civil ?

Le droit chinois traditionnel, auquel j'ai déjà fait référence plus haut⁶⁷, laissait particulièrement bien transparaître la finalité véritable de ce type de distinction. Le « *fa* », comprenant les règles fiscales et criminelles qui seules étaient consignées dans des textes de droit positif adoptés par les seigneurs féodaux et qui, dans ce régime, correspondait plus ou moins à notre droit étatique public, y était distingué du « *li* », constitué des coutumes basées sur la morale et l'éthique confucéennes, appliquées selon un mode paternaliste et tenues pour fondées sur « *i* », c'est-à-dire sur l'idée de justice. Ce dernier corpus, analogue à notre droit privé, tenait lieu de code d'honneur à la classe dirigeante,

66. D. LOSCHAK, *loc. cit.*, note 49, 50.

67. *Supra*, note 9.

par ailleurs soustraite à l'effet des lois positives du «fa» qu'elle émettait, ce qui fait dire à Ronan : «*The full significance of the interplay between li and fa can, however, only be understood with reference to their relationships to social classes*»⁶⁸. Mais en droit occidental contemporain, ces différences sont moins importantes qu'on pourrait le croire et moins encore, peut-être, quoique je n'en sois pas certaine, dans notre régime de droit écrit qu'en common law.

En effet, qualifier de privé un objet de droit dans le régime de droit écrit qui s'applique au Québec ce n'est pas nécessairement le soustraire à l'effet de recours analogues à ceux que la common law prévoit en matière de droit public, ni même nécessairement à l'application des règles d'équité. Car les recours définis par le *Code de procédure civile* pour l'exercice du contrôle judiciaire auquel toutes les corporations, publiques comme privées, sont soumises en vertu de l'article 32 de ce Code, constituent un réseau presque (sinon tout à fait) équivalent à celui des recours de droit public de la common law. Seul le recours en évocation présente des conditions de recevabilité qui le rendent encore souvent, quoique pas toujours⁶⁹, impropre au contrôle judiciaire des actes généralement posés par les organismes privés, mais l'action directe en nullité permet presque toujours d'atteindre les mêmes résultats, surtout si on considère que sa portée s'étend, en vertu de l'article 1024 C.c. tel qu'interprété par les arrêts *Senex*, auquel j'ai déjà fait référence, et *Soucisse*⁷⁰, aux violations des règles de justice naturelle et d'équité non seulement procédurale mais substantive, du moins en ce qui concerne les contrats.

Dans ces circonstances, reléguer, dans le régime juridique applicable au Québec, une matière du côté privé de la frontière établie par la Cour suprême dans les arrêts *Senex* et *Ville de Beauport*, ce n'est pas la soustraire aux règles de justice naturelle ni à celles de l'équité. Il est possible que cela n'ait pas non plus l'effet de la soustraire à la Charte canadienne, puisque la formulation, obligatoirement législative dans notre régime juridique, des règles de droit civil applicables aux rapports de droit dit «privé», en trahissant l'intervention de l'État, entraînerait l'application de la Charte, si les termes de l'arrêt *Dolphin* tels qu'ils ont été formulés par le juge McIntyre et tels que l'arrêt *Slaight* paraît vouloir les confirmer en étendant peut-être même leur portée⁷¹ ne sont pas modifiés lorsque surviendra une cause analogue en provenance du Québec⁷². C'est encore moins désigner cette matière comme intrinsèquement à l'abri de l'intervention de l'État. C'est seulement affirmer qu'elle échappe à l'application de certaines règles expressément énoncées pour régir d'autres rapports, entre des particuliers déterminés et certains organes de l'État.

68. C.A. RONAN, *op. cit.*, note 9, p. 284.

69. Sur l'évolution récente en matière d'ouverture des recours en évocation, voir: Andrée LAJOIE et Michèle GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, pp. 451-455.

70. *Banque nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

71. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* et *Slaight Corporation c. Davidson*, précités, note 45.

72. Les tribunaux canadiens d'ailleurs commencent à appliquer la Charte à la common law quand elle est codifiée dans un statut. Voir, entre autres: R. c. *Layton*, (1988) 38 C.C.C. (3d) 550 (Ont.Prov.Ct.); *Coates c. The Citizen*, (1988) 85 N.S.R. (2d) 216 A.P.R. 146.

Je n'ai pas la prétention de savoir ce qu'il en est au juste à ce sujet pour les provinces canadiennes de common law. Mais on serait porté à croire, à première vue et à la lecture des commentaires parus sur l'arrêt *Dolphin*, que le fait de reléguer une matière au droit privé y soit plus lourd de conséquence⁷³. Ces conséquences négatives résultent surtout de la non-application de la Charte canadienne aux matières de droit privé régies par la common law car, pour ce qui est des règles de justice naturelle, sinon d'équité, il semble bien qu'elles s'appliquent aux contrats régis par la common law comme à ceux que vise le droit civil écrit. C'est Wade qui l'affirme dans un passage très proche de celui du juge Beetz dans l'affaire *Senez* :

*The twin pillars upon which natural justice rests are statute and contract. Where a ministry, tribunal or other body is exercising statutory power, it is required to observe natural justice because of the interpretation placed upon the empowering statute. It is presumed that Parliament confers power on the implied condition that it is to be used fairly. But where a non-statutory body such as a trade union or club expels a member, its duty to observe natural justice is contractual. The member, in consideration of paying his dues and observing the rules, is entitled to fair and just application of the rules, in accordance with his contract of membership.*⁷⁴

Mais, les règles de justice naturelle n'ont pas nécessairement la même portée que l'équité imposée aux contractants par l'article 1024 du Code civil, ni surtout que la Charte, et Petter et Hutchinson ont eu raison de souligner le conservatisme de la position du juge McIntyre dans *Dolphin*.

Dans un article récent⁷⁵, ils font bien voir les rapports entre l'idéologie libérale, la Charte canadienne et la conception de la common law qui sous-tend l'application qu'en fait le juge McIntyre aux seules matières de droit public dans *Dolphin*. Cette décision matérialise en effet une frontière public/privé qui réfère à la conception traditionnelle de la common law comme l'ensemble des règles que les individus adoptent pour eux-mêmes sans l'intervention de l'État (législateur) et que le pouvoir judiciaire, commodément évacué de l'État pour les circonstances, découvre et interprète seulement. Vu sous cet angle, le privé apparaît, dans la plus pure tradition libérale, comme un refuge à l'abri de l'intervention de l'État et qui doit le rester : « Toutefois, lorsqu'[une] partie privée, actionne [...] une [autre] partie privée en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte du [g]ouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la Charte ne s'appliquera pas »⁷⁶. Dans cette optique, tout se passe comme si la non-intervention gouvernementale n'équivalait pas à une action étatique en faveur du *statu quo* et comme si le fait de laisser faire, c'est le cas de le dire, le marché, n'équivalait pas à une délégation implicite de pouvoir étatique de régu-

73. A.C. HUTCHINSON et A. PETTER, *loc. cit.*, note 21 et H. Wade MACLAUGHLAN, «The multifaceted nature of the public/private distinction(s)», communication présentée au Congrès de l'Association des professeurs de droit, Québec, Laval, 7 juin 1989.

74. W.H.R. WADE, «Judicial Control of Universities», (1969) 85 L.G.R. 468, 469 et 470.

75. A.C. HUTCHINSON et A. PETTER, *loc. cit.*, note 21.

76. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, note 45, 603.

lation. Petter, Hutchinson⁷⁷ et MacDonald⁷⁸, entre autres, ont dénoncé cet écran idéologique. Il n'était certes pas inutile qu'ils le fassent, même si le juge McIntyre s'en était chargé lui-même, d'une certaine façon, en affirmant que lorsque les relations entre deux parties privées sont régies par une loi de la législature, la Charte s'appliquera, parce que la loi a pour effet « de retirer l'affaire du domaine privé ».

La conclusion logique serait qu'au Québec, il n'y ait plus de droit privé, puisque le droit civil, codifié ou statutaire, tire toujours sa force d'une loi de la législature. Le caractère codifié, écrit, de notre droit, même privé, a pour effet de rendre manifeste l'intervention étatique dans les relations individuelles de travail, de loisirs, au sein de la famille, dans les associations volontaires même, dont le fondement contractuel les soumet aux règles du droit civil — l'article 1024 du Code civil en est une illustration particulièrement probante — et de crever l'écran idéologique que constitue la fiction d'une common law résultant du seul concours des volontés privées sans intervention de l'État.

La question de savoir comment la Cour réglerait éventuellement un litige émanant du Québec et soulevant des questions analogues à celles de l'affaire *Dolphin* mais régies par le droit civil écrit est fort intéressante : peut-être la Cour ébauchera-t-elle là des éléments d'une définition de *société distincte*, qui sait⁷⁹?

Dans l'intervalle, cette décision et les commentaires qu'elle a suscités font encore mieux voir non seulement le lien entre la frontière public/privé que chacun choisit et ses tendances idéologiques, mais encore l'enracinement de ces tendances idéologiques elles-mêmes dans nos traditions culturelles respectives.

La distinction public/privé semble en effet avoir eu, et conserver encore, dans la common law où le pôle valorisé de cette dichotomie paraît être le privé, l'effet de représenter le privé comme intrinsèquement à l'abri d'interventions étatiques défavorables aux intérêts dominants du marché. En droit français, où le caractère manifestement législatif du droit privé rend plus difficiles de telles représentations idéologiques, cette même distinction semble au premier abord avoir eu pour effet, en valorisant au contraire le pôle public, de conforter le colbertisme et de permettre l'avènement d'un régime juridique privilégié pour l'État et ses organes, où des tribunaux spécialisés appliquent un droit plus généreux dans l'interprétation de ses pouvoirs et prérogatives, plus réservé dans l'application de ses obligations et la recevabilité des recours contre lui. Danièle Loschak décrit bien le contexte d'émergence de ce régime juridique :

on peut aussi présenter le droit public comme le droit de l'intérêt général — l'intérêt général justifiant et légitimant la mise en oeuvre par l'État de son pouvoir de commandement unilatéral; le droit privé est alors implicitement dévalorisé puisqu'il vise exclusivement la satisfaction des intérêts

77. A.C. HUTCHINSON et A. PETTER, *loc. cit.*, note 21.

78. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 2.

79. *Supra*, note 45.

individuels: telle est bien l'image que la doctrine du droit public s'est efforcée de donner, en France, de l'administration et de ses prérogatives.

Mais cette ambivalence de la doctrine juridique, qui est en somme le reflet de l'ambivalence de la pensée libérale face à l'État, ne saurait masquer que la concurrence idéologique entre le public et le privé a tourné, en France, à l'avantage du premier. Sans doute la valorisation du «public» est-elle chose ancienne, comme l'atteste a contrario l'étymologie du mot «privé» (du latin privatus, participe passé de privare, priver). Et dans la hiérarchie sociale, l'homme public a toujours occupé une place plus élevée que l'homme privé. Mais l'importance accordée à la participation aux affaires publiques a progressivement fait place à l'idée – congruente avec le développement du commerce et de l'industrie – que «la poursuite par l'individu de ses intérêts privés, matériels, est une forme parfaitement légitime de conduite, peut-être même préférable, du point de vue de la société, à une vie de participation intense aux affaires publiques» impliquant la poursuite de la gloire et du pouvoir. Seulement, cette réhabilitation des intérêts matériels et de l'activité économique visant à l'accumulation de la richesse privée n'a pas suffi, en France, à déraciner un très ancien préjugé défavorable aux affaires. Le commerce s'est développé, mais son essor même, dans la mesure où il restait une activité dépréciée, n'a pu que renforcer la mystification de l'État, qui par contraste apparaissait comme "le garant de la pureté virginale... , l'antithèse du sale argent."

L'engouement pour l'État et la valorisation de la sphère publique qui en découle se retrouvent à tous les niveaux et dans tous les secteurs de la société française.⁸⁰

Il faudrait éviter de conclure de là trop rapidement que le régime de common law a poussé au contraire la méfiance de l'intervention étatique jusqu'à mettre l'État sur le même pied que les individus. Car le régime juridique de la Couronne dans les pays de common law rejoint, en partie du moins, le statut privilégié de l'État dans le droit français: il repose seulement sur une autre fiction juridique, celle de la personne du souverain et de ses attributs résiduels, plutôt que sur l'affirmation du pôle public de la polarité public/privé. Néanmoins, ce régime juridique de l'État en common law, au Canada du moins, paraît dans l'ensemble moins exorbitant du droit commun que celui que lui offre le droit administratif français. On pourrait illustrer cela en matière de contrat, de responsabilité, de procédure, mais ce n'est pas l'objet de ce texte.

J'espère cependant avoir suffisamment levé le voile idéologique qui occulte la distinction public/privé pour laisser entrevoir comment elle opère, c'est-à-dire davantage au plan des représentations qu'au plan juridique proprement dit et, encore là, davantage dans un régime de common law, plus favorable à de telles représentations, qu'en système de droit écrit, où la forme législative

80. D. LOSCHAK, *loc. cit.*, note 49, 44-75.

des règles de droit privé trahit la présence de l'État, dans un contexte culturel où par ailleurs son intervention est plus facilement tenue pour légitime.

On peut ainsi entrevoir que les formes du droit reflètent la culture d'où elles émergent en même temps qu'elles la confortent. C'est parce que la forme spécifique qu'a prise l'idéologie libérale dans les pays de tradition britannique valorise particulièrement le privé et veut le mettre à l'abri de l'État, que le droit privé y est représenté comme le résultat des volontés individuelles, interprété par le juge, sans le concours du législateur. Et c'est en retour cette évacuation apparente du législateur qui permet au pouvoir judiciaire d'écarter l'application au droit privé des recours matérialisant le contrôle judiciaire de l'administration et de la Charte canadienne, donnant ainsi un effet opératoire en droit positif à une distinction seulement idéologique au départ, et renforçant du même coup la représentation idéologique d'un secteur privé à l'abri de l'État, même judiciaire.

De même, c'est l'importance symbolique de la séparation des pouvoirs et la valorisation de l'État dans la culture des pays de tradition civiliste qui permet l'intervention « écrite » du législateur dans les rapports privés, intervention dont la visibilité juridique induit en retour le pouvoir judiciaire à autoriser les interventions supplémentaires que constituent le contrôle judiciaire et l'application de la Charte canadienne.

Au terme de cette comparaison, on constate que le système juridique québécois de droit écrit, héritier d'une tradition où la frontière public/privé est théorisée et l'État valorisé, ne fait presque plus de différence effective entre le droit privé et le droit public — alors que le droit des autres provinces, où l'existence d'un droit public est occultée jusqu'au point de n'être jamais mentionnée sous ce vocable, accentue au contraire ces différences en mettant les relations juridiques entre individus à l'abri des exigences de l'équité procédurale et substantive et de l'application de la Charte canadienne. On ne saurait mieux illustrer l'utilité de l'effet occultant des idéologies.

On peut ainsi dégager les rapports entretenus, historiquement, entre l'évolution respective des frontières public/privé et État/société civile.

À la distinction, polarisée au XIX^e siècle entre l'État et la société civile, correspond celle qui s'établissait au départ entre le droit public et privé à partir des définitions essentialistes proposées au début du siècle par les juristes civilistes.

En contraste, dans la foulée de l'État-providence, alors que la société civile a été de fait pénétrée par l'État et que sa frontière ne peut plus être considérée infranchissable, la conception de l'État s'étend, chez les juristes publicistes, jusqu'à inclure ses délégués réglementaires et monopolistes ou même, pour certains, les institutions qui profitent de son abstention ou de son retrait pour imposer leurs normes de substitution. Parallèlement, les nouvelles conceptions de la société civile la réduisent à un résidu non envahi ou la décrivent comme pénétrée par un État qu'elle investit à son tour et dont elle devient indissociable. À la même époque, à la faveur du développement du droit administratif sur le

territoire autrefois couvert par le droit civil, les effets juridiques concrets de la distinction public/privé s'estompent et seules demeurent efficaces, jusqu'à un certain point, les représentations idéologiques qu'elle entraîne et promeut.

On voit donc se dégager deux ensembles interreliés formés par les concepts d'État, société civile/droit, droit public/privé, résultant respectivement de choix idéologiques opposés.

Pour les uns, la société civile et le secteur privé ont la primauté sur l'État, défini par ses organes centraux. Dans ce groupe, un premier courant, libéral, pose le privé comme intrinsèquement à l'abri de l'État et du droit, lui-même réduit à l'intervention du législateur surtout en droit public, ou à l'explicitation, par le pouvoir judiciaire, des normes de droit privé que les individus adoptent, guidés par la main invisible de la coutume, expression naturelle du marché qui promeut nécessairement, dans cette optique, l'intérêt général et le bien commun.

Un second courant, celui de la deuxième gauche participationniste, partage avec les libéraux le principe de la primauté de la société civile autonome sur l'État, défini ici aussi par ses organes centraux. Mais il s'en distingue à deux égards. Tout d'abord, il voit le pouvoir comme pluriel et décentralisé dans la société et le droit comme produit aussi par d'autres sources que l'État. Au droit public et privé émanant de l'État libéral, il substitue le droit étatique et non étatique, de chaque côté d'une frontière pour le moins analogue. D'autre part, tous les tenants de ce courant n'adhèrent pas, du moins explicitement, au concept de société civile, même si l'existence de normes non étatiques postule nécessairement, en contrepartie, celle d'un espace social à l'abri de l'État, d'où elles puissent émerger. Mais, qu'ils réfèrent ou non à la société civile, les participationnistes de la deuxième gauche comme les tenants du pluralisme juridique ne la confondent pas avec le marché libre, dont les intérêts ne se traduisent évidemment pas pour eux en règles naturelles et nécessaires. Leur oasis est celle des solidarités sociales.

Pour les autres, positivistes ou critiques, l'État est le seul délégué de la société toute entière en ce qui concerne l'adoption des normes générales et unilatéralement contraignantes. Il est donc à la fois subordonné à la société mais hiérarchiquement supérieur à ses membres individuels et aux groupes qu'elle abrite, auxquels s'impose le droit qu'il émet directement par ses organes législatifs et, indirectement, par ses délégués réglementaires ou même, pour le courant critique, implicitement par le fait de la non intervention et de la dérégulation. Dans cette optique, l'État, centralisé et potentiellement coexistant avec la société, évacue le concept de société civile vue comme oasis autonome et indépendante, et celui de droit non étatique comme émergeant d'un pouvoir parallèle.

III. UN CHOIX PROVISOIRE POUR UNE DÉFINITION OUVERTE ET POLYSÉMIQUE DU DROIT

Au terme de ce parcours et une fois dégagées ces représentations idéologiquement opposées des réseaux que forment les rapports société/État/public/

privé, on aperçoit mieux les balises comme les conséquences du choix d'une définition du droit, fût-il provisoire. Si les frontières parallèles entre public et privé — mais surtout entre société civile et État — s'estompent, comment parler de droit étatique et de droit non étatique? Comment les distinguer alors l'un de l'autre, quand on ne sait pas où finit l'État? Mais, dans les mêmes circonstances, à quoi cela servirait-il de prétendre que seul l'État peut énoncer le droit puisqu'on ignore quelles instances peuvent parler en son nom? Les participants au débat seraient ainsi renvoyés dos à dos.

Dans cette perspective tout opposée à celle qui a prévalu jusqu'ici et dans laquelle l'État a dorénavant perdu le rôle central qu'il occupait dans le noyau conceptuel où s'élabore la définition du droit (s'il n'en a pas été complètement évacué), la question de la détermination des caractéristiques spécifiques de la juridicité reste entière et il semble difficile désormais d'aborder sa solution à partir d'un critère rattaché à l'identité de l'auteur des règles : c'est bien à une crise de ses sources que le droit fait face.

Si les conséquences pour le droit n'ont pas été tirées, ici à tout le moins, de cet effacement des contours de l'État, de cette double porosité des frontières étanches qui le séparaient naguère (au moins sur le plan idéologique) de la société civile, c'est que les participants à ce débat dans notre milieu ne se sont pas situés dans une approche qui, englobant à la fois l'insaisissabilité progressive de l'État et l'évolution du concept du droit, eût permis de constater les contradictions vers lesquelles on s'acheminait.

D'une part en effet, les sociologues institutionnalistes, pour pluralistes qu'ils soient, n'ont pas qualifié la prolifération des pouvoirs pluriels, sur laquelle s'appuie pourtant leur théorie, comme un effritement de la frontière étatique : ils voient ces autres institutions normatives comme parallèles ou concurrentes de l'État, dont elles restent pour eux pourtant distinctes. Il n'y a donc aucune contradiction interne dans le cadre de leur théorie à désigner certaines règles comme faisant partie du droit non étatique. Cette contradiction ne se révèle que si l'on prend acte de l'impossibilité de cerner l'État dans une démarche qui intègre en même temps une réflexion sur le droit, ce que n'ont pas non plus par ailleurs tenté d'autres sociologues qui, comme Jalbert⁸¹, se sont attachés précisément à montrer la porosité de la frontière étatique et l'impossibilité contemporaine de la fixer avec précision. Faute d'avoir inclus dans leur champ de vision le droit, dont il faut reconnaître qu'il ne faisait pas au départ partie de leur objet, ils n'ont pas dégagé les conséquences de ce constat sur les conceptions du droit dorénavant exclus ou possibles.

Quant à nos juristes, ils se sont pour la plupart jusqu'ici tenus à l'écart de ces débats, à l'exception notoire de Macdonald. Sa conception très particulière du droit, que j'ai tenté de cerner plus haut, ne postule pas de lien organique avec une institution étatique pour tous les éléments décrits comme constitutifs du droit. Ainsi, les « présupposés tacites qui servent d'assises aux communautés », qu'il considère comme les règles juridiques primordiales de toute

81. Voir : L. JALBERT, *loc. cit.*, note 54.

société, peuvent selon lui se théoriser aussi bien comme le produit d'une délégitimation de l'État que comme émanant d'un pouvoir intrinsèque dont la société ne s'est jamais départie. Même s'il réfère à l'État comme « à un symbole [...] un des mécanismes de légitimation du droit »⁸², laissant entrevoir par là la pétition de principe intrinsèque à toute définition du droit comme produit nécessairement étatique, il reste — fidèle à lui-même et à ses préférences — dans l'implicité.

C'est donc à un auteur français que nous devons d'avoir tiré les conséquences, pour une entreprise de définition du droit, du deuil obligé des frontières de l'État, victimes du flou dont les recouvrent son extension indéfinie et les reflux qu'elle provoque en retour. Gérard Timsit⁸³, prenant acte de cette circularité des définitions du droit héritées de Kelsen, qui le posent en même temps comme fondement et comme produit spécifique de l'État, propose de :

*le définir dans des termes tels que ne puissent être posés a priori ni le sens de la relation droit/État — pour préserver la possibilité de l'existence d'une relation dans l'un ou l'autre des deux sens — ni même la portée de cette relation, — pour tenir compte de ce que l'État n'est plus (n'est pas) cette entité unitaire et distincte de son environnement dont on était familier, mais au contraire un ensemble en voie d'indifférenciation croissante à l'égard de la société et des instances politiques, économiques, etc. qui en tissent la trame. Il faut donc définir le droit par son caractère obligatoire, mais le faire de manière que cette obligation d'une part ne soit pas nécessairement référée à l'État et que, d'autre part, sa portée puisse varier en fonction du degré de spécificité des interrelations qui rendent la norme obligatoire.*⁸⁴

Ce caractère obligatoire, cette contraignabilité du droit, fait sans doute l'unanimité des juristes. Mais encore faut-il indiquer ce que l'on entend par là, car si l'on veut éviter de rester enfermé dans la tautologie que suggère ce noyau commun à toutes ces définitions, on doit aller plus loin et voir à quoi réfère cette contrainte qui fait le droit. C'est tout l'intérêt de la démarche de Timsit de théoriser autrement le fondement de cette contrainte, que les positivistes rattachent à sa source étatique et à sa sanction, et dont les sociologues pluralistes étendent la portée au produit des institutions sociales formelles alors que Macdonald, indifférent à la source du droit, reconnaît sa présence quand ses destinataires y ont manifesté leur adhésion par leur comportement.

Timsit — au terme d'une analyse qui prend en compte les conséquences, pour une définition du droit, de la présence dans le tissu juridique contemporain de « poches d'autonomie normative » où se logent des notions à contenu variable, des concepts flous, des directives, des standards, et autres modes de normativité relative — propose en effet pour sa part une solution qui tient compte des

82. *Supra*, notes 7 et 23.

83. Voir : Gérard TIMSIT, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », (1989) 10 *Droits* 93 et surtout, « Sur l'engendrement du droit », (1988) *R.D.P.* 39.

84. G. TIMSIT, « Sur l'engendrement du droit », *loc. cit.*, note 83, 45.

deux pôles entre lesquels le droit circule et fait dépendre le caractère obligatoire qui le spécifie à la fois de sa source et de conditions indépendantes de sa source.

Pour lui, ce caractère obligatoire du droit réside dans les modalités de son énonciation et dans celles de son interprétation et de son exécution et « c'est la lecture de la norme *autant que ses conditions d'émission* qui en font la juridicité »⁸⁵ : pour être du droit, une norme doit avoir été prédéterminée dans son interprétation et son application de façon à lui faire signifier ce que l'on veut qu'elle accomplisse. Mais si l'on peut sans doute affirmer que, dans sa conception, c'est l'intensité du caractère obligatoire d'une règle, la prévisibilité de son exécution, « le degré de contrôle exercé sur son décodage », qui en fait la juridicité, il faut souligner en même temps un élément tout aussi important de cette théorie, à savoir que ce degré de contrôle du décodage d'une règle résulte des stratégies normatives auxquelles ont recours, dans une société, aussi bien l'instance qui l'émet (*pré-codage*) que ceux auxquels elle s'adresse (*sur-codage*).

Le *pré-codage* réfère au degré de discrétion que réserve, à celui qui l'applique, l'auteur de la règle aussi bien quant à ses conditions d'application qu'au champ de compétence qu'elle vise. S'y superpose un *sur-codage*, résultant des contraintes qui découlent, pour l'application du droit, de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif. Ces contraintes seront nécessairement plus impératives si elles sont sous-tendues par un seul système de valeurs juridiques, un seul principe intégrateur (comme, par exemple, la *rule of law* qui matérialise le principe positiviste de légalité dans les systèmes de droit anglo-saxon, lorsqu'elle y est incontestée dans sa dimension stato-centrique). À cette situation, qualifiée de monologisme, s'oppose le dialogisme, un autre mode de *sur-codage* où plusieurs principes intégrateurs de l'interprétation-application du droit entrent en compétition. Trois degrés de juridicité sont ainsi distingués, selon qu'une règle est à la fois pré et sur-codée, ou soumise à l'un seul de ces contrôles ou, au contraire, ni à l'un ni à l'autre d'entre eux.

En établissant ainsi des degrés dans l'encodage et, par conséquent, dans la prédictibilité des règles, on détermine en même temps une échelle de juridicité sur laquelle s'étalent progressivement les normes sans que jamais ne soit franchi un seuil précis au-delà duquel le « véritable » droit apparaîtrait. À l'effacement de la frontière État/société civile, correspond symétriquement chez nous la disparition de celle que l'on tentait d'identifier jusque-là entre le droit et le non-droit. Il circonscrit dès lors le droit par son type d'efficacité spécifique plutôt que de s'attacher uniquement à sa source, étatique ou non, ou au respect qu'il suscite, comme le proposent les autres définitions analysées précédemment.

Mais ces diverses définitions divergent davantage — et c'est bien normal — par leurs fondements conceptuels que par l'objet concret qu'elles assignent au droit. Pourtant même à cet égard, des différences importantes existent s'il ne faut pas minimiser : c'est donc à cet objet normatif concret que nous devons maintenant nous arrêter pour repérer les convergences et les divergences

⁸⁵ *Id.*

qu'on observe au plan concret entre les diverses théories que nous avons abordées jusqu'ici. Quel que soit en effet l'angle d'analyse choisi, l'idéologie consciente ou inconsciente où l'on s'inscrit, ou encore les justifications invoquées au soutien d'une position, quelles que soient par ailleurs les différences dans les conceptions de l'État prônées ou dans les fondements imputés au caractère obligatoire du droit, tous, me semble-t-il, considèrent que la Constitution, les lois, les règlements, les décisions judiciaires et les contrats constituent ou comportent des normes juridiques, fussent-elles désignées comme étatiques ou non, ou même tenues pour du droit sans référence à leur source, selon le lieu théorique d'où on les observe. On pourrait sans doute y ajouter les conventions constitutionnelles et les coutumes reconnues par les tribunaux, bien que, prise à la lettre, la théorie de Rocher exclue toute norme coutumière, faute de pouvoir rattacher son origine à une institution concrète. Mais c'est surtout au-delà de ce noyau dur que des divergences, plus ou moins accentuées, commencent à se dessiner.

Il faut d'abord considérer ces corpus que le droit positif qualifie de nuls et qui y dérogent de diverses façons : la « loi » du milieu en prison ou dans les groupes de délinquants aussi bien que les règles qu'adoptent les autorités légalement constituées lorsqu'elles excèdent leur autorité ou en abusent, ou encore l'exercer par le truchement d'instruments juridiques dont elles ne disposent pas légalement comme, par exemple, les ententes fédérales provinciales ou les contrats que les CRSSS⁸⁶ concluent avec les hôpitaux en matière de sectorisation. Cependant, contrairement aux positivistes (ou du moins à certains d'entre eux, car il s'en trouve sûrement pour lesquels le droit nul n'en est pas moins du droit, pour autant en tout cas qu'il constitue une matière sur laquelle se penchent les tribunaux...), les sociologues pluralistes qualifieront sans doute de droit non étatique ces normes qui émanent de groupes institutionnalisés, et qui répondront probablement aussi par ailleurs aux critères de Macdonald et de Timsit.

Viennent ensuite les directives, les standards, les normes, les incitations gouvernementales à l'auto-réglementation, les règles de régie interne des organismes institués par l'État, les décisions de ce que le droit français désigne comme les « autorités autonomes » et ces cas-frontière particulièrement difficiles à qualifier où une autorité impose à des tiers le produit d'une auto-réglementation dont la matière échapperait à sa propre compétence réglementaire. Pour les sociologues pluralistes, il s'agira encore ici d'un droit non étatique qui remplisse aussi les exigences de la définition de Macdonald et Timsit, mais ce n'est qu'en présence d'une véritable attribution de pouvoir (de directive ou de régie interne, par exemple) que les positivistes accepteront de parler de droit dans ces conditions.

Restent encore les règles qu'adoptent — sans contrevenir à celles que leur imposent les instances supérieures auxquelles tous reconnaissent un pouvoir normatif juridique — les institutions spontanées qui n'ont été ni créées ni reconnues par l'État, tels les clubs de bridge, les chorales amateurs, les files d'attente

86. Conseil régional de la santé et des services sociaux.

devant les cinémas, voire la famille nucléaire ou le couple. Aucune de ces formes d'auto-réglementation ne constitue du droit pour les juristes positivistes, à moins d'y être « aspirée » à titre de norme coutumière par le pouvoir judiciaire ou intégrée, *post factum*, dans le règlement ou la loi. S'agissant de celles de ces règles qui auront été expressément adoptées par des groupes institutionnalisés socialement sinon juridiquement, elles constitueront du droit aussi bien pour les sociologues de la tendance de Rocher et Belley que pour les juristes qui ne postulent pas de relation entre le droit et l'État comme Timsit et Macdonald. Mais sans doute seul ce dernier acceptera-t-il d'inclure dans sa conception du droit les principes implicites que respectent spontanément les files d'attentes et les couples, qu'il range probablement dans la catégorie des institutions implicites.

Si, dans une hypothèse d'école, les tenants de ces diverses théories étaient prêts à adopter une conception commune du droit pour atteindre à une identité de leur objet de recherche, quelles seraient les conséquences d'opter alternativement pour l'inclusion ou l'exclusion dans le droit de ces diverses catégories de normes que les juristes positivistes et, pour certaines d'entre elles, même les sociologues institutionnalistes, écartent de leur définition de ce concept? Ces conséquences ne peuvent pas toutes être identifiées dans l'état actuel des recherches collectives, et celles que nous pouvons prévoir ne sont pas les mêmes dans chaque cas pour les tribunaux, les justiciables et les analystes du droit, tant il est vrai que les définitions alternatives du droit ne peuvent être divorcées de leurs finalités réelles.

S'agissant du premier cas de figure évoqué, celui de l'inclusion dans la définition du droit positif des différentes catégories de règles que la plupart de ses praticiens en excluent généralement, les tribunaux et les professionnels qui y oeuvrent y perdraient une facilité de repérage des règles applicables à mesure que, s'éloignant du noyau dur du droit étatique, ils s'avanceraient sur le terrain non pas tant des règles explicites des organismes socialement institués mais sur celui, de plus en plus mou, des règles implicites de ces derniers, puis des règles implicites aussi des organismes eux-mêmes implicites auxquels Macdonald se réfère quand il parle des communautés et des sous-groupes. Les justiciables y perdraient, parallèlement, une certaine prévisibilité des règles et par conséquent une certaine sécurité juridique, mais ils y gagneraient en termes d'équité et de justice, à travers l'extension du contrôle judiciaire, que l'on peut imaginer parallèle à celle du droit positif, à moins que, justement, au terme d'une certaine prolifération — conservatisme et encombrement des tribunaux aidant — les juges n'y mettent un frein. Pour leur part, dans ce scénario, les analystes gagnent un matériel intéressant et ne perdraient rien à condition de réintroduire dans leurs instruments d'analyse les distinctions et les catégories que la création d'un concept de droit si englobant risque autrement de masquer: d'où l'intérêt de la théorie de Timsit qui tente précisément une telle réintroduction par le truchement de ses trois degrés de juridicité.

Dans l'hypothèse opposée où c'est une définition étroite du droit qui serait adoptée, les tribunaux et leurs praticiens conserveraient leurs certitudes et la facilité relative de repérage des règles qui caractérise leur métier, et conti-

nuaient de donner aux justiciables la sécurité de l'image positiviste d'un droit prévisible, image pourtant déjà très entamée par les analyses de l'école réaliste américaine. Mais même les justiciables qui auraient déjà abandonné toutes leurs illusions à cet égard y perdraient encore sur le plan du contrôle judiciaire. Quant aux analystes, ceux d'entre eux qui s'arrêteraient à l'examen du seul droit positif seraient limités à énoncer le droit applicable et empêchés d'aborder l'étude de son émergence, à moins de tenir compte, à titre de normes sociales, des règles que cette définition étroite ignore, en y réintroduisant les mêmes sous-catégories. L'objet concret de l'analyse reste alors le même, aucun corpus de règles n'est exclu du champ d'observation, les mêmes trajets d'émergence peuvent être retracés, mais le discours, le cadre analytique, voire l'idéologie, varient selon les rôles respectifs que chacun accepte de faire jouer dans ce scénario à l'État et à la société respectivement et selon le fondement qu'on assigne à la contrainte, car c'est toujours à ce clivage qu'il faut revenir.

Pour ma part, j'estime avoir fait voir que le droit est un concept polysémique, dont les sens alternatifs — incompatibles dans une logique linéaire — peuvent au contraire être maintenus en parallèle dans une démarche analytique. Au moment d'aborder l'émergence de normes aux formes infiniment variées, émanant des sources les plus diverses dans une multiplicité de champs, il serait en effet regrettable de renoncer au bénéfice que présente, pour l'approfondissement d'une analyse conceptuelle du droit, la comparaison que cette polysémie rend possible.

On pourrait bien sûr être tenté d'opter dès maintenant, selon ses préférences idéologiques ou théoriques, pour l'un ou l'autre des concepts de droit déjà analysés ici ou pour l'une ou l'autre de leurs variantes dont le dernier numéro de la revue *Droits* donne sans doute un éventail à peu près exhaustif dans l'état actuel de la science juridique. Et j'avoue qu'à ce stade de ma réflexion, les miennes iraient sans doute à la conception de Timsit⁸⁷, à la fois pour le raffinement des catégories qu'elle permet déjà d'établir et pour l'intérêt de ses frontières ouvertes et encore floues, qui appellent à imaginer d'autres distinctions entre des paliers plus précis de juridicité.

Mais il me semble préférable au contraire de se demander à propos de chaque norme (ou de ce qui semble en être une...) quelle est sa source et si elle est étatique ou institutionnelle, explicitement ou implicitement; si elle est

87. Malgré certaines interrogations qui ne se laissent pas facilement formuler et que dissiperait peut-être l'ouvrage sur *Les normes de la loi* que l'auteur publiera bientôt. Sous réserve d'incompréhension de ma part, elles se situent, entre autres, autour du silence de l'auteur sur les mécanismes de détermination de la préséance entre des règles divergentes et concomitantes sur un même territoire que sa théorie semble valider parallèlement: pluralisme et/ou dialogisme constituent-ils une réponse adéquate... ou bien s'agit-il là d'une question «politique» qu'évacue volontairement la théorie strictement juridique de Timsit? Et si c'était de cela qu'il s'agissait, faudrait-il s'inquiéter du fait que de telles limites conceptuelles sont susceptibles d'occulter les conflits dont le droit est l'enjeu? Ou bien peut-on poser au contraire qu'une définition du droit à partir de ses seules caractéristiques intrinsèques ne préjuge ni de sa source, ni des intérêts qu'il matérialise, ni des conflits pourtant indissociables de sa production, dès lors constitués en objet d'une analyse ultérieure, politique ou sociologique?

énoncée ou ne se révèle qu'à l'analyse du comportement de ceux qu'elle vise ; si elle fait l'objet de sanctions et si elles sont judiciaires ou simplement sociales ; quel est le degré de contrainte qu'elle présente et de quoi ce degré de contrainte résulte, et de se donner ainsi les moyens de la classer dans les catégories alternatives que proposent les institutionnalistes, les positivistes, Macdonald et Timsit. L'exercice me paraît en effet entièrement justifié par les avantages qu'on en peut escompter : car c'est une occasion peu fréquente de mesurer l'impact de chacune de ces approches analytiques respectives, de cerner concrètement — autrement que par des exemples d'école — l'activité normative qu'elles excluent ou qu'elles incluent, la précision des qualifications qu'elles permettent d'y appor- ter et les effets idéologiques et sociaux qu'elles sont susceptibles d'engendrer.

Il n'est pas indifférent non plus que cette comparaison analytique puisse éventuellement permettre d'établir des rapports entre l'occultation ou l'explicitation des règles, leurs sources quelles qu'elles soient, les sanctions auxquelles elles donnent ou non lieu et le degré et les modalités de contrainte qui les caractérisent. Car on peut supposer que la cristallisation progressive du caractère contraignant des normes n'est pas toujours indépendante des variations mêmes que subit leur justiciabilité au cours du trajet de leur émergence. Dans cette perspective, qui est celle où se situent les recherches sur les droits sociaux et sur les normes reliées à la technologie où s'inscrit cette démarche de conceptualisation du droit, le maintien d'un concept ouvert et polysémique qui permette de n'échapper aucun élément de cette problématique complexe de l'émergence progressive des normes et de leur juridicité d'une part, et de leur justiciabilité de l'autre, non seulement se justifie mais s'impose.

La pensée se précisant successivement, et mieux encore quand elle s'exerce dans un champ d'expérimentation varié, il devrait être possible, au terme de cette démarche, de proposer une échelle de juridicité plus diversifiée et peut-être plus précise encore que celle dont nous disposons à présent et qu'il serait prématuré sinon impossible de concevoir maintenant. C'est au contraire à l'examen de toutes les facettes d'une pluralité de normes diverses, à travers le prisme multiple des définitions alternatives du droit que nous venons d'explorer que pourront se dégager, à partir de cette expérience et aussi des pistes déjà suggérées par d'autres et notamment par Timsit, les assises éventuelles d'une telle échelle.

Car c'est une chose de constater, comme je l'ai fait ailleurs⁸⁸, les degrés de variation dans la contraignabilité des instruments multiples que l'État utilise pour mettre en oeuvre ses politiques, de l'incitation à la loi en passant — entre autres — par le *regulating by contract*, mais c'en est une autre de pondérer entre eux les degrés de contraignabilité spécifique de normes explicites ou implicites aussi variées que les droits sociaux en émergence, les protocoles de traitement que choisissent les médecins d'une même discipline et d'une même tendance pour le traitement d'une maladie déterminée, les règles « éthiques » que se donnent les banquiers en matière de confidentialité des données, le produit de

88. Andrée LAJOIE, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.

l'auto-réglementation à laquelle s'adonnent les radiodiffuseurs sous la « menace » de régulation externe du C.R.T.C., ou les corporations professionnelles, dans la même situation à l'égard de l'Office des professions, sans parler du comportement des files d'attente ou des couples...

Mais il me semble déjà utile de pouvoir suggérer, pour toutes ces recherches et quelques autres qui sont effectivement en cours, la définition ouverte et polysémique élaborée ici, dans l'espoir qu'elle permette d'aller plus loin dans les tâtonnements malaisés que nous impose l'analyse d'un objet aussi mouvant — dans l'univers social aussi bien qu'idéologique — que le droit.