
Études de sociologie du droit et de l'éthique

Guy Rocher

professeur titulaire et chercheur
au Centre de recherche en droit public
de la Faculté de droit de l'Université
de Montréal

Données de catalogage avant publication (Canada)

Rocher, Guy, 1924-

Études de sociologie du droit et de l'éthique

Comprend des réf. bibliogr.

ISBN 2-89400-070-7

1. Sociologie juridique. 2. Droit et morale. 3. Droit — Aspect social.
4. Bioéthique — Aspect social. 5. Morale — Aspect sociologique. I.
Titre.

K371.R62.1996

340'.115

C96-940160-4

Graphisme : Claude Lafrance
Composition : Sylvie Thériault

On peut se procurer le présent ouvrage aux

Éditions Thémis

Faculté de droit
Université de Montréal
C.P. 6128, succ. Centre-ville
Montréal (Québec)
H3C 3J7

Téléphone : (514) 739-9945
Télécopieur : (514) 739-2910

Tous droits réservés
© 1996 - Les Éditions Thémis Inc.
Dépôt légal : 2^e trimestre 1996
Bibliothèque nationale du Canada
Bibliothèque nationale du Québec
ISBN 2-89400-070-7

Le Centre de recherche en droit public n'accorde aucune approbation ni improbation aux opinions émises par ses chercheurs dans leurs études; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

La quinzaine de textes réunis ici ont été publiés dans autant de revues ou de livres au cours des dernières années, au hasard des invitations ou des occasions. On a jugé qu'un public diversifié de lecteurs aurait intérêt à les trouver assemblés en un volume. Nous les présentons sous le titre d'«études». Cette désignation n'est pas le fruit du hasard : il y a lieu de la justifier.

Les dictionnaires donnent de ce terme quelques définitions qui disent chacune assez bien la nature à la fois variée et unifiée de cet ouvrage. Selon une première acception, des études peuvent être l'exposé des «résultats d'une recherche». L'ensemble des chapitres de cet ouvrage forme en effet le produit d'une longue recherche, entreprise il y a déjà plus de quinze ans, sur le sens et les orientations de la sociologie du droit et de l'éthique. Par ailleurs, une deuxième définition va presque dans le sens opposé de la première : elle nous dit que le terme «études» peut encore désigner des travaux préparatoires en vue «d'une oeuvre plus élaborée». Il est vrai que la recherche dont ce livre fait état se poursuit toujours, l'on peut même affirmer qu'elle connaît une constante évolution.

Enfin, suivant un usage qui a cours surtout en musique, l'étude est une oeuvre qui affiche «un dessein didactique» explicite ou reconnu. Le métier de professeur a développé comme à l'état naturel, chez celui qui l'a exercé depuis un bon nombre d'années, une attitude didactique qui agit presque à l'égal de l'instinct. L'ensemble de cet ouvrage est de fait inspiré par le projet de susciter et alimenter la curiosité de tout lecteur qui s'interroge sur ce que peut être et apporter un regard sociologique sur le droit et l'éthique.

Bref, conformément à la notion d'«études», ce livre offre au lecteur un certain nombre de conclusions qui sont, d'une part, extraites de recherches empiriques et théoriques menées depuis une quinzaine d'années et qui, d'autre part, se rattachent à une démarche scientifique plus large toujours en active gestation. Le «dessein didactique», de son côté, est partout présent dans chacun des chapitres.

Dans la quinzaine de chapitres qui suit, il sera question de la sociologie du droit et de sociologie de l'éthique. Parlons rapidement de l'une et de l'autre.

* * *

La sociologie du droit a fait de grands progrès au cours des dernières années. Quand j'ai commencé à m'y intéresser, elle n'était pratiquée que par un nombre limité de juristes, et par encore moins de sociologues. Depuis lors, elle a progressé à la fois par le nombre des recherches empiriques qu'elle a inspirées et par les analyses théoriques qu'elle a suscitées ou auxquelles elle a participé. Il y a quelques années à peine, je dressais un inventaire des travaux qu'on pouvait identifier comme étant des contributions à la sociologie québécoise du droit¹. Encore valable pour son temps, ce tour d'horizon appellerait de nombreux ajouts pour être mis à jour, prouvant de ce fait la productivité des chercheurs dans ce champ d'études. Par ailleurs, c'est moins avec la philosophie qu'avec la théorie du droit que la sociologie a fait jonction, à travers un intérêt commun pour une meilleure compréhension de la production du droit, sa légitimité, les fondements de sa force, les raisons de ses faiblesses, son effectivité réelle, évidente ou cachée.

Les études que contient cet ouvrage-ci ont été nourries à une double source : la recherche empirique et la réflexion théorique. L'une ne va pas sans l'autre. La recherche empirique est sans doute souvent inspirée par des préoccupations sociales, mais elle a constamment besoin de l'être aussi par un questionnement théorique. La réflexion théorique, de son côté, tire sans cesse de la recherche empirique les matériaux nécessaires à la poursuite de sa démarche en même temps qu'à la vérification de ses avancées. Ainsi se construit, par touches successives, une connaissance plus exacte de cette réalité sociale infiniment complexe qu'est le droit.

La première et la deuxième partie de cet ouvrage correspondent à cette dualité. La première est d'orientation plutôt empirique, la seconde, théorique. L'une s'appuie cependant sur l'autre, l'une renvoie à l'autre. Elles peuvent être lues séparément, selon l'intérêt du lecteur. Mais elles ont été conçues et écrites en fonction l'une de l'autre.

Le point de départ de toute sociologie du droit réside dans la reconnaissance du fait que le droit n'a qu'une autonomie relative. Bien sûr possède-t-il indéniablement une certaine autonomie, du fait de son caractère savant. Celui-ci a donné lieu à la création de la profession des juristes, vieille de plus de deux millénaires, si on ne remonte qu'aux Grecs et aux Romains de l'Antiquité. De leur côté, les juristes ont évidemment contribué à accentuer le caractère savant du droit, et par suite l'autonomie toujours croissante du droit comme champ de savoir. Cette autonomie n'est cependant que relative dans la mesure où le droit tire son inspiration des us et

¹ Guy ROCHER, «La sociologie du droit au Québec : une nouvelle discipline en émergence?», dans Robert D. BUREAU et Pierre MACKAY (dir.), *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec, 1970-1987*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, pp. 555-596.

coutumes d'une société, que sa production et sa mise en application sont soumises à des jeux de pouvoir entre groupes d'intérêt et de pression, que son action s'inscrit dans la vie concrète d'institutions variées et qu'il se nourrit des valeurs et des idéologies sur lesquelles toute société humaine se construit, se maintient et se modifie. C'est précisément dans l'analyse de ces interactions entre le droit et le milieu social, économique, politique et culturel que la sociologie du droit trouve sa fonction, sa raison d'être.

Dans cet ouvrage, ce sont notamment les rapports d'internormativité que le droit entretient avec l'éthique qui sont mis en relief. Les travaux empiriques que j'ai menés ou dirigés au Centre de recherche en droit public depuis quelques années ont porté tout à la fois sur le droit et l'éthique comme modes de régulation sociale. Deux modes de régulation sociale qui, quoi qu'on en disent, sont bien près l'un de l'autre, prenant souvent appui l'un sur l'autre. La morale prend le relais là où le droit se tait; en revanche, celui-ci en vient à tenir lieu de morale lorsque celle-ci ne peut plus compter sur un consensus assez général.

Cependant, le droit, plus que l'éthique, entretient avec les différents pouvoirs des relations privilégiées et complexes. Parlant de l'intérêt que «le père de la Tragédie», Eschyle, avait pour le droit, particulièrement dans son *Orestie*, Ismaël Kadaré écrit : «Pour s'intéresser au droit avec tant de passion et de sérieux, il faut être profondément conscient de sa responsabilité dans les affaires des hommes, il faut vouloir ne pas se tenir à l'écart en se lavant les mains, mais s'**engager** (terme irritant à l'oreille de bien des esthètes) dans la grande mêlée humaine, bref, empoigner le sceptre du législateur, du souverain»².

Les sept tragédies d'Eschyle qui sont venues jusqu'à nous, des quelque 90 qu'il aurait écrites, témoignent en effet d'un esprit profondément imbu des grandes questions qui agitaient la conscience des Grecs de son temps et cela dans une perspective si universelle que ses oeuvres rejoignent les angoisses de nos contemporains du XX^e siècle, comme l'a bien montré Ismaël Kadaré. Sans doute peut-on dire que le droit n'est pas la seule institution à faire appel à l'**engagement** de qui la prend au sérieux : on peut en dire autant, par exemple, de l'enseignement, de l'économie ou de la morale. Mais cela n'empêche que Kadaré a eu raison de dire que le droit en particulier fait appel au sens «de la responsabilité dans les affaires des hommes», parce qu'il est une normativité essentiellement active. Il est étroitement lié à toute forme d'exercice du pouvoir dans les comportements humains et les rapports sociaux. D'une manière ou d'une autre, il appelle l'obéissance et ouvre la porte à la contrainte, parce qu'il est «le sceptre du législateur, du souverain».

² Ismaël KADARÉ, *Eschyle ou l'éternel perdant*, traduit de l'albanais par Alexandre Zotos, Paris, Fayard, 1988, p. 28. Le caractère gras est de l'auteur.

Droit et pouvoirs sont indissociables : le droit est le bras des différentes formes du pouvoir politique et il est souvent soit l'enjeu soit le levier de nombreux pouvoirs économiques, sociaux et même idéologiques. Ce thème, à mon avis central de la sociologie du droit, se retrouve dans plusieurs des textes ici présentés.

* * *

La sociologie du droit intéresse et le juriste et le sociologue. D'autres aussi sans doute, mais ceux-là en premier. C'est eux qu'elle réunit, sur un terrain qui peut leur être commun. Mais chacun y arrive à partir d'horizons différents. L'un y vient par l'étude et la pratique du droit, l'autre, par celles de la sociologie. Chacun y arrive aussi avec ses intérêts professionnels particuliers. Si la sociologie du droit est leur lieu de rencontre, elle peut donc aussi être celui de leur confrontation. Selon qu'on est plutôt juriste ou plutôt sociologue, la sociologie du droit peut ne pas signifier la même chose, les attentes de l'un seront différentes de celles de l'autre. Il y a là, d'entrée de jeu, une dualité qu'il importe de ne pas laisser dans l'ombre.

Cette dualité des intérêts intellectuels et professionnels du juriste et du sociologue a donné lieu à une double tradition, que nous appellerons pour l'instant la sociologie **pour** le droit et la sociologie **du** droit. La première a surtout voulu être au service du droit et des juristes en cherchant soit à mieux éclairer le contenu du droit par le contexte social auquel il se rapporte, soit à analyser le fonctionnement des institutions juridiques pour en corriger les défauts. La sociologie du droit a plutôt eu comme objectif d'approfondir la connaissance de la société, particulièrement des sociétés contemporaines, en prenant en considération la place qu'y occupe le droit, les fonctions qu'il remplit, les rapports qu'il entretient avec les autres institutions de la société. Dans le premier cas, le point de départ est le droit, dans le second, la société globale.

Disons tout de suite cependant que la sociologie pour le droit n'est pas le fait que de juristes, et la sociologie du droit n'a pas été pratiquée que par des sociologues. Des juristes ont fait et font de la sociologie du droit, et des sociologues de la sociologie pour le droit. De plus, l'intention utilitaire et l'intention théorique ne sont pas nécessairement identifiées à l'une plus qu'à l'autre. Ceci dit, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas difficile de retracer les deux sociologies pour le droit et du droit que nous venons d'évoquer.

On comprend que juristes et sociologues se soient employés à explorer le contexte social du droit. Le droit est une sorte de science sociale appliquée. Tout en disant ce qui doit être, le discours juridique est aussi, d'une certaine manière, une grille d'appréhension de la société. Le droit est un construit qui s'est édifié à partir de catégories et de concepts qui sont nés de la vie sociale et en elle; ses catégories et concepts coïncident avec des

structures sociales réelles. Le droit n'est pas que normatif; il est aussi une certaine perception de la réalité sociale, il est en ce sens une certaine sociologie. Et qui plus est, une sociologie efficace : le droit ne serait pas le droit si ce qu'il ordonne ne se réalisait pas, au moins pour une part, dans la réalité des faits. Tout en étant conscient d'une relative inadéquation entre le droit et les faits, on peut quand même légitimement croire qu'une bonne partie du droit passe dans la réalité. En ce sens, on peut dire du droit qu'il est la plus efficace de toutes les sciences sociales appliquées.

Par suite tout autant des différentes sources du droit que de sa mise en application, l'optique sociologique qu'on peut porter sur lui n'est pas étrangère au juriste. Il peut lui être assez naturel de s'interroger sur les racines sociales des lois et de la jurisprudence, de rechercher les raisons des écarts qu'il observe entre le droit écrit et sa mise en oeuvre, de relier le droit aux valeurs et aux idéologies de la société. Plus que le médecin, l'ingénieur, le chimiste ou l'informaticien, le juriste a des catégories mentales et des concepts qui lui permettent de réfléchir d'une manière sociologique sur l'objet de sa connaissance, sur l'exercice de sa profession et sur la société en général. Cette affinité entre le juriste et la sociologie est d'ailleurs elle-même un sujet d'étude pour le sociologue.

Qui plus est : on doit à des juristes non seulement la sociologie pour le droit, mais aussi les fondements théoriques de la sociologie du droit. Ce sont des juristes, ou tout au moins des hommes dont l'esprit fut formé par le droit (Montesquieu, de Tocqueville, Marx, Weber, Ehrlich), qui furent les grands précurseurs et fondateurs de la sociologie du droit contemporaine. Ce qui nous amène à souligner que les rapports entre le droit et la sociologie sont nombreux et complexes. Ainsi, les précurseurs et fondateurs de la sociologie du droit que l'on vient d'évoquer sont aussi les précurseurs et fondateurs de la théorie sociologique générale. L'histoire de la sociologie montre que celle-ci entretient avec le droit des rapports que les sociologues ont trop longtemps négligés. Les sociologues ont un peu trop perdu le souvenir de ce que la sociologie, même contemporaine, doit au droit.

Le sociologue qui entre dans le champ de la sociologie du droit se trouve donc dans une situation unique, qu'il ne retrouve dans aucun autre champ de ce que l'on appelle les sociologies spéciales (par opposition à la sociologie générale) : l'objet de son étude, le droit, a déjà été soumis à une certaine exploration sociologique par des praticiens du droit, c'est-à-dire par ceux-là même qu'il prétend aussi adopter comme sujets de son étude. Ce n'est qu'en sociologie du droit que le sociologue doit prendre en compte une autre sociologie que la sienne.

Cette confrontation peut paraître gênante au juriste et au sociologue. L'un et l'autre peuvent, pour des raisons évidemment différentes, y voir une intrusion étrangère dans leur domaine. Par ailleurs, cette double tradition

peut apporter à la sociologie du droit la richesse d'une complémentarité de perspectives, celle du praticien, celle du théoricien.

* * *

Si, suivant le sociologue Talcott Parsons, l'on fait une nette distinction entre pouvoir et influence, le droit serait du côté du pouvoir et l'éthique, de l'influence. Le pouvoir se présente comme la capacité de faire agir un autre ou d'autres selon sa volonté; l'influence tient plus de la conviction à transmettre à d'autres et à leur faire accepter, elle s'adresse davantage à la conscience intime; elle comporte une intériorité dont le droit peut faire l'économie.

La sociologie de l'éthique n'a pas récemment connu le même développement que la sociologie du droit. Il se peut que cette intériorité qui caractérise l'éthique ait comme conséquence que le sociologue a moins de prise sur elle que sur le droit. Elle ne se laisse pas aisément capter en objet d'observation, à moins de recourir à des méthodes très fines et de maniement délicat. Les éthiciens, de leur côté, ne se sont guère intéressés à la sociologie de leur sujet, contrairement au mouvement observé chez les juristes. Les éthiciens se sont même en général plutôt méfiés de la sociologie, occupés qu'ils ont peut-être été à établir ou à défendre leur territoire. S'ils se sont intéressés à l'éthique appliquée, on en connaît peu qui aient débordé vers les sciences sociales comme mode d'approfondissement ou d'élargissement du champ de l'éthique.

La sociologie de l'éthique m'a intéressé à un double titre. En premier lieu, comme un complément nécessaire de la sociologie du droit. Plus j'ai fréquenté et pratiqué cette dernière, plus il m'est apparu qu'il fallait éviter de s'enfermer dans l'analyse du seul droit positif, c'est-à-dire du seul droit que tout juriste reconnaît comme tel. Celui-ci n'est en effet qu'un des divers modes de contrôle et de régulation sociale. Sa production et son effectivité ne sont jamais indépendantes des autres univers normatifs, qu'il s'agisse de l'éthique, individuelle ou collective, de la normativité administrative, des standards techniques ou scientifiques, des règles de vie commune, des impératifs religieux. La sociologie du droit débouche donc presque naturellement sur le pluralisme normatif et sur l'internormativité. C'est ainsi que la sociologie de l'éthique côtoie celle du droit; je dirais même qu'elles s'imbriquent étroitement l'une dans l'autre et s'appellent mutuellement, sous le chapeau élargi d'une sociologie des normativités ou encore des formes de régulation sociale.

À cette première raison s'en ajoute une seconde, qui est l'intérêt que présente l'analyse de l'éthique à l'heure où les sociétés contemporaines traversent une rapide évolution des valeurs, dont on peut dire qu'elle est vécue par beaucoup comme une crise de culture. La morale dite

traditionnelle est remise en question, du moins dans certaines de ses parties et même, par certains, dans ses fondements mêmes et sa légitimité. Au même moment, de nouveaux défis lui sont posés, ne fût-ce que par l'incroyable série d'innovations scientifiques et techniques dont notre siècle a été si prolifique. Le changement rapide dans l'ordre des valeurs ne peut qu'attirer le regard intéressé du sociologue.

La troisième partie de cet ouvrage a été inspirée par ce double intérêt pour l'éthique, intérêt que l'on peut appeler intellectuel pour une part et engagé dans le monde d'aujourd'hui pour l'autre. Le goût pour le «sceptre du législateur», auquel peut répondre la sociologie du droit, se poursuit à travers l'inquiétude humaine qui anime toute réflexion éthique.

Ainsi, réparties en trois parties à peu près égales, les «études» de cet ouvrage couvrent donc un spectre étendu d'intérêts, avec peut-être comme axe central le désir d'un peu mieux comprendre notre monde contemporain, à travers l'évolution récente du droit, de l'éthique et de quelques autres modes de normativité sociale.

* * *

Puisque tous les textes de cet ouvrage ont déjà été publiés, je tiens à remercier les diverses maisons d'édition qui ont accepté qu'ils soient intégrés dans cet ensemble-ci. La source de chacun de ces textes est mentionnée au début de chaque chapitre. Par ailleurs, au long des années au cours desquelles ces recherches ont été menées, j'ai bénéficié de subventions pour mener divers travaux qui ont pu servir de toile de fond sinon de sujet à un bon nombre des chapitres qui suivent. J'en remercie donc les ministères de la Justice du Canada et du Québec, le programme de subventions des Actions structurantes du Gouvernement du Québec, le Fonds FCAR du Québec et le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Je tiens aussi à exprimer toute ma reconnaissance aux collaborateurs, collègues, étudiants et stagiaires, trop nombreux pour être ici mentionnés, pour le grand profit que j'ai tiré des divers travaux menés avec eux et elles et pour la stimulation qu'ils et elles m'ont procurée. Je remercie enfin Sylvie Thériault pour le soin qu'elle a apporté, avec tant de compétence et d'efficacité, à la mise en forme de ce manuscrit, ainsi que les correcteurs et correctrices des Éditions Thémis pour l'attention scrupuleuse dont ils et elles ont fait montre dans leurs révisions.

PLAN SOMMAIRE

AVANT-PROPOSIX

PLAN SOMMAIRE..... XVII

PREMIÈRE PARTIE LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ CONTEMPORAINE

CHAPITRE 1

L'emprise croissante du droit3

CHAPITRE 2

Le droit canadien : un regard sociologique 19

CHAPITRE 3

Les fondements de la société libérale,
les relations industrielles et les Chartes67

CHAPITRE 4

Les sociétés technologiques, la culture
et le droit83

CHAPITRE 5

Tensions et complémentarité entre
droits individuels et droits collectifs99

CHAPITRE 6

Droits, libertés et pouvoirs :
dans quelle démocratie ?.....109

**DEUXIÈME PARTIE
LES SOCIOLOGIES DU DROIT**

CHAPITRE 7

Pour une sociologie des ordres juridiques 123

CHAPITRE 8

Le droit et les juristes dans une
«société libre et démocratique» selon
Alexis de Tocqueville 151

CHAPITRE 9

Le droit et la sociologie du droit
chez Talcott Parsons 175

CHAPITRE 10

La réception de l'œuvre de Max Weber
dans la sociologie et la sociologie du droit
aux États-Unis 205

CHAPITRE 11

Droits, pouvoir et domination 235

**TROISIÈME PARTIE
DU DROIT À L'ÉTHIQUE**

CHAPITRE 12

La bioéthique comme processus
de régulation sociale :
le point de vue de la sociologie 261

CHAPITRE 13

Les comités d'éthique dans les hôpitaux
du Québec, et leurs concurrents 277

CHAPITRE 14

L'éthique et (de, pour, par) la science287

CHAPITRE 15

Y a-t-il des normes d'allocation des équipements
coûteux en milieu hospitalier ?.....295

CHAPITRE 16

Le défi éthique dans un contexte social et
culturel en mutation305

TABLE DES MATIÈRES319

PREMIERE PARTIE

LE DROIT DANS LA SOCIETE CONTEMPORAINE

CHAPITRE 1

L'EMPRISE CROISSANTE DU DROIT*

Dans un colloque dont le thème est le changement, on peut identifier comme un signe de changement que l'on y ait inscrit une conférence sur le droit. On renoue ainsi avec une ancienne tradition qui reconnaissait des liens étroits entre le droit et les sciences humaines. Cette tradition avait cependant été oubliée pendant longtemps. Il n'est pas certain que beaucoup de nos collègues des sciences sociales admettraient le droit dans la famille des sciences sociales. Le droit n'est généralement pas perçu comme une science, mais comme un art, voire une technique très marginale aux sciences humaines. Par contre, bien des juristes sont prêts à dire que leur discipline est une des sciences de la société, même la plus ancienne. Certains peuvent même croire qu'elle est la seule vraie science sociale. Je n'oublierai jamais ce vieil avocat un peu sourd à qui je disais que je faisais de la sociologie du droit et qui acquiesça en disant : «Oui, la sociologie, c'est le droit!» Je n'ai jamais su s'il se moquait de moi.

Le droit est évidemment une institution qu'on peut considérer comme le squelette de la société : il contribue pour une large part à assurer les bases de l'organisation et du fonctionnement de tout ensemble social dans lequel s'établissent des rapports d'autorité et de pouvoir. Je laisse de côté le débat de savoir s'il existe du droit dans toutes les sociétés. On sait en tout cas que les grandes civilisations et les grandes sociétés, depuis la Mésopotamie jusqu'à nos jours, ont connu une forme ou l'autre d'institution juridique. Cependant, la place et l'importance du droit ont beaucoup varié d'une société à l'autre et selon les époques. Il y eut des périodes où le droit a été en retrait dans l'évolution des sociétés et des esprits. Mais il fut par ailleurs des temps où il a exercé une influence prédominante dans l'histoire. Ce fut par exemple le cas aux XI^e et XII^e siècles, lorsque des théologiens, qui étaient en même temps des juristes (droit et théologie allaient alors de pair), entreprirent la grande réforme de l'Église catholique par le recours au droit, à l'aide duquel ils voulurent rétablir la discipline et refaire l'unité du clergé tout autant que des fidèles. C'est de leurs travaux qu'émergea le droit canon qui forme encore l'armature juridique de l'Église catholique, en même temps qu'il a servi de matrice aux institutions juridiques que connaissent encore les

*

Ce texte a initialement été publié dans : Fernand DUMONT (dir.), *La Société québécoise après 30 ans de changements*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, p. 99. «Cet ouvrage réunit les communications présentées lors d'un colloque organisé par l'Institut québécois de recherche sur la culture et tenu à Québec en octobre 1989», *id.*, p. 6.

nations occidentales¹. On peut dire que c'est une période un peu analogue de prédominance du droit que connaît le Québec, comme c'est d'ailleurs le cas dans tous les pays occidentaux, et l'on pourrait ajouter dans bien d'autres pays aussi.

I- LA DOUBLE MUTATION DU DROIT CONTEMPORAIN

Le droit des pays occidentaux a connu une très grande activité, de grands changements depuis la crise économique des années 1930 et plus encore depuis la Deuxième Guerre mondiale. Résumons une histoire complexe en disant qu'il a traversé deux grandes mutations.

Première mutation : l'explosion du droit public

Même si la distinction entre droit civil et droit public est contestable et contestée, elle nous sera utile ici. Le droit civil règle les rapports des citoyens entre eux, notamment en établissant les liens de filiation et en réglant l'échange et la transmission de biens (par le contrat et le testament, en particulier). Le droit public institue et régit les organismes de l'État et règle les rapports réciproques entre l'État et les citoyens. Ce dernier a connu un développement presque monstrueux au cours des dernières décennies, refoulant de plus en plus le droit civil et l'envahissant même au point qu'on se demande s'il y a encore du droit civil en dehors du droit public.

Lorsque j'étais étudiant en droit dans les années 1940, l'enseignement du droit civil régnait en maître, et celui du droit public était plutôt minime. Je me souviens qu'un même cours de trente heures était consacré à la fois au droit «scolaire» et au droit paroissial. Le droit scolaire consistait surtout à décrire le mode d'élection des commissaires dans les commissions scolaires. Aujourd'hui, le droit paroissial a disparu et le droit de l'éducation — notons l'évolution de la terminologie — a pris une grande expansion.

Ce n'est là qu'un exemple. On peut les multiplier. Parallèlement au droit de l'éducation, on a vu se développer toute une série de nouveaux champs du droit : le droit de la santé et des services sociaux, de l'environnement, de l'habitation, de l'eau, le droit urbain, le droit fiscal. Le droit constitutionnel, dont on n'était pas certain que c'était du droit il y a peu de temps encore, est devenu un très important domaine du droit contemporain. Et le droit international est à son tour en train de gagner une reconnaissance certaine. À travers ces domaines juridiques, c'est tout un ensemble de rapports entre les citoyens et l'État qui sont réglementés.

¹ Harold J. BERMAN, *Law and Revolution : the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1983.

Cette explosion du droit public est évidemment liée à l'extension de l'intervention de l'État, à la mise en place de l'État-providence. On le sait, c'est principalement par le droit que s'exerce le pouvoir politique, qu'il s'agisse de lois, de règlements, de normes, de critères. L'explosion du droit public est un corollaire de l'inflation de l'État.

Ajoutons que ce n'est pas nécessairement l'État lui-même, par ses organismes, qui met en action tout ce droit public. Il le fait souvent d'une manière indirecte, ou médiatisée, par voie de délégation. Il se trouve ainsi qu'un grand nombre d'organismes qui sont ce qu'il y a de plus privé — une Chambre de commerce, un syndicat d'employés, une clinique populaire — se font des règlements en vertu de pouvoirs délégués par l'État et que des tribunaux pourront éventuellement rendre contraignables.

Cette explosion du droit public se fait sentir aussi d'une autre manière. Le droit public a envahi des champs de rapports sociaux qui relevaient auparavant du droit civil. C'est le cas notamment du droit du travail qui, du droit civil, est passé au droit public. On peut en dire autant des rapports entre producteurs et consommateurs, entre locateurs et locataires, tout comme aussi des rapports entre praticiens professionnels et leurs clients.

Ainsi, un civiliste québécois, Pierre Ciotola, s'est interrogé sur «l'intervention de l'État dans le droit des contrats» et les changements qui en résultent dans la pratique du notariat. Il note dès le départ «les symptômes d'une crise contractuelle», la réduction de «l'autonomie contractuelle», pour déclarer : «Le droit public envahit le droit privé. Les frontières entre le droit privé et le droit public cessent d'être étanches. L'envahissement par le droit public se traduit par la prolifération de règles impératives issues d'une socialisation du droit. L'intérêt de la collectivité publique dicte aux particuliers, dans le cours de leurs rapports contractuels, des considérations jusque-là ignorées»². Un des dogmes fondamentaux de la théorie des contrats, celui de «l'initiative contractuelle», appelle révision car voilà que maintenant «le contractant ne peut façonner à sa guise les dimensions de ses liens juridiques»³. Et le professeur Ciotola conclut en montrant que, de diverses manières, «la publicisation du contrat», dont il dit qu'elle peut être justifiée par «le bien-être de la collectivité», a sur l'exercice du notariat «un impact des plus considérables [...elle] entraîne des modifications profondes des modalités d'exercice de la profession notariale»⁴.

² Pierre CIOTOLA, «L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats?», (1986) 20 *R.J.T.* 171.

³ *Id.*

⁴ *Id.*

Deuxième mutation : les droits de la personne

La deuxième mutation n'est pas indépendante de la première, on peut même y voir une conséquence de la première : c'est l'extension qu'est en train de prendre la protection des droits de la personne et des libertés fondamentales. Le début de cette histoire remonte en réalité quelques siècles en arrière, aux XV^e et XVI^e siècles, au moment de la Renaissance et de la Réforme protestante, puis au Siècle des Lumières. L'autonomie du sujet humain est alors apparue comme une valeur montante; l'on observe à cette époque une importance croissante accordée à la subjectivité, notion étroitement rattachée à celle de modernité, comme l'a bien montré Habermas⁵. Cette autonomie du sujet a voulu s'affirmer notamment contre l'arbitraire de l'État de l'Ancien Régime : c'est ainsi que la première grande Déclaration, celle de 1789 — au moment où débute la Révolution française — protégeait avant tout les Droits du citoyen. On en a par la suite, surtout après la Deuxième Guerre mondiale, élargi la portée pour protéger les Droits de la personne. Mais l'intention première demeure : c'est contre les abus possibles de l'État, tout autant que pour réclamer les services de l'État, que sont proclamés ces Droits. L'État s'engage à protéger ses citoyens contre sa propre action, contre les abus et vexations qu'il peut être tenté de commettre et à leur assurer certains services maintenant considérés comme essentiels (l'éducation, les soins de santé, le minimum vital, le travail).

On le voit aujourd'hui, ces Droits de la personne sont sans cesse invoqués dans un nombre toujours croissant de situations, parfois même les plus étonnantes, les moins prévisibles. Les tribunaux sont saisis de litiges au nom de ces droits, et ils le seraient plus encore si n'existait un certain tri qu'opèrent des Commissions des droits de la personne ou des ombudsmen privés (comme on en a maintenant dans nos universités, par exemple).

La priorité accordée à ces droits, qui s'est matérialisée lorsqu'ils ont été intégrés dans une Constitution, a des répercussions multiples dans nos vies. Je n'en cite qu'une, qui intéresse les chercheurs. Des renseignements disparaissent progressivement des dossiers d'institutions publiques et privées, sous prétexte d'éviter toute discrimination. On élimine ainsi progressivement des données touchant la religion, le sexe, le statut civil, la profession des parents, l'âge. Les chercheurs des sciences sociales se voient privés de données, perdant du coup la possibilité, par exemple, de faire des analyses de l'évolution de différentes clientèles.

À l'intérieur même de l'édifice du droit québécois et canadien, le caractère prioritaire accordé aux Chartes apporte des changements observables presque chaque jour. Il suffit d'ailleurs, pour s'en rendre compte,

⁵ Jürgen HABERMAS, *Le discours philosophique de la modernité*, trad. française, Paris, Gallimard, 1988.

de consulter la somme des écrits déjà impressionnante que les Chartes ont amenés dans le monde des juristes, qu'ils soient professeurs ou praticiens. Je n'en donne qu'un exemple. Ce qu'on appelle les «principes» ou les «notions floues» auxquels recourt nécessairement le droit — tels «le bon père de famille», «l'intérêt public», «la justice naturelle» — sont maintenant réinterprétés dans le cadre et à la lumière de ces Chartes. C'est ce que soulignent deux juristes, Didier Lluelles et Pierre Trudel : «Le caractère supra-légal de la *Charte canadienne des droits et libertés* implique nécessairement qu'il puisse en résulter des limites à la portée qu'avaient traditionnellement, ou qu'étaient susceptibles d'avoir, les principes du droit privé. Le contenu des notions floues que comporte le droit civil, telles que l'ordre public et la faute, ne saurait désormais être défini de manière à brimer ou à empêcher l'exercice de droits garantis par la Constitution. Au contraire, la Constitution, en raison de sa nature supra-légale, impose désormais des cadres à l'intérieur desquels devra être défini le contenu des notions floues essentielles à l'application des principes du droit civil.»⁶

II- LE DROIT COMME MORALE ET COMME RAISON

C'est à cette double mutation qu'est attribuable, pour une large part, la présence croissante du droit dans la vie des citoyens, dans leurs rapports économiques, sociaux, culturels et même affectifs. Il arrive qu'on n'y prête guère attention, qu'on en soit inconscient et sans doute généralement ignorant; mais la presque totalité de nos rapports sociaux sont régis par le droit ou peuvent se présenter sous un angle donnant ouverture au droit. S'il est vrai que cette présence du droit n'est pas nouvelle, qu'elle était déjà là sous l'empire du droit civil, ce qui est par ailleurs marqué, c'est l'extension et la visibilité qu'a prises cette présence, le rappel qui en est fait d'une manière répétée. C'est en ce sens que cette présence prend de plus en plus la forme d'une emprise sur la vie de chaque citoyen.

Cette place pressante qu'a prise le droit, on la comprendra mieux encore si l'on pousse l'analyse un peu plus loin. Il faut en particulier approfondir les fonctions que remplit le droit — évoquant ici non pas tellement des fonctions manifestes, mais des fonctions plutôt cachées ou latentes que le droit remplit aujourd'hui.

Le droit et les morales

Dans les manuels d'introduction au droit, il est de tradition d'établir dès les premières pages une nette distinction entre le droit et la morale. Quelle

⁶ Didier LLUELLES et Pierre TRUDEL, «L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux rapports de droit privé», dans *La Charte canadienne des droits et libertés : concepts et impacts*, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 219, aux pages 251-252.

que soit la distinction adoptée, l'auteur veut s'assurer que l'étudiant voit bien clairement que le droit et la morale sont distincts, qu'il ne faut pas les confondre, que le droit est indépendant de la morale parce qu'il procède selon sa logique propre.

Même si l'on trouvera longtemps encore cette distinction dans les manuels, il faudra reconnaître qu'elle vaut de moins en moins. Entre droit et morale, la porosité de la frontière devient nettement manifeste, parce qu'il s'est produit un phénomène de transfert de la morale au droit. La distinction entre droit et morale est plus facile à soutenir lorsqu'existe un consensus suffisant en matière de morale. Tel n'est plus le cas dans la société québécoise, comme dans toutes les sociétés avancées : le pluralisme religieux et moral est un des traits de ce que l'on a appelé la modernité.

Dans le contexte d'une société laïcisée, marquée par le pluralisme moral, le droit devient le dernier lieu où la morale commune peut espérer faire un certain consensus. Ou plus exactement, on fait appel au droit comme substitut à la morale pour se prononcer sur des questions de conscience. On observe en effet que l'on se tourne vers le législateur et vers les tribunaux — deux grandes sources de droit — pour leur demander de résoudre des problèmes impliquant la conscience morale des citoyens et de la collectivité. On l'a vu à l'été 1989, où l'opinion publique a été tenue en haleine pendant des semaines par un litige touchant l'avortement (la cause de Jean-Guy Tremblay contre Chantal Daigle). Des juges des trois instances hiérarchiques ont eu à se prononcer rapidement sur les questions juridiques d'une cause reposant en réalité sur des considérations profondément morales. Rappelons au moins trois enjeux moraux : le droit de la femme à son intégrité physique, le droit du père et le statut du fœtus. Un des juges de la Cour d'appel, le juge Louis Lebel, le disait clairement dans cette cause : «Ce dossier soulève des problèmes fondamentaux d'évaluation et de mise en équilibre des droits de la femme enceinte, du père potentiel et de l'enfant à naître.»⁷ On sait combien la question de l'avortement divise radicalement l'opinion publique, précisément comme problème moral, chaque camp faisant pression sur le législateur pour se faire entendre. Et l'on a assisté à l'embarras du législateur, lui-même aussi divisé, devant une décision si difficile qu'il a fallu la reporter, obligeant par là les tribunaux à se prononcer.

Les développements acquis et à venir de la science et de la technologie posent et poseront bien davantage de nouveaux problèmes moraux de diverses natures. Le cas de l'avortement est évidemment une conséquence de ces développements : l'avortement est devenu une intervention médicale hautement sécuritaire, à la différence de ce qu'il était il y a bien peu de temps. De nouveaux problèmes moraux amenés par les changements scientifiques et technologiques se retrouvent dans une grande quantité de

⁷ *Daigle c. Tremblay*, [1989] R.J.Q. 1735, 1748.

domaines. Ainsi, les progrès de l'informatique posent des problèmes éthiques nouveaux en matière d'information et de communication : diffusion de l'information, accès à l'information, utilisation de l'information sur les personnes. Les débats sur la protection de l'environnement et la lutte contre la pollution sont la conséquence, pour une part importante, de la technicisation de l'industrie, des progrès de l'industrie chimique et électronique. La bioéthique fait face à une multiplicité de nouveaux problèmes, dont les tribunaux et le législateur sont ou seront saisis : mentionnons, par exemple, les tests de dépistage du SIDA, l'acharnement thérapeutique, les dons et transplantations d'organes, les contrats de mères porteuses, la congélation d'embryons, les nouvelles techniques de reproduction. Et pour l'avenir, évoquons particulièrement les nouvelles connaissances génétiques qui ouvrent toute grande la porte à la manipulation génétique.

Par suite des progrès accomplis et de la puissance dont on l'a dotée, la technoscience n'est plus moralement neutre. Elle pose une série de nouvelles questions éthiques qui, dans l'état de pluralisme moral de nos sociétés contemporaines, aboutissent devant le législateur et les tribunaux, où l'on espère leur trouver des solutions susceptibles d'un certain consensus, ce qui est cependant rien moins que certain.

Le droit et le consensus social

Avec le consensus, le droit entretient des rapports équivoques. On attribue souvent au droit la responsabilité de créer et entretenir des divisions, de susciter et nourrir l'esprit de chicane, d'être source de désunion sociale. C'est pour cette raison que les avocats ne furent pas admis à venir résider en Nouvelle-France sous le Régime français. Par ailleurs, on reconnaît aussi au droit d'être un des modes de solution des conflits; il sert à la fois à refroidir les passions, à offrir des voies neutres et en principe objectives aux parties opposées pour arriver à un compromis, à proposer en dernier ressort le recours à un tiers extérieur (juge, arbitre ou autre) et en principe impartial pour mettre fin à un conflit.

Le consensus moral de plus en plus évanescent que je viens d'évoquer met plus en relief que jamais cette fonction contradictoire du droit. Il peut être la source de conflits multipliés et il demeure en même temps un lieu privilégié de solution de ces conflits. Il est aisé de constater comment le droit est un enjeu dans les luttes sociales : les affrontements entre mouvements sociaux représentant des intérêts, des valeurs ou des idéaux divergents, se font généralement autour d'un projet de loi ou d'une loi. Les conflits de la société québécoise sont souvent datés par le numéro d'un projet de loi ou d'une loi : «Bill 60», Loi 22, Loi 101, Loi 178, le rapatriement de la Constitution canadienne, et la liste pourrait s'allonger avec les lois relatives aux conflits de travail et aux politiques sociales.

L'apparition de problèmes éthiques nouveaux résultant des développements technoscientifiques déjà connus et des nombreux autres à venir, que j'ai évoqués plus haut, l'éventualité de conflits d'une nature encore inconnue résultant de ces développements, vont amplifier l'appel à la fonction consensuelle du droit, par la médiation du législateur et des tribunaux. En l'absence de consensus moral, le droit apparaît comme la seule voie pour maintenir le consensus social. Il est en effet identifié à la véritable manière démocratique de procéder dans les cas de conflits. C'est en ce sens qu'on a souvent qualifié de «civilisées» les luttes sociales qui se maintenaient à l'intérieur des limites du droit, qui ne recouraient ni à la violence, ni à la force physique, ni non plus à des grèves ou manifestations considérées illégales.

Cette valorisation du caractère «civilisé» des luttes sociales limitées à l'intérieur de l'espace juridique m'apparaît un phénomène qui a une très grande signification, à laquelle on n'a pas accordé l'attention qu'elle mérite. Elle souligne en effet la fragilité que l'on attribue à la paix sociale, à ce que l'on peut aussi appeler l'ordre établi. La société moderne est constituée d'une distribution du pouvoir parmi une pluralité d'acteurs : l'État en est un, bien sûr, et d'importance, mais il doit compter avec les pouvoirs que détiennent les représentants de divers groupes d'intérêts avec qui il doit à l'occasion négocier soit formellement, soit informellement. Il est donc bien important pour les porte-parole de l'État d'amener leurs interlocuteurs à se situer sur le même terrain qu'eux, celui du droit. Le droit sous toutes ses formes est en effet le principal instrument par lequel s'exerce le pouvoir politique. Au-delà du droit, lorsque celui-ci n'est plus efficace, il reste à l'État le recours à la force : la police, l'armée, la prison. Dans une société qui se prétend ou se veut démocratique, le recours à la force demeure une dernière instance que les hommes politiques repoussent le plus loin possible. Valoriser le recours au droit, la solution des litiges à travers les canaux juridiques et judiciaires en qualifiant ces voies de «civilisées», permet d'éviter, espère-t-on, l'emploi de la force.

Ainsi, malgré le caractère conflictuel qu'il comporte, le droit prend, dans une société aux solidarités fragiles, figure de créateur ou de producteur de consensus social. Il évite les ruptures brutales, les déchirements du tissu social qu'entraînent des luttes trop passionnées, des manifestations trop «chaudes», l'expression trop crue des frustrations et de l'hostilité.

Le droit et la justice

Si le droit peut faire consensus jusqu'à un certain point, c'est qu'on l'identifie à l'expression de la justice. C'est, par exemple, dans la robe de la justice que se drape le tribunal, qui s'entoure d'un ensemble de symboles destinés à le rappeler à l'esprit de tous ceux qui s'en approchent. Antoine Garapon, juge lui-même, a bien décrit et analysé les mécanismes symboliques du «rituel judiciaire». Il l'explicite en ces termes : «Le rituel

judiciaire n'a pas seulement un rôle instrumental. Il préfigure également de manière symbolique un certain ordre de justice caractérisé par la neutralité du juge, l'égalité entre les parties, etc. Les jusnaturalistes ont vu dans ce dispositif symbolique l'expression de la vertu naturelle de justice... Les marxistes, en revanche, critiquent violemment cette figuration par le rituel d'une valeur de justice illusoire et en totale contradiction avec la réalité sociale. Quant à moi, je pense, dans une perspective phénoménologique du droit, que ce qui est important est moins la nature de l'ordre représenté, que le concept d'ordre lui-même. Nous voyons dans l'ordre rituel plus que la figuration d'une valeur, l'expression d'un besoin fondateur du droit.»⁸

Je ne veux pas discuter ici à fond la question de savoir dans quelle mesure le droit réalise et trahit tout à la fois la valeur d'ordre et de justice qu'on veut lui faire figurer. Je ne voudrais mettre en lumière qu'un aspect, qui est l'extension qu'a prise ce que des philosophes ont appelé la justice de procédure dans une société hautement bureaucratisée et technicisée. L'organisation bureaucratique, qui domine dans les entreprises et les organismes privés aussi bien que publics, est un effort de rationalisation des modes et des rapports de travail. La seule — ou en tout cas la principale — voie de cette rationalisation passe par l'instauration de normes, de règles, de critères, de standards. Cet ensemble régulateur sert à préciser et à régir la position et le statut de chaque acteur dans l'organisation, ses responsabilités et ses droits, ses fonctions, ses rapports avec les autres acteurs dans l'organisation et dans d'autres organisations.

Par cette normativité qui les fonde l'un et l'autre, la bureaucratie et l'État de droit appartiennent au même type d'organisation sociale. Les deux produisent et appliquent leurs règles; l'ordre juridique ou normatif qui prévaut dans l'entreprise bureaucratique est de la même nature sociologique que l'ordre juridique de l'État de droit. Les deux sont composés d'un ensemble de règles, d'acteurs qui sont légitimés à produire ces règles, de mécanismes d'application des règles et de sanctions des contrevenants. On trouve ici tous les éléments d'un ordre juridique, que ce soit celui de l'État ou celui qui régit une bureaucratie privée⁹.

Une des fonctions que les sociologues appelleraient «latente» (par opposition à «manifeste», selon la distinction faite il y a déjà longtemps par Robert K. Merton¹⁰) de cette normativité est d'établir une équation entre le

⁸ Antoine GARAPON, *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985, p. 165.

⁹ Cette notion des ordres juridiques se fonde sur l'élaboration que j'en ai faite dans mon article, Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91; *infra*, p. 123.

¹⁰ Robert K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, édition révisée, New York, The Free Press, 1957, chapitre I: «Manifest and Latent Functions».

«*due process of law*» et la justice. Cette équation consiste à croire que le fait d'avoir des règles qui sont connues, claires, transparentes, le fait de les appliquer d'une manière systématique et avec bonne foi et le fait de ne pas déroger des règles, ont comme effet de produire des décisions justes et équitables. C'est cette justice issue du «*due process of law*» que l'on appelle la justice de procédure.

Il est important de bien affirmer que la justice de procédure est un grand acquis : elle constitue le fondement de la société démocratique, elle est le principal fruit qu'ont produit les Révolutions des XVII^e et XVIII^e siècles. On a voulu qu'elle remplace l'arbitraire du Prince par un État qui ne se dit pas au-dessus des lois qu'il fait, mais est contraint par elles comme les citoyens le sont aussi. Il en va de même dans l'entreprise bureaucratique où le personnel est à l'abri de l'arbitraire de patrons et de supérieurs qui doivent procéder selon les règles établies.

Mais la justice de procédure révèle ses limites lorsqu'on constate qu'elle peut engendrer ou reproduire des injustices. La démarche qui mène à la justice de procédure n'est pas exempte de diverses embûches susceptibles de créer des distorsions. Songeons seulement aux rapports de pouvoir inégaux entre les parties engagées dans cette démarche; tous les participants à la procédure n'ont pas un accès égal aux divers moyens de faire valoir leurs intérêts ou leurs points de vue. C'est ainsi que, dans l'application de politiques sociales, par exemple, on prend aisément pour acquis que le recours aux règles établies produira une justice que l'on veut croire distributive, alors qu'elle est une justice de procédure. La confusion entre justice de procédure et justice distributive est courante : les règles administratives permettent de faire l'économie d'une réflexion, bien plus exigeante, sur les véritables conditions de la justice distributive.

On voit ainsi la mentalité juridique, qui règne partout dans toute organisation bureaucratique, inspirer une justice qui est sans doute un acquis indiscutable mais dont l'esprit du droit occulte trop aisément les limites et même les dangers.

Le droit comme Raison

Ce qui donne au droit une certaine crédibilité en matière de justice et de morale, c'est que le droit paraît pouvoir s'identifier à la Raison dans la vie sociale. Le droit est en effet une manière d'organiser les rapports sociaux selon une certaine logique, en suivant des raisonnements qui ont toutes les apparences de la rigueur et en faisant appel à un appareil conceptuel de principes, de règles et de procédures qui fondent sa crédibilité. Dans une culture où le positivisme règne d'une manière prédominante dans la mentalité et dans les valeurs, le droit apparaît comme le refuge de la validité et de la crédibilité en ce qui a trait à l'organisation et à la régulation de la vie sociale. Il paraît offrir la normativité la plus assurée, la plus largement partagée et la

mieux fondée en rationalité. Il se présente comme le dernier rempart de la Raison positive dans les comportements sociaux, l'activité et la vie sociales.

Les sciences sociales ont évidemment la prétention d'avoir une connaissance empirique et théorique des réalités sociales. Mais aujourd'hui, dans l'esprit de beaucoup de gens, particulièrement des jeunes, le droit est perçu comme étant un ordre de connaissances positif plus scientifique que les sciences sociales. Le droit, dit-on, s'appuie sur une tradition; il réfère à un ensemble donné et clair de règles; il bénéficie d'une logique qui paraît bien fondée et valide.

L'enseignement que l'on donne du droit vient conforter cette perception qu'on en a. L'enseignement du droit s'inspire essentiellement de ce que l'on appelle le positivisme juridique. Le droit est enseigné comme un corps de règles qui sont tenues pour des données; elles existent comme des faits. L'étude et la pratique du droit consistent essentiellement à connaître ces règles telles qu'elles sont et à en voir l'application la plus plausible et la plus efficace. La philosophie et l'analyse critique du droit étant sous-développées, la représentation positiviste du droit a donc la voie libre.

Si un grand nombre de jeunes se dirigent vers l'étude du droit — ou aspirent à y être admis — c'est sans doute pour des considérations économiques : le droit paraît offrir un avenir plus assuré que les sciences sociales. Mais c'est aussi largement parce que les jeunes y voient un univers de connaissances plus stabilisé, mieux établi que celui des sciences sociales. Telle est du moins une conclusion à laquelle j'en arrive en fréquentant quotidiennement ces étudiants.

Il ne doit donc plus paraître étonnant que le droit se substitue aux sciences sociales dans l'interprétation, le diagnostic et le pronostic de la réalité sociale. Le droit retrouve ainsi une fonction traditionnelle, qu'il a longtemps exercée avant l'avènement des sciences sociales et qu'on semble bien prêt aujourd'hui à lui reconnaître de nouveau. Ainsi, le droit exerce une emprise croissante non seulement sur les comportements et les conduites, mais profondément encore sur la représentation que les membres d'une société se font de celle-ci, de sa structure et de sa dynamique. La double mutation évoquée plus haut — extension du droit public, prolifération des droits de la personne — a donné au droit à la fois un cadre conceptuel et une crédibilité morale pour offrir la représentation qu'on croit la plus véridique de la société et comme objet et comme projet.

III- L'EMPRISE DU DROIT PAR LA PROFESSION JURIDIQUE

La sociologie cherche toujours à expliquer le mouvement et la diffusion des idées et des valeurs en identifiant ceux qui les définissent et les portent ou les propulsent. S'agissant ici de l'emprise du droit dans les sociétés

contemporaines, il est par trop évident que celle-ci résulte de l'action de personnes, de groupes ou d'institutions.

Je n'évoquerai pas ici le rôle joué par l'État, grand producteur de droit et diffuseur de la mentalité juridique. L'analyse en a été faite par d'autres, comme Gérard Boismenu, par exemple¹¹; je ne pourrais que répéter ce qu'ils ont dit avec beaucoup de justesse. Je voudrais plutôt souligner le rôle de la profession juridique.

L'analyse sociologique des sociétés modernes en termes de classes sociales et à travers les rapports de classes — analyse que je ne récusé pas, bien évidemment — a eu l'inconvénient de minimiser, sinon d'ignorer totalement le statut et le rôle contemporains des professions. La sociologie des professions en a subi un net déclin, étant trop facilement identifiée à une sociologie bourgeoise et conservatrice. En présentant le numéro de *Sociologie et sociétés* sur la sociologie des professions, Denise Couture le rappelle avec à-propos : «À partir des années 1960, la sociologie des professions a été l'objet de critiques sévères portant sur la construction de son objet, les professions. Ces critiques ont conduit à remettre en question l'existence même de ce champ de la sociologie; les sociologues des professions seraient tombés dans un piège idéologique en reprenant à leur compte l'image voulant que les occupations organisées en monopoles professionnels aient réussi à imposer à leur propre sujet.» Malgré cela cependant, on constate vingt ans plus tard, ajoute Denise Couture, «la vitalité de ce champ dans ses développements récents»¹².

La profession juridique a été l'objet d'un certain nombre de monographies et d'analyses sociologiques, surtout aux États-Unis et en Europe, très peu au Canada et au Québec. On a notamment insisté sur la montée du pouvoir des professions juridiques, suivie d'un certain déclin de ce pouvoir pour certains segments de la profession, à la suite notamment de l'évolution de l'État et du capitalisme¹³. Cette analyse ne manque pas de fondements et décrit assez bien une évolution récente. Mais elle m'apparaît incomplète dans la mesure où elle néglige de prendre en compte le pouvoir de la profession juridique résultant de son omniprésence dans les organisations bureaucratiques, privées tout autant que publiques. Parce que l'institution bureaucratique est essentiellement régulateur, pour son

¹¹ Gérard BOISMENU, «L'État et l'ordre juridique», dans Gérard BOISMENU et Jean-Jacques GLEIZAL (dir.), *Les mécanismes de régulation sociale*, Montréal et Lyon, Boréal et Presses universitaires de Lyon, 1988, chapitre I.

¹² Denise COUTURE, «Enjeux actuels en sociologie des professions», (1988) 20 *Sociologie et sociétés* 5.

¹³ Elliott A. KRAUSE, «Les guildes, l'État et la progression du capitalisme : les professions savantes de 1930 à nos jours», (1988) 20 *Sociologie et sociétés* 91.

personnel et pour sa clientèle (fournisseurs et clients), la profession juridique y joue un rôle actif par les fonctions quotidiennes nombreuses qu'elle remplit. Ainsi, la présence des juristes dans les organismes étatiques et para-étatiques se retrouve dans tous les ministères; à l'intérieur des gouvernements, la profession juridique est généralement celle qui est la mieux organisée, la mieux structurée, à partir d'un noyau central et souvent centralisateur des activités de la profession, noyau qui se trouve d'ordinaire au ministère de la Justice. Les bureaucraties privées, de leur côté, ont généralement leur propre bureau du contentieux; un nombre croissant de juristes — avocats et notaires — sont à l'emploi de ces entreprises industrielles, commerciales ou financières. Beaucoup de décisions de toute sorte passent évidemment par leurs mains. De plus, un grand nombre de bureaux privés d'avocats travaillent avec ces entreprises, soit de concert avec leurs juristes, soit contre eux, soit comme substituts lorsque ceux-ci ne sont pas disponibles dans l'entreprise. Compte tenu qu'une grande partie de l'activité économique s'exerce maintenant dans et par ces organisations bureaucratiques privées et publiques, les diverses fonctions qu'occupent les juristes leur confèrent un pouvoir exceptionnel dans la prise de décision et dans le fonctionnement quotidien de toutes ces entreprises.

La profession juridique exerce une grande influence d'une autre manière, plus difficile à cerner cependant : la diffusion de la mentalité juridique. J'ai évoqué celle-ci plus haut. Elle est, me semble-t-il, particulièrement caractéristique des sociétés industrielles avancées. Le pluralisme moral qui y règne fait qu'il est difficile de compter sur un consensus éthique. Il semble plus prometteur de chercher à s'entendre sur quelques principes d'une certaine justice fondamentale. C'est ce qu'a proposé John Rawls notamment¹⁴, et l'on sait que son lourd traité de la justice est devenu un des ouvrages les plus lus et discutés dans le monde anglo-saxon et qu'il devient aussi l'objet de grande attention depuis sa récente traduction en français¹⁵. Il est significatif que la percée la plus originale, la plus novatrice de la philosophie et de la morale politiques soit venue par la voie de la réflexion sur la justice.

Ce n'est là qu'une dimension de l'influence de la mentalité juridique. D'une manière plus générale, celle-ci se retrouve dans toutes les formes de «bonne gestion», dans toutes les préoccupations d'une «saine administration». C'est en elle que se trouve l'archétype de la volonté de

¹⁴ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971. Traduction française : *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987.

¹⁵ Par exemple, *Individu et justice sociale : autour de John Rawls*, Paris, Éditions du Seuil, 1988. Cet ouvrage fait suite à la traduction française du livre de John Rawls; il est «issu de trois colloques récents sur le thème de l'individu et de la justice sociale qui ont réuni des auteurs de toutes tendances autour de la pensée du professeur de Harvard» (p. 6).

formuler des normes (de «normer», selon l'expression qui a cours dans le jargon gestionnaire) et d'agir et faire agir selon des normes.

Porteuse de la mentalité juridique, identifiée aux attentes créées à l'endroit du droit, poursuivant aussi ses propres intérêts professionnels, la profession juridique a vu son pouvoir réel s'accroître dans les secteurs clés de l'activité sociale : les secteurs économique et politique. L'emprise croissante du droit dans les sociétés contemporaines apparaît ainsi comme étant corrélative de la présence toujours plus étendue des juristes dans les institutions dotées du poids le plus lourd dans ces sociétés.

CONCLUSION

L'emprise croissante du droit — dans la mesure où on peut la cerner et la mesurer — est un fait lié à la civilisation présente; on ne peut la nier et il ne faut surtout pas s'empêcher de la voir. Il ne s'agit par ailleurs pas de s'y enfermer et de l'aborder dans une attitude fataliste. Il importe plutôt d'aborder cette réalité dans la perspective d'une analyse critique du droit. La sociologie du droit peut justement ici se révéler utile par l'apport qu'elle peut contribuer à une telle analyse.

Si l'on se tourne vers l'avenir, certaines pistes de recherche me paraissent susceptibles de nous aider à dépasser l'emprise du droit sans la nier, pour en mieux voir les possibilités, les limites et les dangers. Tout d'abord, il faudra étudier la question de l'inégalité dans l'accès à la justice. Lorsqu'on fait état des inégalités socio-économiques dans nos sociétés, on n'évoque jamais l'inégalité devant la justice. On sait pourtant qu'en pratique tous les citoyens n'ont pas un accès égal aux moyens d'obtenir justice. Il est vrai que l'instauration de l'Aide juridique a fait beaucoup pour éliminer les cas les plus flagrants où l'accès à la justice était pratiquement impossible. Mais il reste encore de très grands écarts entre ceux qui ont le pouvoir ou l'autorité de se faire entendre du législateur ou qui ont les moyens de retenir les services des meilleurs bureaux d'avocats ou de notaires, et ceux qui sont dénués de ces pouvoirs et de ces moyens. L'inégalité d'accès à la justice est cependant difficile à étudier parce qu'elle est bien difficile à cerner et à mesurer. Les inégalités économiques s'offrent assez facilement au regard du chercheur; en revanche, les inégalités en rapport avec le droit sont cachées, ne se révèlent pas d'elles-mêmes, appellent des recherches très fines et très perceptives.

Un second champ d'étude sera celui de la profession juridique, trop négligée par les sociologues québécois. Nous nous sommes intéressés davantage aux professions de la santé. L'omniprésence et les pouvoirs politiques et économiques de la profession juridique demandent à être étudiés empiriquement, pour confirmer ou infirmer les affirmations que j'ai faites, que je présentais plutôt comme des hypothèses que comme des conclusions vérifiées.

Ceci m'amène à une autre piste de recherche que je juge d'importance majeure : il s'agit précisément du thème que j'ai développé dans cette présentation, celui de l'emprise progressive du droit. Si l'on entend le droit dans un sens très étendu, incluant différents ordres juridiques non étatiques aussi bien qu'étatiques, la question ne se pose pas vraiment. Mais le droit dont j'ai parlé ici est entendu dans le sens le plus usuel, pour désigner l'ordre juridique étatique, celui que l'on peut associer à toutes les formes de bureaucratie, privées aussi bien que publiques. Il y a lieu alors de s'interroger sur les conséquences concrètes de l'emprise croissante de ce droit; en particulier, je suggère que l'on explore les autres rationalités sociales qu'elle risque d'exclure ou à tout le moins de réduire et de minimiser. Je songe ici aux voies alternatives à la judiciarisation qui ont été expérimentées dans d'autres pays alors qu'on n'a pas commencé à s'y intéresser ici : les divers modes de «justice informelle» destinés à régler par des procédures simplifiées, hors du droit formel, les problèmes et les questions que l'on confie aujourd'hui trop aisément aux bureaux d'avocats, de notaires et aux tribunaux.

Enfin, dans la même veine mais sur un plan plus théorique, les rapports entre droit et justice appellent une réflexion qui devrait impliquer juristes, philosophes et chercheurs des sciences sociales. Il importe en effet d'échapper à la seule normativité juridique, à la seule interprétation de la justice par le droit et les juristes. Les avancées récentes de la réflexion philosophique sur la justice appellent un dialogue nouveau entre la philosophie et le droit, auquel les sciences sociales devraient nécessairement participer. Le temps est venu d'un tel dialogue, devant toutes les ambiguïtés dans lesquelles nous ont laissé les prises de position trop souvent polarisées sur le thème de la justice sociale.

CHAPITRE 2

LE DROIT CANADIEN : UN REGARD SOCIOLOGIQUE*

Cet essai s'inscrit dans le contexte d'une interrogation sur le droit, notamment sur le droit canadien. Cette interrogation, menée par les juristes qui ont accepté de la poursuivre pour le compte de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, s'avère multiple en pratique et s'est engagée dans diverses directions. On peut cependant dire qu'au-delà de la diversité des sujets et des thèmes qu'ils ont choisis, les chercheurs se sont tous interrogés sur ce qu'on peut appeler le *macro-droit*¹ par opposition au *micro-droit*. Ce que nous appelons ici le macro-droit, c'est le droit entendu comme instrument de politique économique, sociale ou culturelle; c'est, en d'autres termes, le droit dans sa vocation politique, ce dernier vocable étant entendu dans son sens le plus large et, peut-on dire, le plus noble. Le micro-droit, pour sa part, est le droit appliqué dans la vie quotidienne pour régir et régler les rapports des particuliers et des groupes. C'est le droit auquel chacun recourt ou se réfère, et que pratiquent journellement les avocats et les notaires.

Adressant leurs études à une commission d'enquête gouvernementale, les juristes qui les ont préparées se sont tous inscrits dans une perspective de macro-droit, s'interrogeant sur le rôle politique du droit canadien, qu'il s'agisse des problèmes de la famille, de l'environnement, des consommateurs, du travail, de l'économie nationale, de la pauvreté, etc. On s'est notamment demandé ce qu'avait jusqu'ici contribué le droit à la solution des problèmes dans chacun de ces secteurs, comment il avait perçu et tenté de résoudre ces problèmes, et quelle contribution il pouvait apporter dans l'avenir.

C'est aussi dans cette optique de macro-droit que se situe le regard du sociologue. Celui-ci s'intéresse depuis longtemps aux différentes formes d'exercice des pouvoirs, qu'il s'agisse du pouvoir politique ou d'autres pouvoirs. Le droit lui apparaît donc tout naturellement comme une modalité d'exercice et de régulation de pouvoirs. Cependant, on n'est pas encore très

* Ce texte a initialement été publié dans : Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (dir.), *Le droit, la société et l'économie*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, p. 151. Reproduit avec la permission du ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1995.

¹ Cette distinction entre «macro-droit» et «micro-droit» nous a été suggérée par Ivan Bernier.

habitué, particulièrement au Canada, à voir le sociologue s'intéresser au droit. Les juristes ont été longtemps les seuls à discuter entre eux du droit et à le considérer comme leur champ exclusif de connaissance autant que de pratique. Il m'a donc paru nécessaire de justifier ou peut-être de légitimer l'intérêt du sociologue pour le droit et l'intérêt que le droit peut présenter à ses yeux. Cela explique que les deux premières parties de cette étude aient un caractère général; elles sont destinées à expliquer ce que peut être le regard sociologique sur le droit. Ce n'est que dans la troisième et la quatrième partie que cette étude traite plus spécifiquement du droit canadien.

I- LES SOURCES HISTORIQUES DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT

Le droit pur et le droit impur

Le regard que porte le sociologue sur le droit se situe nécessairement dans la perspective de la théorie générale du droit. La sociologie s'interroge en effet, à sa manière, sur les fondements du droit. Mais cette interrogation est évidemment bien différente de celle d'un Hans Kelsen, par exemple, qui a voulu construire une théorie du droit en lui-même, détaché des conditions économiques, sociales, politiques dans lesquelles il s'inscrit : c'est ce que Kelsen a appelé une théorie *pure* du droit². Non qu'il faille condamner l'entreprise de Kelsen. Sa théorie pure du droit a trop contribué à éclairer divers aspects du droit pour qu'on la rejette du revers de la main. Il était légitime de vouloir, comme l'a fait Kelsen, saisir le droit en lui-même, comme entité *sui generis*, comme système complet, pour en décomposer les éléments et en chercher toutes les articulations. Cette démarche avait une valeur heuristique certaine, et elle l'a d'ailleurs prouvé.

Mais le droit, s'il peut faire l'objet d'une théorie pure, n'est pas par ailleurs dans la réalité un fait pur. Kelsen a voulu réagir contre la dissolution que risque de connaître le fait juridique dans l'analyse exclusivement historique qu'on en fait. Il a voulu la dégager de la gangue de l'histoire pour l'analyser dans ce qu'il a de plus essentiel, de plus fondamental, de plus universel. C'est cette détermination, à la fois ambitieuse et austère, qui confère à l'oeuvre de Kelsen son originalité et son importance.

Les juristes ont été sans doute plus sensibles que les historiens et les sociologues à l'oeuvre de Kelsen : elle éclairait d'une lumière nouvelle leur objet d'étude. Les historiens et les sociologues, pour leur part, étaient plutôt enclins à souligner les limites dans lesquelles Kelsen enfermait le droit et les

² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française par Charles Eisenmann, d'après la 2^e édition de *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962.

conséquences qui en résultaient. Ainsi s'affirmait du même coup l'écart qui, depuis longtemps, sépare juristes, d'une part, et historiens et sociologues, d'autre part. Les juristes s'adonnent à l'étude du droit comme système logique de normes, de règles, de sanctions, système global et complet en lui-même. Le perfectionnement logique du droit, surtout au cours des deux derniers siècles, son caractère de plus en plus systématique et clos, alliés à la professionnalisation progressive des juristes, au cours du XIX^e siècle notamment, ont paru leur donner raison. Le droit est l'affaire des juristes parce qu'il l'est devenu, c'est-à-dire que sa prolifération et sa rationalité croissantes en ont fait le royaume exclusif d'un corps d'experts qui en sont devenus, dans nos sociétés, les seuls interprètes autorisés. Autorisés par l'État dans le cas des magistrats, autorisés par leur formation et leur diplôme dans le cas des praticiens.

Pourtant, ni Kelsen ni les juristes ne pouvaient empêcher que l'on considérât aussi le droit en tant qu'objet *impur*, c'est-à-dire comme un fait mêlé de social tout autant qu'un fait juridique. Mais au moment où le droit s'affirmait comme système logique clos, ce deuxième mode d'analyse du droit ne put être mené que de manière parallèle et avec précaution. Pourtant, en Allemagne, le grand mouvement d'histoire du droit, auquel le nom de von Savigny est le plus particulièrement attaché, avait largement dégagé les racines que le droit plonge dans les moeurs, les coutumes, la culture³. Mais parce que cette tradition de recherche se voulait «la défense et l'illustration» du germanisme, du *Geist* allemand, elle fut marquée au coin d'une idéologie explicite et fut identifiée à des vues politiques et juridiques conservatrices. Son influence fut limitée, et dans l'espace et dans le temps, par les débats qu'elle suscita autour du projet de codification du droit allemand — elle en était en fait la contrepartie — car elle préconisait un droit germanique dont les sources historiques, remontant jusqu'au droit romain auquel il prétendait succéder, en assuraient le sens et le dynamisme. En comparaison de Savigny, Kelsen élevait le droit au-dessus des contingences historiques, lui conférant les traits de l'universalité et de l'intemporalité. Pour les juristes occidentaux, l'oeuvre de Kelsen offrait donc plus d'attrait que celle de Savigny, trop identifiée à une entreprise nationaliste et conservatrice.

Hors de l'Allemagne et de son école historique du droit, les juristes étaient justifiés de se considérer comme les dépositaires privilégiés, sinon exclusifs, de l'étude et de l'interprétation du droit. Ce n'est donc que dans l'optique juridique et selon la méthodologie juridique que le droit fut par eux traité, analysé, expliqué. Une telle perspective permettait de dégager le droit

³ Sur l'oeuvre de F.K. von SAVIGNY, voir notamment Julius STONE, *The Province and Function of Law*, Sydney, Associated General Publications, 1946, pp. 421-448; Hasso JAEGER, «Savigny et Marx», (1967) 12 *Archives de philosophie du droit* 65, 65-89; Jean GAUDEMET, «Histoire et système dans la méthode de Savigny», dans *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 117-133.

des réalités complexes qui l'entourent et auxquelles il se rattache, pour n'en retenir que certains aspects ou éléments susceptibles d'une explication simplifiante, par le recours à des abstractions. Ainsi, la loi pouvait être considérée comme l'émanation d'une volonté collective, dont l'État était l'expression en même temps qu'il en assurait l'efficacité. Les sinuosités du processus d'élaboration de la loi échappaient à cette définition, qui prenait comme point de départ la loi comme entité absolue, expression transcendante d'une sagesse politique abstraite. De même, le magistrat était l'interprète irrécusable de cette loi, parce que ses jugements ne s'inspiraient que de l'ordre logique du système des normes juridiques, sans égard à toute autre considération. La loi, l'État-législateur, l'État judiciaire étaient érigés en abstractions, isolées de tout contexte.

Au fond de cette théorie du droit résidait une théorie de l'État, l'une aussi abstraite que l'autre. Il n'est donc pas étonnant que, hors l'histoire du droit à la manière de Savigny, c'est l'analyse et la critique de l'État et du pouvoir politique qui allaient ouvrir la voie à un autre discours sur le droit.

La critique de l'état du droit : Marx et Engels

On peut distinguer ici trois modes différents d'attaque du problème. La première, la plus ancienne et celle qui fut la plus percutante, est sans doute celle de Marx, et par la suite celle de Engels. Il semble que Marx avait espéré s'engager dans une analyse critique de l'État, mais sa vie fut finalement entièrement consacrée à la critique de l'économie capitaliste. On trouve quand même dans l'ensemble de son oeuvre les éléments essentiels d'une critique de l'État et du droit. Pour Marx, on ne peut abstraire l'État de la société de classes dont il est un élément clé. Il s'inscrit dans les rapports de pouvoir qui jouent entre la classe de ceux qui possèdent les moyens de production et ceux qui en sont aliénés. Plus exactement, l'État est une création de ces rapports de pouvoir, dans la mesure où l'État progressivement constitué en garant et protecteur de la propriété privée, c'est-à-dire des intérêts de ceux qui possèdent des biens et notamment des moyens de production : ressources, capital, instruments, matériaux, machines, connaissances. Dans le contexte de la lutte de classes, qui constitue la dynamique fondamentale de la société capitaliste telle que la conçoivent Marx et Engels, l'État vient ajouter encore le poids de son action et de son prestige en faveur des possédants.

Le droit, défini, maintenu et sanctionné par l'État, est un instrument privilégié de l'intervention active de l'État dans cette dynamique. Par ses règles et ses sanctions, le droit assure un ordre social et économique fondé sur l'inégalité des forces dans la lutte des classes. Il exprime en normes, en devoir être, en *Sollen*, un état social qui est en réalité le produit d'une lutte de forces inégales entre une classe dominante et une classe exploitée. C'est là la fonction *répressive* que le droit exerce dans et par l'État, la propriété privée,

les rapports de force. Il contribue ainsi à créer et entretenir la *fausse conscience*. C'est sa fonction idéologique⁴.

Il n'est donc pas étonnant que Marx et Engels aient prévu que la destruction de la propriété privée devait entraîner le déclin et la disparition de l'État et du droit, dans la société communiste qui devait fleurir sur les vestiges de la société capitaliste.

Cette notion du déclin de l'État et du droit n'a guère été retenue par les analystes marxistes, sauf par Pashukanis dont on sait cependant qu'il fut désapprouvé et finalement liquidé par Staline. Cependant, l'analyse économique de l'État et du droit, introduite par Marx et Engels, a été reprise par beaucoup d'analystes d'inspiration plus ou moins explicitement marxiste, et elle exerce encore aujourd'hui une grande influence. Aux États-Unis, on la retrouve notamment chez des sociologues du droit qui se disent *radical*, c'est-à-dire à la fois critiques et parfois néo-marxistes : ce sont, par exemple, Piers Beirne, Alan Hunt, Ralph Miliband, Robert M. Rich, Richard Quinney et Paul Q. Hirst. Soulignons cependant que la sociologie américaine du droit, plus que toute autre, s'est intéressée au droit pénal, en collaboration avec des criminologues, comme l'atteste la principale revue américaine de sociologie du droit, *Law and Society Review*. En Grande-Bretagne, l'analyse néo-marxiste du droit et de l'État est très active, se regroupant principalement autour de deux revues : *International Journal of the Sociology of Law* et *Journal of Law and Society* (autrefois *British Journal of Law and Society*). En France, Althusser et Poulantzas ont entraîné un mouvement de réflexion — d'ailleurs international — sur l'État et le droit, dans lequel s'est engagé un groupe de juristes, autour notamment de Michel Miaille et de la revue *Procès*, publiée irrégulièrement.

La sociologie du droit : Max Weber

La seconde démarche d'analyse sociale du droit est celle de Max Weber⁵. Celui-ci vient évidemment dans le sillage de la pensée marxiste, avec laquelle il a mené toute sa vie un long débat intellectuel. Juriste, historien et économiste plus que philosophe, il a tenté lui aussi de comprendre la société capitaliste, mais en s'attachant à d'autres dimensions qu'à son avis, Marx et Engels avaient négligées. Il a voulu notamment mettre en lumière le fait que la religion, le droit et l'État ont chacun une rationalité interne, une vie propre qui n'obéit pas uniquement aux impératifs

⁴ Sur l'analyse du droit de Marx et Engels, on peut notamment consulter Maureen CAIN et Alan HUNT (dir.), *Marx and Engels on Law*, Londres, Academic Press, 1979; Paul PHILLIPS, *Marx and Engels on Law and Laws*, Oxford, Martin Robertson, 1980; Piers BEIRNE et Richard QUINNEY (dir.), *Marxism and Law*, New York, John Wiley, 1982.

⁵ Max RHEINSTEIN (dir.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1954.

des rapports de production et de la lutte des classes. Et cette rationalité, qui n'est pas indépendante des rapports économiques, a par ailleurs un impact qui est loin d'être négligeable sur l'activité et les structures économiques elles-mêmes. Dans sa thèse bien connue, Weber veut démontrer qu'on ne peut expliquer que le capitalisme se soit développé en Occident au cours des derniers siècles — et pas avant et pas ailleurs — sans recourir au facteur religieux. Ce fut le propre de la théologie puritaine de développer une vision du monde et de l'au-delà qui, en quelque sorte par ricochet et sans le vouloir, engageait ses adhérents à adopter certaines règles de conduite morale qui allaient favoriser l'épargne, le travail productif, l'investissement, c'est-à-dire les éléments clés du comportement capitaliste. Toutes les autres religions avaient, par leur théologie et leur morale, ou inhibé ces comportements ou ne les avaient pas encouragés avec la même puissance efficace. Évidemment, depuis le XVI^e et le XVII^e siècles, des conditions et des structures sociales et économiques avaient déjà été mises en place qui devaient aussi contribuer à l'avènement du capitalisme : montée de la classe bourgeoise, liberté du commerce, extension des marchés. Mais de telles conditions avaient également existé en d'autres temps et d'autres lieux sans engendrer la société capitaliste. Il fallut pour cela que des conduites économiques d'esprit capitaliste pussent recevoir la sanction positive, plutôt que négative, d'une religion et d'une morale particulières.

C'est dans la même perspective que Weber a traité de l'État et du droit. Ni l'un ni l'autre ne sont indépendants de l'économie. Ils ont l'un et l'autre une rationalité qui les distingue. Et ils ont l'un et l'autre des fonctions économiques qui ne sont pas exclusivement celles que leur ont attribuées Marx et Engels. En ce qui a trait à l'État, ce sont les notions de pouvoir et d'autorité que Weber développe et approfondit pour en faire le noyau central de son analyse. Le pouvoir a ses règles qu'il importe d'éclairer : règles de légitimité, d'où découlent différents types de pouvoir et d'autorité; règles d'organisation de l'exercice du pouvoir, selon les types de pouvoir. C'est ici que prend place notamment l'étude, demeurée à juste titre célèbre, qu'a fait Weber de la bureaucratie comme forme privilégiée, et même presque nécessaire, d'exercice du pouvoir politique. La bureaucratie a sa logique interne, dont Weber a voulu dégager ce qu'il a appelé le *type pur* (*Ideal type*) qu'on appellerait aujourd'hui le *modèle* abstrait, construit à partir d'observations empiriques, modèle qu'on ne trouve jamais parfaitement réalisé mais dont tous les éléments constitutifs se retrouvent dans la réalité — sans être tous réunis en même temps. La bureaucratie est apparue à Weber comme un élément clé pour comprendre la rationalité du pouvoir politique, surtout celle de l'État moderne. Car celui-ci, plus que tout autre, se rapproche du type pur de l'autorité que Weber a appelée «légale», par opposition à l'autorité «traditionnelle» et à l'autorité «charismatique». L'autorité légale est définie par Weber comme étant celle dont la légitimité repose sur «la croyance au caractère de légalité dont sont revêtues les règles normatives et sur le droit de commander qu'en vertu de ces mêmes règles,

détient celui qui est dans un poste d'autorité»⁶. Plus que toutes autres, les sociétés occidentales modernes ont accentué le fondement légal de la légitimité de l'État. Des éléments de légitimité traditionnelle (la royauté) ou parfois de légitimité charismatique (le chef) s'y retrouvent encore. Mais ils prennent un caractère marginal ou accidentel à l'intérieur d'un type d'État dont à la fois la légitimité et le fonctionnement se fondent avant tout sur la rationalité légale.

Dans cette perspective, on comprend que Weber ait eu besoin d'approfondir la nature du droit. D'où l'importance dans son oeuvre de la sociologie du droit, qui est malheureusement demeurée inachevée par suite du décès prématuré de l'auteur. Tout comme pour la religion et l'État, Weber s'est interrogé sur la spécificité du droit occidental contemporain. Et comme toujours, Weber procède selon une méthode comparative, qui marque son oeuvre d'une manière toute singulière. Cela l'amène à adopter une vision très large, très étendue des différentes variétés de droit que nous révèle l'histoire humaine. Le droit des pays occidentaux contemporains n'est qu'un type parmi d'autres. Ce qui fait la différence entre les droits, c'est le mode de pensée juridique sur lequel il se construit. Plus précisément c'est le rapport que la pensée juridique entretient avec la rationalité logique et, d'autre part, le type de formalisation qu'elle introduit dans son raisonnement et ses procédures.

Ces deux critères permettent à Weber de développer une typologie de la pensée juridique, selon qu'elle est non rationnelle ou rationnelle, formaliste ou de fond. Et il concrétise ces types de pensée juridique dans les différentes modalités d'exercice du droit par ceux qu'il appelle les différents *honoraires* du droit. Ce sont les différents types de légistes ou de juristes, selon le modèle de pensée juridique qui les inspire : juges, théologiens, jurisconsultes, pontifes et prêtres, clerc, etc.

Weber classe le droit occidental moderne (celui des pays de common law et celui des pays de droit codifié) parmi ceux qui ont le plus développé un système de pensée juridique rationnel et formalisé. Ce type de droit est guidé par des principes généraux, des concepts abstraits, un raisonnement logique; soit qu'il s'inspire de principes et de concepts pour les appliquer logiquement (droit codifié), soit qu'il construise et modifie les principes et les concepts par la réflexion qu'impose chaque cas nouveau, selon les règles d'une logique appropriée (common law).

Cette rationalité juridique n'est pas indépendante de la rationalité économique. Les deux rationalités ont pris appui l'une sur l'autre pour s'implanter et elles se sont renforcées l'une l'autre. L'activité économique de

⁶ Max WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, traduit par A.M. Henderson et Talcott Parsons, Glencoe (Ill.), Free Press, 1947, p. 328.

nature capitaliste a pu s'étendre dans la mesure où elle pouvait bénéficier d'un rationnel qui permettrait la prévision des actions des autres et leurs conséquences. Une interaction s'est donc poursuivie entre économie et droit dans l'élaboration du capitalisme moderne. Si une certaine religion (le puritanisme) a été nécessaire à cette élaboration, un certain droit — hérité du droit romain retrouvé et renouvelé — en a été également une condition essentielle. Une semblable interaction s'est établie entre l'organisation du pouvoir politique et le droit, dans la mesure où la rationalité de celui-ci a contribué à conférer à l'État des assises de légitimité en même temps que des règles de fonctionnement bureaucratique. Un droit logique et rationnel définissait le statut et les juridictions de l'autorité politique. Et, en retour, celle-ci garantissait au droit une sphère d'autorité légitime plus ou moins exclusive.

Soulignons en terminant deux traits importants pour nous de la sociologie weberienne du droit. Tout d'abord, la perspective sociologique de Weber n'est pas externe au droit : elle va au cœur du droit, cherchant à déceler au départ son mode de pensée, son appareil conceptuel et logique. Nous reviendrons plus loin sur ce point. En second lieu, Weber a été inspiré par une vision de la société que l'on appellerait aujourd'hui *systémique*. Bien qu'il n'ait pas construit un modèle explicite de système social, Weber avait un sens très poussé des interactions et des influences réciproques des différentes composantes de la société : économiques, politiques, juridiques, culturelles. Cela apparaît tout particulièrement dans l'ébauche qu'il a laissée de sa sociologie du droit.

L'influence de Max Weber a été et demeure très grande dans la sociologie du droit, et cela dans tous les pays. Les écrits sociologiques qui se réfèrent à l'oeuvre de Weber, explicitement et même implicitement, sont trop nombreux pour être cités ici. C'est peut-être cependant en Allemagne et dans les pays de langue anglaise (peut-être surtout aux États-Unis) que son influence s'est fait le plus sentir, sans doute davantage que dans les pays de langue française, l'oeuvre de Weber ayant d'ailleurs été largement traduite en anglais⁷.

La science politique et le droit

Particulièrement en France, la science politique a représenté une troisième voie d'analyse du droit selon une optique qui ne soit pas

⁷ À titre d'exemples seulement, choisis parmi bien d'autres, Alan HUNT, «Max Weber's Sociology of Law», dans *The Sociological Movement in Law*, Londres, Macmillan, 1978, chapitre 5. Également S.L. ANDRESKI, «Understanding Action and Law in Max Weber», dans Adam PODGORECKI et Christopher J. WHELAN (dir.), *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981, pp. 45-66.

exclusivement juridique. L'action de l'école sociologique française, animée par Émile Durkheim, fut loin d'être étrangère à ce mouvement. Ce fut d'abord en effet dans la théorie sociologique et l'appareil conceptuel de Durkheim que des juristes français puisèrent leur inspiration pour ouvrir de nouvelles voies de réflexion théorique sur le droit. Ce fut le cas particulièrement de ceux qu'on a appelés les «institutionnalistes», tels Maurice Hauriou et Léon Duguit⁸. Ils empruntèrent à Durkheim la notion d'institution, définie comme un ensemble relativement cohérent de règles et normes de conduite s'appliquant à un secteur particulier de la vie sociale ou collective.

Cette notion trouvait dans le droit un champ privilégié d'application : le droit est essentiellement composé, comme je viens de le dire, d'un ensemble relativement organisé de règles et de normes qui, en outre, ont ceci de particulier qu'elles comptent parmi les règles et les normes les plus explicites de la culture. Le droit peut donc être perçu et analysé comme une institution en lui-même et surtout dans ses rapports avec d'autres institutions dont les règles et normes ne sont pas nécessairement aussi explicites. Mais les institutionnalistes, juristes bien plus que sociologues ou politologues, ne sont pas allés très loin dans cette voie. Et ils n'ont pas fait école, à proprement parler, même si leur influence s'est quand même largement fait sentir.

Il faut cependant souligner ici une oeuvre exceptionnelle, explicitement inspirée de l'institutionnalisme français, celle de l'Italien Santi Romano. Il a publié en 1918 un remarquable traité intitulé *Ordinamento giuridico* (l'ordre juridique)⁹. On a pu dire de cet ouvrage qu'il est tout autant une théorie générale qu'une sociologie du droit. Romano distingue deux sens du terme *droit* : le mot *droit*, au sens objectif, peut désigner deux choses : a) un ordre dans son intégralité et son unité, c'est-à-dire une institution; b) une prescription ou un ensemble de prescriptions (normes ou dispositions particulières) diversement groupées ou agencées que, pour les distinguer des prescriptions non juridiques, nous appelons institutionnelles, de façon à faire

⁸ Maurice HAURIUO, *Principes du droit public*, Paris, Sirey, 1910. Sur l'oeuvre de M. Hauriou, voir notamment Albert BRIMO, «Le doyen Maurice Hauriou et l'État», (1976) 21 *Archives de philosophie du droit* 99, 99 et 100; J.A. BRODERICK, «La notion d'"institution" de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français», (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 143. Sur l'oeuvre de Léon Duguit, voir Évelyne PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J., 1972; et «La sociologie durkheimienne dans l'oeuvre de Duguit», dans *L'année sociologique, 1977*, Paris, Presses universitaires de France, 1979, pp. 95-114.

⁹ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française par Lucien François et Pierre Gothot, d'après la 2^e édition, avec une introduction de Ph. Francescakis, Paris, Dalloz, 1975.

ressortir le lien qui les unit à l'ordre tout entier, à l'institution dont elles sont les éléments, lien nécessaire et suffisant pour en fonder le caractère juridique¹⁰. Le traité de Romano porte sur le droit entendu dans le premier sens, c'est-à-dire comme totalité de normes, de règles et de sanctions composant une institution, nous dirions aujourd'hui un système. Et ce qui fait par la suite l'originalité de l'analyse de Romano, c'est qu'il considère que toute société comporte une pluralité d'ordres juridiques : «...il y a autant d'ordres juridiques que d'institutions»¹¹. L'ordre juridique étatique (relevant de l'État et de ses organes) n'est qu'un des ordres juridiques qui existent simultanément dans une société donnée. C'est sans doute le plus visible, le plus officiellement reconnu comme juridique, surtout dans les sociétés modernes, à cause de la prééminence qu'y ont prise l'État et son droit, mais ce n'est pas le seul. Romano analyse d'autres ordres juridiques non étatiques : le droit international, le droit ecclésiastique, des ordres juridiques que l'État peut regarder comme illicites ou qu'il ne connaît pas (par exemple, des mouvements sociaux ou partis politiques déclarés hors-la-loi mais qui existent dans la clandestinité, des groupes religieux interdits, des sociétés secrètes, etc.), des ordres juridiques non étatiques reconnus par l'État et possédant leur réglementation interne propre (associations, syndicats, industries, maisons d'enseignement, etc.). Selon Romano, cette pluralité d'ordres juridiques doit être reconnue, car il existe des rapports de différente nature entre ces ordres juridiques, et particulièrement entre les ordres juridiques non étatiques et l'ordre juridique étatique : reconnaissance réciproque, divergences et convergences, renforcement ou opposition. L'analyse de ces rapports peut contribuer à éclairer la dynamique du droit, dans sa totalité ou dans ses parties.

On le voit, Romano s'est inspiré non seulement d'Hauriou mais aussi de Von Gierke. Toutefois, en soutenant que sa propre notion d'institution ou d'ordre est «plus essentiellement juridique» que celle de «communauté organique» utilisée par Gierke, Romano tient aussi à garder ses distances.

Malheureusement, l'entreprise de Romano est demeurée relativement isolée et peu connue. Ce n'est que depuis peu qu'on l'exhume du silence dont elle était entourée.

La science politique, ou sociologique politique, allait cependant progresser de son côté, largement hors du droit, sinon contre le droit, dans l'analyse de l'État et de l'organisation politique : études des partis politiques, des structures gouvernementales, des processus de prise de décision, de la fonction publique et de la bureaucratie, des processus électoraux, des groupes de pression, des élites. Ces études contribuaient à démystifier les perceptions de l'État comme dépositaire de la volonté collective, comme

¹⁰ *Id.*, p. 19.

¹¹ *Id.*, p. 77.

arbitre neutre des conflits, comme centre suprême de décisions. En ce sens, elles préparaient la voie à une sociologie du droit ultérieure.

Mais la science politique se désintéressait du droit, comme le droit se désintéressait de la science politique.

Cela explique que les découvertes décisives de la science politique sur le rôle des groupes de pression, des élites, de la bureaucratie ne laissèrent pratiquement aucune trace au niveau de la théorie générale du droit ou de l'analyse des règles ou des institutions particulières. La communication était rompue. Le droit restait figé dans des notions immuables et transcendantes. La science politique continuait, en multipliant les études empiriques, à approfondir les connaissances du processus législatif. Elle n'avait quasiment aucune influence sur le droit et déformait même l'appréhension des phénomènes politiques en ignorant sciemment leur composante juridique¹².

La science politique a contribué à mettre en place des éléments d'analyse politique et sociologique du droit, mais en boudant pendant très longtemps le droit lui-même. Cela explique que la sociologie politique ait mis longtemps avant de déboucher sur une sociologie du droit, malgré la place centrale que celui-ci occupe dans l'exercice du pouvoir politique.

La sociologie du droit, qui prend corps depuis quelques années, a hérité de ces différentes sources de pensée, que nous venons de rappeler brièvement. Elle s'en inspire encore, implicitement ou explicitement. Mais elle s'en distancie aussi sur certains points, comme nous aurons l'occasion de le voir.

Poursuivant l'exposé préliminaire présenté dans la première partie, nous voudrions maintenant dégager les postulats de la sociologie du droit, les conceptions du droit qu'on y trouve et les moyens du droit qu'on analyse.

II- LES DIMENSIONS FONDAMENTALES DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT

Les postulats d'une sociologie du droit

Résumons très brièvement les principaux postulats ou les prémisses de la sociologie du droit, telle qu'on la connaît en ce moment dans l'enseignement et la recherche.

¹² Charles-Édouard MORAND, «Essai de théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre», dans J.D. DELLEY (dir.), *Le droit en action*, Saint-Saphorin (Lavaux), Éditions Georgi, 1982, p. 308.

La relativité du droit. Le droit tel que le connaissent nos sociétés occidentales modernes n'est qu'un type particulier de droit, parmi d'autres possibles et existants. Les typologies de Max Weber sont encore utilisées ou citées par les sociologues du droit. De même, la place qu'occupe le droit dans les sociétés occidentales modernes n'est pas nécessairement celle qu'il occupe dans toute société. Ces sociétés ont hypertrophié le pouvoir et le prestige d'un État dont la légitimité se veut avant tout juridique, hypertrophiant du même coup le pouvoir et le prestige du droit. Bien sûr, l'histoire du droit et les études de droit comparé ont déjà largement établi ces faits, et l'anthropologie est venue récemment les confirmer en élargissant les bases de comparaison avec des sociétés qui ne prennent place ni dans l'histoire du droit ni en droit comparé.

L'autonomie et la dépendance du droit. Le droit jouit d'une certaine autonomie, dans la mesure où son élaboration et son interprétation reposent sur une rationalité, une logique, un raisonnement qui lui sont propres. Mais cette autonomie est relative, car l'élaboration, l'interprétation et l'application du droit s'inscrivent aussi dans des processus où s'exercent des stratégies de pouvoir, des jeux d'intérêt, des pressions, inspirés par les attitudes, les idéologies, les valeurs de tous ceux qui participent à ces processus à un titre ou à un autre. Ces diverses influences se font sentir au moment de l'élaboration de lois, car le législateur n'est pas seul à faire la loi. Au surplus, les études qui ont porté sur la mise en oeuvre du droit, sur le droit en action, montrent abondamment que le droit qui est effectivement appliqué peut diverger du droit formulé par le législateur, sous l'influence de ces stratégies et jeux de pouvoir et d'intérêt.

L'analyse interne et l'analyse externe du droit. Le droit est expliqué et interprété par les juristes, selon un mode d'analyse *interne* du droit, c'est-à-dire selon des règles d'interprétation et des modes de raisonnement qui leur permettent d'arriver à conclure sur ce que veut *vraiment* dire le droit. Mais il est aussi possible d'expliquer et interpréter le droit selon un mode d'analyse *externe*. Prenant alors le droit tel qu'il est dit, suivant les interprétations des juristes, l'analyse externe tente de le comprendre par ses rapports aux structures économiques, politiques, sociales, aux idéologies, aux valeurs. C'est ce type d'analyse du droit que font des économistes, des politologues, des sociologues, des anthropologues, des psychologues. Elle est complémentaire de celle des juristes.

La fonction critique de l'analyse externe. De sa nature même, l'analyse externe a un caractère critique du droit, car elle est toujours démystificatrice de certains mythes qui entourent le droit, tels : le droit émanant du législateur, l'imperméabilité de la rationalité juridique à toute autre considération et influence, le droit équivalent à la justice, l'égalité de tous les citoyens devant le droit et la justice, etc. Cette fonction critique a évidemment été accentuée par les sociologues du droit d'inspiration marxiste ou néo-marxiste. Leur analyse du droit des sociétés capitalistes a voulu

mettre en lumière les rapports occultés entre droit et classes dominantes, droit et idéologies des classes dominantes, le rôle du droit dans le maintien de la fausse conscience et la légitimation de l'ordre (ou du désordre) établi.

Tels sont, parmi d'autres cependant, ceux qu'on peut considérer comme les quatre principaux postulats sur lesquels repose la sociologie du droit actuelle.

Ces prémisses posées, tentons de résumer les trois conceptions majeures du droit qui sous-tendent les études sociologiques du droit.

III- LE DROIT COMME ÉLÉMENT AU CONTRÔLE SOCIAL

C'est la conception *régulatrice* du droit. L'organisation sociale est alors perçue sous l'angle des contraintes que ses membres s'imposent les uns aux autres, et à eux-mêmes. Ces contraintes agissent soit par les structures sociales dont ils font partie (famille, profession, milieu de travail, mouvements sociaux dans lesquels ils ont un rang, un statut, un rôle), soit par la culture commune qu'ils partagent et dont ils reconnaissent les normes, les coutumes, les valeurs, les sanctions. Cette conception régulatrice de l'organisation sociale doit beaucoup à Émile Durkheim, pour qui la spécificité du *fait social* (c'est-à-dire de l'objet d'étude propre à la sociologie) réside dans les contraintes que les personnes subissent, s'imposent et imposent aux autres, du fait de la vie en commun.

Dans ce contexte, le droit apparaît comme une des formes que prend la réglementation sociale. C'est même sa forme la plus visible, la plus explicite, la plus institutionnalisée. C'est dans le droit que des normes et des règles sont exprimées le plus clairement (surtout lorsque le droit est écrit) et que les sanctions sont le plus prévisibles. Il existe évidemment bien d'autres formes de contrainte sociale, moins explicites mais qui peuvent être aussi efficaces, et même plus efficaces, que le droit. Cependant, le caractère formalisé que prend la contrainte sociale dans le droit confère à ce dernier une place privilégiée. C'est pour cela que Durkheim a pris le droit comme indice principal pour distinguer ce qu'il appelait les sociétés de solidarité mécanique (dominées par un droit *punitif*) des sociétés de solidarité organique (où s'est élaboré un droit *restitutif*¹³).

C'est surtout la sociologie qu'on a appelée *fonctionnaliste* ou *structuro-fonctionnaliste* qui a repris et développé cette approche régulatrice. Dans le modèle fonctionnaliste de l'organisation sociale, le droit agit comme agent stabilisateur, harmonisateur des conflits. En précisant les droits subjectifs

¹³ Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, A. Colin, 1893.

des acteurs, individuels et collectifs, il assure le règne d'une certaine rationalité. L'État joue en cela un certain rôle, mais la perception fonctionnaliste du droit ne lui a pas accordé un rôle prédominant : c'est l'ensemble de la société qui s'auto-contrôle par le recours au droit et aux institutions judiciaires.

Il faut cependant faire une place à part à ce qui s'est appelé aux États-Unis *sociological jurisprudence*, inspirée principalement par Roscoe Pound. Celui-ci, à travers ses nombreux écrits publiés au cours de la première moitié du XXe siècle, a cherché à développer une science du droit (une jurisprudence) inspirée de la sociologie. Et c'est notamment dans la théorie du contrôle social du sociologue américain Edward Ross qu'il a puisé à cette fin¹⁴.

Le droit comme institution répressive. Ici, le droit est intégré à une théorie de l'État et il est perçu avant tout comme un instrument de l'État. Responsable d'assurer et maintenir l'ordre public, l'État exerce de soi une action répressive à l'endroit de toute manifestation de marginalité, de contestation, de déviance, d'opposition, de criminalité, de contre-culture, de non-conformité. C'est à travers le droit que l'État exprime sa conception de l'ordre public qu'il veut voir régner et c'est par le bras du droit qu'il réprime tout ce qui menace ou contrarie cet ordre.

Cette perception du droit se retrouve particulièrement chez deux groupes de chercheurs. Celui d'abord des sociologues et politologues qui s'inspirent de la critique marxiste de la société capitaliste. Lié à la classe dominante, l'État maintient et dirige un ordre public et social qui profite principalement à ceux qui jouissent déjà du pouvoir économique. Pouvoir politique et pouvoir économique se conjuguent et se complètent, se renforçant l'un l'autre. Mais en réalité, les véritables détenteurs de pouvoir sont ceux qui détiennent la propriété des moyens de production dans l'activité économique, bien plus que ceux qui détiennent un pouvoir politique. Celui-ci est en dernière instance déterminé par les détenteurs du pouvoir économique. Dans la lutte des classes toujours présente dans la société capitaliste, l'État n'est pas neutre parce qu'il est imbriqué dans les intérêts de la classe possédante. Son action répressive, par l'intermédiaire du droit et des institutions judiciaires, s'exerce donc dans le sens de ces intérêts.

Le deuxième groupe de chercheurs est celui qui s'intéresse à la sociologie du droit pénal. Ici, le caractère répressif de l'État et du droit est plus évident que partout ailleurs. L'État a la responsabilité, l'obligation même, de réprimer et punir toute activité définie comme délictuelle ou

¹⁴ Sur la *sociological jurisprudence*, voir, par exemple, A. HUNT, *loc. cit.*, note 7, chapitre 2. Parmi les oeuvres de Roscoe POUND, mentionnons *Social Control Through Law*, New Haven, Yale University Press, 1942.

criminelle. C'est donc avant tout sous cet angle répressif que le droit apparaît au sociologue ou au criminologue qui étudie le fonctionnement des institutions judiciaires pénales. Il arrive que l'on donne à cette sociologie du droit le nom de sociologie du contrôle social. Mais cette dernière expression est alors utilisée dans un sens plus restreint que précédemment : il s'agit des contraintes exercées avant tout par l'État, sa police, ses tribunaux, sur les formes diverses de déviance criminelle.

Le droit comme expression idéologique. Le droit est ici perçu comme élément de la culture d'une société. On y trouve exprimées certaines valeurs que partagent les membres de cette société, notamment les idéologies prédominantes dans cette société. Non seulement le droit les exprime-t-il, mais il leur donne vie, il les met en oeuvre, il les applique dans des situations concrètes. Ce n'est qu'en de rares occasions que le droit, les législateurs ou les magistrats diront explicitement les idéologies ou les valeurs du droit. Mais celles-ci sont sous-jacentes aux règles, aux sanctions, aux jugements; elles en constituent la justification implicite.

Les fondements idéologiques du droit ont été sondés à la foi dans une perspective *idéaliste* et dans une perspective *matérialiste*. Du point de vue idéaliste, les valeurs d'une culture sont le ciment qui lie et unifie les membres d'une société, dans une commune vision du monde, une *Weltanschauung* partagée. Cette commune vision du monde est la base principale, essentielle, de tout groupe social, de quelque taille qu'il soit, depuis l'unité familiale jusqu'à la société globale. Comme le droit exprime les valeurs et les idéologies, il agit donc comme ferment d'unité. *L'esprit du droit* est le reflet de l'esprit national, du génie d'un peuple.

Dans la perspective *matérialiste* (ou *radicale*), le droit exprime aussi des valeurs et des idéologies, mais ce sont avant tout celles de la classe dominante. Si la société est fondamentalement divisée par la propriété privée, si elle est travaillée par les luttes de classes, elle ne peut pas être analysée dans son unité mais plutôt dans ses contradictions. Le droit appartient à ces contradictions. Par les valeurs et les idéologies dont il s'inspire, il sert à légitimer le pouvoir économique et politique que détient la classe dominante. Et dans la mesure où les valeurs et idéologies de la classe dominante se présentent toujours comme étant, faussement, celles de toute la société, le droit sert également à occulter les contradictions sociales, l'inégale répartition des forces et du pouvoir.

Les moments du droit

D'une manière plus concrète, plus empirique, la sociologie distingue trois moments, trois temps du droit. Et si l'on prend une vue d'ensemble des études sociologiques du droit, elles portent, inégalement, sur l'un ou l'autre de ces moments. Ces trois moments sont : l'élaboration du droit, le droit tel qu'il est élaboré (ce qu'on peut appeler le droit écrit, ou droit positif), et l'application, ou la mise en oeuvre du droit.

L'élaboration du droit. Il n'est pas étonnant que l'élaboration du droit soit particulièrement privilégiée dans les études sociologiques du droit. C'est alors qu'apparaît l'interaction entre le législateur, les fonctionnaires, les partis politiques, les groupements d'intérêts, les groupes de pression, les médias d'information, l'opinion publique. C'est alors aussi qu'apparaissent les jeux d'influence, les jeux de pouvoir, les lobbies, les stratégies des intervenants, les alignements idéologiques ou d'intérêts convergents ou divergents.

Toute loi, tout règlement, toute directive ministérielle n'est pas nécessairement le droit de tant d'actions. Mais beaucoup le sont, particulièrement lorsque les enjeux économiques, politiques ou idéologiques sont considérables et où les conflits d'intérêts, de diverses natures, sont aigus.

Le processus d'élaboration des lois et règlements comporte de plus en plus de phases écrites, qui fournissent à l'analyse une riche documentation : présentation de mémoires au législateur ou à l'exécutif, commissions parlementaires et débats parlementaires dont les comptes rendus *verbatim* sont publiés, commissions d'enquête dont les travaux et les rapports sont publics et publiés, documents de travail préparatoires à la rédaction de lois ou de règlements. Mais certains documents demeurent inaccessibles lorsqu'il s'agit de lois ou règlements de date récente : documents de travail internes du gouvernement, mémoires au Conseil des ministres, délibérations de comités ministériels ou du Conseil des ministres, notes et correspondance internes, etc. Il est cependant parfois possible que des entrevues avec des informateurs privilégiés permettent indirectement de lever un peu le voile sur le contenu de documents qui ne sont pas encore du domaine public.

Cependant, il importe de souligner que l'analyse de l'ensemble de cette documentation ne constitue qu'une étape dans l'analyse sociologique de l'élaboration des lois ou des règlements. En rester à cette étape risque de fausser l'image du processus ou, en tout cas, de n'en pas donner toute la signification sociale. Il est important de situer socialement les acteurs et groupes d'acteurs qui sont intervenus, les «contextuer», pour faire entrer en ligne de compte, par exemple, les intérêts économiques, commerciaux, professionnels qu'ils poursuivent, qui les motivent. Les justifications explicites que donnent les acteurs et groupes d'acteurs de leur intervention, et qu'on peut lire dans les documents publics, occultent souvent d'autres motivations moins «glorieuses» et qui ne seront jamais dites, ni surtout écrites. Le recours, par exemple, aux notions d'intérêt public, d'ordre public, d'intérêt national, de bien commun, de justice, d'équité, doit être décodé pour déceler, derrière ce décor, les intérêts concrets des acteurs dans le contexte politique, économique, social, idéologique où ils se situent.

Bref, une législation, une réglementation apparaissent au sociologue qui les analyse comme le produit de jeux de pouvoir, dont les racines doivent être recherchées dans l'organisation politique et sociale, les structures économiques, tout autant que dans l'univers des valeurs et des idéologies.

C'est ce qu'on peut appeler la mise en situation, ou la mise en contexte, du processus d'élaboration du droit. Et c'est par cette mise en contexte que cette analyse peut finalement avoir une valeur *explicative*, c'est-à-dire rendre compte de l'émergence du droit dans sa relation à la réalité complexe d'une société particulière.

Ajoutons, enfin, que ces jeux de pouvoir ont un contexte non seulement contemporain, mais aussi historique. Ils se poursuivent, souvent en se modifiant, dans le temps, sur une période plus ou moins longue. La perspective diachronique (historique) vient souvent éclairer l'analyse synchronique (contemporaine) de l'élaboration des lois ou des règlements.

Les politicologues et sociologues radicaux, d'inspiration plus ou moins marxistes, ont malheureusement fait trop peu d'études empiriques du droit. Par ailleurs, leurs écrits théoriques ont beaucoup contribué à formaliser et à clarifier cette problématique du fait juridique. En insistant sur les rapports de production et les structures économiques auxquels, selon eux, se rapporte le droit en dernière instance, ils ont contribué à mettre en lumière la nécessité de ne pas négliger la dynamique des jeux de pouvoir économiques, et autres, qui sous-tendent l'élaboration du droit. C'est en ce sens que l'étude sociologique du droit, qu'elle soit ou non d'inspiration radicale, sert de révélateur critique du droit.

Le droit en lui-même, comme pensée juridique. On a souvent utilisé une distinction pour différencier l'analyse du droit que fait le sociologue de celle qu'en fait le juriste. Le premier, dit-on, fait l'analyse externe du droit, tandis que le second en fait l'analyse interne. Nous avons eu recours à cette distinction plus haut. Ou encore, on dira que le sociologue prend le droit comme objet et le juriste, comme sujet. On entend par ces distinctions que le juriste dit ce que dit le droit; il est, par sa formation et sa pratique, l'interprète du droit. Le sociologue dit pourquoi le droit dit ce qu'il dit...

Ces distinctions sont utiles en ce qu'elles servent à bien démarquer les approches différentes — et complémentaires — qui caractérisent respectivement le sociologue et le juriste dans leur analyse d'un objet commun, qui est le droit.

Cependant, dans sa clarté limpide — peut-être un peu trop limpide — cette distinction cache un problème. Nous avons dit plus haut que la sociologie du droit de Max Weber se donnait comme principal objet de *pensée juridique*. Il faut reconnaître que si les sociologues du droit aiment à se réclamer de Weber — du moins les non-marxistes — ils n'ont pas suivi son enseignement dans la mesure où ils n'ont guère exploré les fondements sociologiques de la pensée juridique. Il faut dire qu'une telle analyse exige de la part de celui qui l'entreprend une bonne connaissance du droit, ce qui n'est généralement pas le cas des sociologues et politicologues.

Bien sûr, on peut soutenir que la distinction entre analyse externe et analyse interne vaut encore ici. Le sociologue qui veut expliquer la pensée juridique ne cherche pas d'abord à dire ce que dit le droit, mais plutôt comment ce que dit le droit se rapporte aux idéologies dominantes, aux valeurs, à l'organisation sociale, aux rapports de forces politiques, économiques, sociaux. Mais il faut quand même admettre que dans ce genre d'entreprise, la ligne de démarcation entre le sociologue et le juriste s'est amincie. L'analyse externe est directement soudée à l'analyse interne du droit. L'intégration de l'une à l'autre devient subtilement nécessaire.

Le droit, entendu au sens de droit positif, est avant tout et essentiellement un discours. Il n'est pas une réalité concrète, tangible, matérielle. Il est parlé et écrit. Il est un langage¹⁵. La parole, écrite ou parlée, lui confère sa réalité. En ce sens précis, le droit appartient donc à l'*univers symbolique* de la vie sociale, c'est-à-dire à l'univers des mots et des concepts, les uns et les autres étant fondamentalement symboliques.

Mais dans l'ensemble de l'univers symbolique social, le droit occupe, par certains traits, une place qui le singularise. Tout d'abord, c'est un discours *officiel*. Il est fait, élaboré, interprété, modifié par des personnes en situation d'autorité : les *honoraires* de Max Weber. Ce sont, dans notre pays, le législateur, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, si l'on s'en tient au droit formel. En second lieu, c'est un discours *directif* : il énonce des règles, des normes, des défenses, et il en précise à l'occasion les sanctions. Il ordonne, il commande, il prohibe. Il peut parfois n'être que déclaratoire ou rhétorique, mais pour mieux annoncer des règles. En troisième lieu, ce discours est *universel* pour une société donnée. Il fait pour tous, même lorsqu'il ne s'adresse qu'à certaines catégories ou certains groupes de citoyens. Quatrièmement, il est *pragmatique* : il a pour but d'entraîner une action, dans des cas précis. Le droit est en ce sens un discours actif, qui doit se réaliser dans des actes, des comportements. Même lorsque des lois ne sont pas appliquées, elles devraient l'être en principe, et peuvent toujours l'être en tout temps. Cinquièmement, le droit est assez souvent un discours *prospectif*. Il ne dit pas seulement ce qui doit être (au moment présent), mais aussi ce qui devra être. Le droit non seulement organise le présent, mais aménage aussi assez souvent l'avenir. Enfin, en sixième lieu, le droit est un discours *socio-économico-politique*. Il ne s'adresse pas à la personne isolée; il aménage plutôt des relations interpersonnelles, des interactions, ou encore s'adresse-t-il à des groupes, des catégories de personnes, des collectivités. Et ces interactions sociales sont très souvent saisies par le droit dans leurs

¹⁵ Roderick A. MACDONALD, «L'intervention réglementaire par la réglementation», dans *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, p. 89.

rapports à des biens, qu'il s'agisse de les produire, échanger, transférer, partager, protéger, détruire, etc. Également, le droit gère des rapports sociaux qui se rapportent à l'exercice et au partage de pouvoirs, dont les pouvoirs politiques. On peut donc dire que le droit s'inspire d'une certaine vision de la société, ou la reflète.

Univers symbolique, le droit est par conséquent un discours peuplé d'appels à des traditions intellectuelles, religieuses, morales; il s'est élaboré et continue de s'élaborer suivant l'influence de diverses conceptions du monde et de la société, de divers intérêts, de conflits de pouvoir entre groupes, catégories, classes, strates, etc. Derrière les règles pragmatiques qu'il énonce, les jugements des tribunaux qui l'alimentent, la doctrine juridique qui s'énonce, le droit est donc porteur de valeurs, d'idéologies qu'il importe de connaître. C'est en ce sens que le droit est aussi une «pensée sociale» : il est et reflète une vision de la société et de la vie en société.

Un exemple de ce type d'analyse nous est donné dans *Les origines doctrinales du Code civil français* d'André-Jean Arnaud¹⁶, ouvrage qui repose sur la thèse de doctorat présentée par l'auteur à la Faculté de droit de l'Université de Paris. Juriste-sociologue, Arnaud a consacré sa recherche, de caractère historique, à l'exploration des sources de la pensée juridique qui ont résidé à la rédaction du Code civil français. Mais les sources qu'il identifie sont finalement avant tout philosophiques : rationalisme, individualisme, nominalisme, idéalisme. Sans diminuer la qualité d'une telle recherche, il faut souligner que l'auteur s'en est tenu à l'univers intellectuel dans lequel ont baigné les rédacteurs du Code. De plus, il n'a pas cherché à situer socialement cet univers mental.

Si la sociologie peut effectivement contribuer à une compréhension plus approfondie du droit et si on peut nourrir l'espoir qu'elle contribue un jour à la théorie générale du droit (ce qu'elle a encore peu fait), il faudra qu'elle s'engage dans l'exploration de la pensée juridique.

La mise en oeuvre du droit. Le champ est ici beaucoup plus vaste et plus diversifié que les précédents. C'est tout ce qu'on peut appeler «le droit en action» (*law in action*). Le droit étant établi — par le législateur, par l'exécutif ou par les tribunaux — comment s'applique-t-il dans la réalité?

On peut reconnaître ici plusieurs voies de recherche, qui ont été pratiquées, quoiqu'inégalement.

- a) Les tribunaux sont les premiers interprètes, et les plus autorisés, des lois et des règlements. Le fonctionnement des tribunaux, les jugements

¹⁶ André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969.

qu'ils rendent, les motifs qu'ils invoquent ont fait l'objet de diverses recherches. Mais c'est peut-être surtout en matières pénales que ces recherches ont été menées, notamment aux États-Unis.

- b) La prolifération du droit public a entraîné la formation d'un vaste univers de fonctionnaires responsables d'administrer les corps créés en vertu de ces lois et d'appliquer ces lois. Dans l'exercice quotidien de leurs fonctions, ces fonctionnaires doivent interpréter la loi ou les règlements dans chaque cas qui se présente à eux. Dans la mesure où les lois et règlements sont imprécis, ambigus ou muets sur certains points, une jurisprudence non officielle se crée dans l'administration publique qui a effectivement force de loi. Du «droit en action» se crée par des agents de l'État qui ne sont pas officiellement habilités à le faire; cette jurisprudence ne sera jamais sanctionnée ni par le législateur, ni par le pouvoir exécutif, ni par les tribunaux.
- c) En matières pénales, divers agents sont responsables de l'application des lois et règlements: directeurs, chefs et agents de police, enquêteurs, directeurs de prisons et de pénitenciers, gardiens de détenus, travailleurs sociaux. Les relations qu'ils ont avec différentes catégories de personnes — victimes, présumés coupables, avocats et procureurs, témoins, détenus, etc. — obéissent aux interprétations qu'ils pensent faire des lois en vertu desquelles ils agissent.
- d) L'extension de la législation déléguée a conféré à l'exécutif gouvernemental des pouvoirs sans cesse croissants pour réglementer, en vertu de pouvoirs que lui attribuent des lois. C'est parfois l'occasion pour l'exécutif d'aller au-delà de la loi, de faire du droit, consciemment ou par inadvertance. Et il ne se trouve pas nécessairement d'intérêts lésés — qui aient conscience de l'être — pour contester une réglementation *ultra vires*.
- e) Il n'y a évidemment pas que les organismes publics qui appliquent et interprètent la loi et les règlements. Les grandes entreprises financières, commerciales, industrielles, les grandes institutions, privées autant que publiques (les universités, par exemple), ont leurs services juridiques. Ceux-ci servent à diverses fins, dont celles d'interpréter les lois selon les intérêts de l'entreprise ou de l'institution et d'établir la réglementation interne de l'entreprise ou de l'institution. Le «droit en action» se gonfle de l'ensemble de cet exercice.
- f) Un certain nombre de lois, au moment où elles sont sanctionnées, sont le fruit d'un compromis entre des intérêts ou des points de vue divergents. Leur préparation et leur élaboration ont souvent été accompagnées de discussions, de représentations, de lobbyisme, etc. La loi une fois sanctionnée, les groupes de pression et d'intérêt ne mettent pas pour autant fin à leurs interventions. Ils peuvent souvent encore espérer que

l'application de la loi pourra les avantager, selon l'interprétation qu'on en fera et selon les modalités de sa mise en oeuvre. Ainsi, les luttes qui ont entouré l'élaboration de certaines lois continuent par la suite dans leur mise en oeuvre. Les mêmes acteurs s'y retrouvent, les stratégies pouvant cependant n'être plus tout à fait les mêmes, compte tenu du contenu de la loi.

Cette liste est loin d'être exhaustive. Elle donne une idée du champ d'analyse qui s'offre ici. Un des principaux théoriciens américains de la sociologie du droit a pu écrire:

With one phrase, legal effectiveness, we capture the major thematic concern of contemporary sociology of law. The wide range of work that revolves around the legal-effectiveness theme displays a common strategy of problem formulation, namely a comparison of legal reality to a legal ideal of some kind. Typically a gap is shown between law-in-action and law in theory.¹⁷

On peut reprocher à Donald Black d'avoir ici réduit la sociologie du droit à ce que nous appelons l'un de ses *moments*. Mais cette citation illustre l'importance que les études de mise en oeuvre du droit a prise dans la sociologie du droit, particulièrement aux États-Unis.

Le droit formel et le droit informel. Ces trois moments du droit que nous venons de décrire laissent cependant dans l'ombre un vaste champ d'étude qui ne peut être passé sous silence : c'est celui de tout ce qu'on a appelé le droit informel¹⁸. Il s'agit ici de toutes les formes de régulation économique, sociale, pénale, culturelle qui ne portent pas le sceau du droit étatique, mais qui ont des effets à peu près semblables à ce dernier¹⁹.

La notion de droit formel est relativement claire dans la mesure où l'on entend par là l'ensemble des lois, règlements, arrêts, directives émanant de l'État et de ses fondés de pouvoir et dont les tribunaux sont les interprètes reconnus. La notion de droit informel est forcément plus fluide, plus floue, ses frontières sont moins clairement établies que celles du droit formel. Elle varie également en étendue d'un pays à l'autre, d'une époque à une autre.

Dans les sociétés industrielles avancées, le champ du droit formel s'est beaucoup agrandi au cours du dernier siècle, avec le développement qu'a

¹⁷ Donald BLACK, «The Boundaries of Legal Sociology», (1972) 81 *Yale Law Journal* 1087.

¹⁸ Richard L. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1982.

¹⁹ R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 15.

connu le droit public. Mais il reste quand même un vaste champ de droit informel, hors de l'État et à l'intérieur de l'État. Par ailleurs, il existe déjà aux États-Unis et maintenant au Canada ce que Richard Abel appelle «*a movement toward information*»²⁰, lié à la réaction en faveur de la dérégulation.

Du point de vue sociologique, la dynamique entre le droit formel et le droit informel est un phénomène d'une grande importance. Il se trouve soit en amont du droit (le moment de l'élaboration du droit) soit en aval (le moment de la mise en oeuvre du droit). On peut considérer le droit informel comme un *avant dire* du droit, une voie par laquelle se prépare le droit formel. Celui-ci puise souvent son inspiration dans le droit informel, qui lui a, en quelque sorte, servi de laboratoire. C'est cette dialectique que privilégie André-Jean Arnaud dans son analyse des rapports entre ce qu'il appelle «le système juridique étatique» et «les autres systèmes juridiques»²¹. Car le droit informel est, à ses yeux, composé d'une pluralité de systèmes juridiques. Par ailleurs, on peut à l'inverse interpréter le droit informel comme une façon de conserver des champs de régulation hors d'atteinte de l'État, ou encore comme une façon de sortir des mains de l'État certains champs de régulation qu'il avait envahis. Le parallélisme entre des champs de droit informel et de droit formel ne signifie cependant pas qu'il n'existerait aucune dynamique entre ceux-ci et ceux-là. Il peut s'agir au contraire d'un parallélisme qui repose, par exemple, sur des rapports de pouvoir délicats et mouvants entre, disons, le secteur public économique et l'État, entre l'Église et l'État, entre un réseau d'institutions privées (d'enseignement, de santé, de services sociaux, etc.) et l'État.

Analyser l'ensemble de toute cette dynamique des rapports entre droit informel et droit formel, c'est situer celui-ci dans le contexte sociologique étendu de toutes les formes de régulation, économique et autres, auxquelles il appartient, dont il est un élément.

La circulation des moments du droit. Nous avons traité, dans les pages précédentes, des trois moments du droit, à partir de son élaboration jusqu'à sa mise en oeuvre. Cette dynamique n'est cependant pas complète. Car s'il est vrai qu'il y a effectivement un mouvement du droit qui va de haut en bas, du législateur au justifiable, il y a aussi un important mouvement du droit qui se produit «en bas», c'est-à-dire chez les justiciables et les professionnels du droit, et qui peut à l'occasion remonter vers «le haut», soit vers le législateur ou les tribunaux supérieurs.

Le micro-droit que nous évoquions au début de cet essai est précisément le droit vécu quotidiennement par les professionnels du droit et

²⁰ R.L. ABEL, *op. cit.*, note 18, p. 2.

²¹ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, «Où va la sociologie du droit?», Paris, L.G.D.J., 1981.

les citoyens. La multiplicité des contrats de toutes sortes dans lesquels s'engagent des citoyens forme peut-être la partie la plus importante de ce droit vivant. Sans doute, le législateur et les tribunaux ont-ils posé certaines balises à la liberté contractuelle. Le droit des contrats n'est donc pas pleinement indépendant de ce qui vient d'en haut. Mais à l'intérieur de ces balises, dans lesquelles peut s'exercer l'initiative des notaires, des avocats et des citoyens, la liberté contractuelle demeure grande. On peut en dire autant du droit de tester, par exemple.

De même que le droit informel, dont nous venons de parler, peut annoncer du droit formel, de même le droit vivant des citoyens et des professionnels du droit peut à l'occasion provoquer une législation nouvelle qui s'en inspire ou qui ajoute de nouvelles balises. Par ailleurs, la jurisprudence se nourrit essentiellement de ce droit vivant.

Il y a donc ainsi un certain mouvement circulaire du droit. Le droit des contrats, par exemple, s'exerce à l'intérieur de bornes qui sont définies d'en haut par le législateur et la jurisprudence. Mais il arrive que l'exercice pratique de ce droit attire l'attention du législateur sur la nécessité de légiférer, ou encore qu'une nouvelle jurisprudence intervienne qui modifie certaines règles du jeu.

Cette circularité du droit s'observe à bien d'autres égards. Par exemple, la mise en oeuvre d'une loi par des fonctionnaires ou par un organisme public approprié peut référer, à l'usage, des incohérences ou des silences de la loi, entraîner des contestations ou des plaintes de la part des justiciables. C'est donc ce mouvement de circularité qui amènera le législateur à modifier ses lois, pour les corriger ou les compléter.

La présentation que nous avons faite de la sociologie du droit dans la première et la deuxième parties de cette étude, va maintenant nous servir de guide, dans la mesure où elle explique un peu ce que peut être «le regard sociologique» sur le droit canadien, la vision de la société qui l'inspire.

Les travaux juridiques préparés pour la Commission ne permettent guère, en général, de dire beaucoup sur le moment de l'élaboration du droit. Ils offrent cependant au sociologue plus d'éléments d'analyse et de réflexion sur la pensée juridique canadienne et sur le moment de la mise en oeuvre du droit.

IV- LE DROIT COMME VALEUR SOCIALE

La mythification du droit

Avant de pénétrer le droit canadien lui-même, pour en déceler les valeurs sous-jacentes, parlons d'abord du droit comme valeur. Le Canada

appartient à ces pays où, selon la typologie de Max Weber, la légitimité repose avant tout sur la rationalité juridique. C'est en vertu de lois constitutionnelles que l'État est érigé en autorité reconnue comme légitime et l'État exerce son pouvoir à travers un discours juridique (lois, règlements, arrêts, directives). Le législateur peut faire toutes les lois qu'il veut, mais il n'est jamais lui-même au-dessus des lois qu'il fait. Pour qu'une société légitime le pouvoir politique et son action sur le fondement du droit, il faut qu'elle en soit venue à valoriser hautement le droit. Le droit en lui-même prend qualité de valeur, il est perçu comme doté de vertus quasi inattaquables, d'une vérité qu'on ne peut nier, d'une autorité irrécusable.

On peut aller un peu plus loin et dire que cette valorisation du droit s'exprime à travers une certaine mythologie du droit. Le droit est élevé au rang du mythe, tel que celui-ci est rapporté dans des études anthropologiques : mythe des origines, mythe du rythme des saisons, mythe de la nature, etc. Le caractère mythologique du droit se retrouve dans certaines perceptions du droit que partagent les citoyens. Énumérons-en quelques-unes :

- Le droit est source de justice. Le processus judiciaire rétablit la justice à chacun, révèle et punit les vrais coupables.
- Le droit est juste parce qu'il est le même pour tous. Tous sont égaux devant la loi. La loi ne fait pas de discrimination.
- La loi est une autorité au-dessus de tous et chacun. Tous doivent une même obéissance à la loi.
- La loi comporte un certain élément sacré. Elle vient des plus hautes autorités : l'État, les tribunaux.
- La loi est rationnelle, logique. Elle n'a rien d'émotif, de passionné, elle est effectivement neutre.
- Le processus judiciaire est neutre. Les juges jugent selon la loi, en suivant la loi, et seulement selon la loi. Toute autre considération est exclue de leur jugement.
- La loi est un discours savant, elle est objet de science.
- La loi est une science efficace. Qui connaît la loi détient un pouvoir.
- En vertu de la loi, chacun a des droits et des obligations. Connaître ses droits est une sécurité et un pouvoir.

- Il n'y a pas de société sans droit. Le droit est essentiel à l'ordre et à la paix sociale. Une société sans droit serait livrée à tous les appétits, elle serait sans freins.
- La Justice a le bras long. Le coupable risque toute sa vie d'être un jour découvert et jugé.
- Avoir un dossier judiciaire, c'est une sorte d'infamie dont on est marqué pour la vie.
- Les lois sont faites par les plus hautes autorités, dans l'intérêt commun, pour le bon ordre, pour la protection des citoyens.
- La loi et l'ordre social vont de pair. Ceux qui s'attaquent à la loi veulent ébranler l'ordre social.
- La loi et la morale vont de pair. Ce que prescrit la loi n'est jamais immoral. La loi protège la moralité publique et contribue à la moralité privée.

L'énumération de ces perceptions permet de constater que la valorisation du droit repose sur d'autres valeurs, que l'on peut désigner comme plus profondes, plus fondamentales, des valeurs *fortes*. Ce sont :

- la justice;
- l'égalité;
- la rationalité;
- l'ordre social.

Le droit est une concrétisation de ces valeurs fortes, il en est une réalisation visible, une manifestation, une expression. Il donne une forme à ces valeurs abstraites, une certaine matérialité.

Il n'est pas possible d'explorer ici en détail le processus par lequel s'est construite cette mythification du droit. Soulignons seulement le rôle de six facteurs. a) L'extension du marché des biens (*commodities market*), sous le mode du régime capitaliste, a nécessité une croissance concomitante du droit civil, comme régulateur des rapports économiques qui se multipliaient. b) En second lieu, l'industrialisation et l'urbanisation, en multipliant les grandes agglomérations et en rendant plus complexe l'organisation sociale, ont finalement donné lieu à une poussée et à une explosion du droit public. En conséquence, l'intervention de l'État s'est étendue à des champs toujours plus nombreux. c) Le rôle de l'État s'est amplifié — troisième facteur — et sa légitimité juridique a dû, du même coup, s'affermir. d) Il ne pouvait que

résulter de ces tendances une professionnalisation du droit, qui s'est produite tout au cours du XIX^e siècle. Sous tout le régime français, les avocats furent interdits de séjour en Nouvelle-France, parce qu'on croyait ainsi réduire l'esprit de chicane des nouveaux colons. C'est dire que les avocats ne jouissaient pas alors d'une haute réputation et qu'on pouvait se passer d'eux. Ce n'est qu'au cours du XIX^e siècle que la profession juridique a progressivement gagné sa place et un certain prestige. e) Le pouvoir politique s'exerçant de plus en plus par le droit, les hommes de loi ont investi la vie politique, autre facteur de prestige et pour eux-mêmes et pour le droit. f) Enfin, dernier facteur, la profession juridique s'est associée aux universités pour la formation de ses membres. On a requis de ceux-ci un diplôme universitaire, et finalement on a confié aux universités l'exclusivité de la formation des juristes. La profession juridique et le droit ont bénéficié du prestige croissant des universités.

Tous ces facteurs ont concouru à créer autour du droit et de la profession juridique une aura d'autorité. Et on continue à l'entretenir avec soin par le décorum et le respect verbal dont on entoure le processus judiciaire, le législateur, le représentant de l'ordre, par le caractère à la fois savant et impératif que l'on prête au droit.

La démythification du droit

Il faut par ailleurs reconnaître qu'il y a aussi un autre côté de la médaille. La mythification du droit a sa contrepartie. Parallèlement aux perceptions positives du droit énumérées plus haut, on peut en aligner d'autres qui les contredisent. Ce sont, par exemple, des énoncés qui ressemblent à ceux-ci:

- Il n'y a pas de justice.
- Les lois sont mauvaises.
- On n'a pas les bonnes lois.
- Les lois sont faites pour les riches.
- Il faut être riche pour obtenir justice devant les tribunaux.
- Avec de l'argent, on peut toujours s'en tirer.
- La loi est faite pour être contournée.
- Il y a une justice pour les riches et une justice pour les pauvres.

On peut dire qu'il y a là les éléments d'une démythification du droit. Mais il est par ailleurs remarquable que ces jugements négatifs sur le droit

appartiennent quand même à la mythologie du droit, dans la mesure où ils disent ce que devrait être un «bon» droit. Derrière ces jugements apparaît l'idée d'un «bon» droit qui répondrait vraiment aux exigences

- de la justice
- de l'égalité
- de la rationalité
- de l'ordre social

c'est-à-dire les quatre valeurs fortes évoquées plus haut. Ces jugements expriment, par la négative, le sentiment ou l'espoir que les choses pourraient être autrement.

Mais on entend un autre discours critique du droit; c'est le discours radical. Il s'inscrit dans une critique de la société bourgeoise capitaliste, c'est-à-dire d'un certain ordre social qu'elle conteste parce qu'elle le considère comme étant foncièrement un désordre social, c'est-à-dire un ordre social fondé sur l'inégalité, l'injustice, des rapports de pouvoir entre possédants et dépossédés. Le droit apparaît alors comme mystificateur, dans la mesure où il camoufle ce désordre social tout en servant à l'édifier et à le maintenir. Il s'agit ici non plus seulement d'une démythification du droit, mais d'une démythification.

Mais même ce discours radical appartient encore à la mythologie du droit. Il s'attaque au désordre établi; mais en évoquant la possibilité ou la prévision d'un autre ordre social qui serait vraiment fondé sur la justice, l'égalité, la rationalité. Les quatre valeurs fortes se retrouvent encore ici.

L'ensemble des considérations qui précèdent, sur la mythification et la démythification du droit, expliquent, pour une part, le phénomène de la valorisation du droit. Cette valorisation a répondu à des nécessités économiques et politiques; et elle s'est appuyée sur des valeurs qui ont accédé à une position prédominante dans les sociétés occidentales au cours des derniers siècles. Ce sont les valeurs qui ont servi d'appui au mouvement de démocratisation de ces sociétés et à l'utopie d'une démocratie qui est toujours en voie de se réaliser sans jamais y parvenir.

C'est dire que la valorisation du droit a des racines profondes dans la mentalité, l'esprit du citoyen des sociétés démocratiques modernes. Les ambivalences mêmes à l'endroit du droit — les attitudes à la fois positives et négatives chez les mêmes personnes et les mêmes groupes — témoignent que le droit n'est pas une réalité à laquelle même le citoyen ordinaire est indifférent. Les perceptions critiques du droit révèlent des attentes frustrées

devant un droit qui n'est pas à la hauteur de ce qu'on croyait qu'il était, ou de ce qu'on attendait de lui.

Dans cette perspective, le mouvement de dérégulation — par-delà les intérêts économiques qu'il sert — ne doit pas être interprété comme un rejet du droit. On peut, au contraire, déceler dans une certaine opinion publique l'idée que la prolifération du droit le rend de plus en plus inefficace et qu'un droit formel moins abondant aurait plus de chances d'être mieux appliqué qu'un droit trop prolifique.

Le droit est en lui-même une valeur sociale, comme nous venons de le voir, parce qu'il exprime d'autres valeurs, des valeurs que nous avons appelées fortes : justice, égalité, rationalité, ordre social. Non seulement le droit est-il une valeur, mais il est porteur de valeurs.

Cependant, le rapport entre droit et valeurs est complexe à explorer. Le droit ne fait à peu près jamais mention d'une manière explicite des valeurs et idéologies qui le sous-tendent. Comme le dit P. Orienne dans une étude précisément sur les valeurs dans le système juridique:

*Aucune norme juridique ne constitue l'expression pure et simple d'une valeur sociale déterminée. Tout d'abord, parce que la norme remplit une fonction pratique, dont l'exercice se fait dans le respect de certains modes formels d'action auxquels, par hypothèse, la définition pure d'une valeur ne peut se plier. Ensuite, parce que, au niveau de cette pratique, la pluralité des valeurs à prendre en compte oblige à n'assigner à chacune, dans l'ordre juridique, qu'une place nécessairement limitée par celle occupée par les autres.*²²

Nous ne nous attaquerons donc pas directement à une analyse des valeurs sous-jacentes au droit canadien. Nous allons plutôt tenter d'y arriver par un cheminement un peu indirect. Nous allons rechercher la vision de la société que l'on peut discerner à travers le droit canadien. Cette vision se dessine assez bien et peut être reconstituée selon certains axes.

Il faut cependant tout de suite souligner que ce qu'on peut appeler le «droit canadien» est évidemment bien loin d'être univoque. Il est multiple à bien des égards. Mais il y a une distinction fondamentale que nous allons retrouver très souvent tout au cours de l'analyse qui suit : c'est celle du droit que font les législateur et du droit tel que les tribunaux l'interprètent. Nous verrons que des différences assez importantes, des contradictions s'affirment entre la vision de la société canadienne des premiers et des seconds.

²² Paul ORIANNE, «Valeurs et méthode dans le système juridique : le rôle de l'égalité» dans Chaïm PERELMAN et Léon INGER (dir.), *L'égalité*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 596.

C'est principalement en nous inspirant des rapports juridiques préparés pour la Commission que nous dessinerons quelques grands traits de cette vision de la société que porte le droit, et de ses contradictions.

1. Tout d'abord, la société perçue par le droit est avant tout une société capitaliste. Cette vision s'affirme de bien des manières, dans les lois et dans la jurisprudence. Les principes de base de cette société sont la propriété privée et le respect qu'on lui doit, la libre entreprise, le droit au profit, la reconnaissance de la grande loi économique de l'offre et de la demande. Il n'y a évidemment rien d'étonnant à cela! C'est le contraire qui aurait plutôt été surprenant.

Le point central de cette vision de la société capitaliste est évidemment la valorisation de la propriété privée. À travers tout le droit canadien, celle-ci apparaît comme une réalité transcendante, sacrée, inattaquable. Sa légitimité n'est jamais remise en question.

Le problème que se pose le droit canadien n'est donc pas celui de reconnaître la primauté de la propriété privée : on considère cette primauté comme allant de soi. Le problème qui se pose, à certains moments, est plutôt celui des limites et des contraintes à imposer à la propriété privée au nom d'autres considérations, d'autres valeurs. Là-dessus, le droit canadien se divise, son monolithisme éclate : la vision de la société n'est pas la même chez les législateurs et les tribunaux. Plus que les tribunaux, les législateurs sont sensibles aux considérations socialisantes qui viennent contredire ou contrecarrer certains principes de base du capitalisme. Cela s'est affirmé plus particulièrement dans certains secteurs : le droit des relations du travail²³, le droit de l'environnement²⁴, les interventions des gouvernements fédéral et provinciaux en matière de régulation de l'économie²⁵. Depuis plusieurs

23 Fernand MORIN et Claudine LECLERC, «L'usage de la loi pour contenir les relations du travail : l'expérience du Québec», dans *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, vol. 51 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 75.

24 Paul D. EMOND, «La politique et le droit de l'environnement : un examen de l'expérience canadienne», dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, vol. 50 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 105.

25 Patrick J. MONAHAN, «La Cour suprême et l'économie», dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.

décennies un écart manifeste s'est révélé entre, d'une part, des législations gouvernementales qui prenaient en considération des intérêts collectifs, limitant l'exercice de droits individuels de propriété, et les tribunaux qui ont maintenu d'une manière plus continue, plus cohérente, la préoccupation des intérêts du propriétaire, de la protection de son patrimoine.

Le droit qu'interprètent les tribunaux est comme imbu de l'esprit et des principes du droit civil. Ceci apparaît particulièrement dans des secteurs où des intérêts collectifs transcendant des intérêts individuels (la protection de l'environnement, par exemple) doivent être invoqués.

An examination of the common law property rules, for example, illustrates the same blind acceptance of the right of individuals to pursue their own self-interests, subject only to certain minimal restrictions when that right clashes with a similar right in others. First, land (real property) is seen as little more than another factor of production, a marketable commodity that deserves no special recognition of status in society.²⁶

2. La vision capitaliste de la société ne concerne pas seulement les rapports entre les personnes et les biens, mais aussi les rapports des personnes entre elles. Définie selon la notion de propriété, de libre concurrence, cette vision fait naître une image atomisée de la société, dans laquelle les impératifs collectifs, communautaires apparaissent toujours comme contrepartie embarrassante. La common law penche donc du côté de la

pre-eminence of individual rights over public or community rights. In fact, the law today seems to regard community rights at most as the sum of the rights of the individual members of the community, and not as something that may be greater than or in some way transcend individual rights.²⁷

Le droit du travail illustre peut-être mieux que d'autres cette vision de la société. Ce n'est que lentement qu'a émergé un droit du travail qui ait égard à des entités collectives (le syndicat) et à des négociations collectives. Il fallait corriger un droit civil devenu clairement inadapté aux conditions modernes de travail dans l'industrie.

L'analyse, souventes fois répétée, permet maintenant de reconnaître que le contexte socio-économique était nettement défavorable aux salariés et que le droit en général les desservait tout autant. En effet, le

²⁶ P.D. EMOND, *loc. cit.*, note 24.

²⁷ *Id.*

*droit civil d'alors était principalement un droit patrimonial garantissant davantage la sécurité juridique des propriétaires de biens meubles et immeubles. Quant à la liberté contractuelle, elle ne pouvait avoir de valeur pratique que pour celui qui peut refuser de se lier, et ce n'était certes pas le cas des salariés.*²⁸

La vision atomisée, individualisante de la société — plus particulièrement caractéristique du droit civil, de la common law — et la vision relativement plus collectiviste, plus communautaire d'une partie du droit public, ne semblent pas réconciliées dans le droit canadien. Chacune de ces deux visions est présente et fait contrepoids à l'autre. Cette dichotomie prend souvent la forme d'une dialectique entre les tribunaux, gardiens de la vision atomisée, et le législateur qui introduit une vision plus communautaire. Cette dialectique est illustrée encore une fois particulièrement dans le droit du travail:

L'approche des tribunaux permettait tout au plus, en des cas pratiques, de démontrer l'inadaptation du droit à ces nouvelles conditions sociales et économiques. On retrouve là d'ailleurs une des caractéristiques de lois du travail et qui résulte de la dynamique entre le législatif et le judiciaire...

*Même l'interprétation et l'application des lois nouvelles du travail furent effectuées par les tribunaux avec beaucoup de circonspection et selon une approche assez conservatrice. Les tribunaux se sont faits, en général, les gardiens du régime juridique d'alors arguant que ces règles nouvelles devaient être traitées de mesures d'exception, ce qui autorise une interprétation restrictive. Depuis, il existe une dialectique entre le « législatif » et le « judiciaire » en matière de travail. Un très grand nombre d'amendements aux lois du travail ne sont que des réponses positives ou négatives aux décisions judiciaires [...] Même les décisions des tribunaux qui furent assez favorables au salarié-individu ne constituaient pas véritablement des exceptions à cette approche générale assez hostile à l'action collective.*²⁹

3. La vision capitaliste et atomisée du droit lui rend difficile de considérer l'intérêt de l'ensemble d'une société comme entité. Les notions d'*intérêt public* et d'*intérêt général*, lorsqu'on fait appel à elles, tendent à être interprétées dans un sens particulariste. L'intérêt général est perçu comme la résultante d'une convergence d'intérêts particuliers. Et ces intérêts particuliers doivent s'exprimer par le rapport coûts-bénéfices. Dans cette logique, les coûts pour l'ensemble d'une collectivité, sans référence précise à

²⁸ F. MORIN et C. LECLERC, *loc. cit.*, note 23.

²⁹ *Id.*

des personnes ou groupes de personnes déterminés, deviennent une abstraction que les tribunaux ne peuvent reconnaître.

Cela est illustré particulièrement dans les difficultés qu'affrontent les juristes préoccupés du droit de l'environnement :

It is futile to talk about the common law solving environmental problems, when the doctrine and mediating principles are so firmly embedded in the logic of cost-benefit analysis, especially an analysis that measures the environmental costs of a proposed activity only in terms of direct economic loss to the parties before the court, and assumes that the benefits reach almost every member of society. Not only are the principles wrong, but the process is fundamentally flawed. It limits access to those with an obvious economic interest in the outcome of the case; it puts the onus of proof on those who ask for nothing more than a sober second look; it demands a standard of proof that requires the plaintiff to exhibit a measurable and easily quantifiable deterioration in physical health; it is primarily reactive to problems; and it seldom offers more than financial damages to the successful plaintiff – damages calculated according to an amount required to compensate only the plaintiff for direct and measurable economic loss...

The law is firmly in the grip of the pro-development interests within society. Its focus on individuals means that it systematically excludes broader community interests, such as environmental values. It is inconceivable that that law could protect interests and values that have «no owner».

If these criticisms of the environmental protection laws suggest that there can be no legal solution whatsoever to the problems of pollution and inappropriate resource development, they have clearly gone too far. One fact is evident; we must, for the time being at least, work within the existing structure. Reform must start with incremental change to the present laws. Not only that, but there is much to commend the judicial process... Courts offer a forum through which individual concerns may be publicly aired and considered, a mechanism by which the decision maker is forced to focus on the rights and responsibilities of individual litigants, and an objectivity and independence resulting from the dispassionate look at a dispute on the part of a disinterested generalist. The judges' heightened awareness of the particular, as well as their theoretical position of independence, give them the opportunity to begin to fashion a new doctrine of «environmental stewardship.» What is now needed is a clear message from the public that such a doctrine has widespread support.

The best – indeed the only – way of communicating such a message is through legislation that clearly sets out society's expectations for the

*law, offering the judges, and ultimately the public, the necessary tools to fulfill those expectations.*³⁰

On voit ici encore s'affirmer la dichotomie entre la vision individualisante du droit substantif et des tribunaux, et une vision possiblement plus communautaire que peut avoir le législateur.

Dans d'autres secteurs, la tension est moins forte, la vision fragmentée, particulariste est plus généralisée. Ainsi lorsqu'il s'agit de la régulation de l'activité économique, notamment en ce qui a trait à la concurrence, ses normes, ses contrôles.

*Canadian policymaking elites have never regarded monopoly or oligopoly as such to be a problem. Competition policy has not attempted to systematically eliminate the market power of leading industrial firms. The focus of State intervention has been on the conduct of the actors in a market rather than on the structure of the market itself. The goal has been to regulate the «abuse» of market power, while leaving the basic sources of the power intact.*³¹

Dans le contexte de cette politique, la Cour suprême a eu le problème de définir ce qu'il faut entendre par «abus», mais elle s'est retrouvée dans le dilemme classique de la société libérale opposant liberté et ordre. Et elle n'en est sortie qu'en adoptant une vision très étroite, très individualiste du droit subjectif. Cette perspective peut se résumer ainsi :

*A legal right is a power absolute within a sphere but void outside it. Society is comprised of individuals and institutions exercising dominion over such absolute zones of entitlement. In this universe, there is no overlap between the respective spheres of pure autonomy. The role of the jurist is simply to delineate the various zones of entitlement from each other.*³²

Il se pourrait cependant qu'une analyse assez fine des décisions des tribunaux administratifs ajoute un autre volet à ce tableau. Ces tribunaux sont en effet beaucoup plus près du gouvernement et des intentions collectivistes du législateur que les tribunaux de droit commun.

To write a paper on administrative tribunals in large measure is to write a paper about government. This is so because many of the bodies

³⁰ P.D. EMOND, *loc. cit.*, note 24.

³¹ P.J. MONAHAN, *loc. cit.*, note 25.

³² *Id.*

*that Canadians think of as administrative tribunals actually perform all the major governmental functions.*³³

Ces tribunaux sont plus en mesure que d'autres d'entendre des représentations faites au nom de l'intérêt public. Cependant, le caractère représentatif de ceux qui peuvent se faire entendre, et se font effectivement entendre devant ces tribunaux, demeure assez restreint.

Public interest representation, which is an expansion of those participating in the regulatory process, is not really public interest representation at all but the admission of new elites with special interest who can afford to participate.

*Participatory rights [...] are not a guarantee of regulation in, or even representation of, the public interest.*³⁴

Il n'en reste pas moins que c'est vraisemblablement dans ces instances qu'on trouverait une philosophie sociale se rapprochant davantage de celle des technocrates et du législateur.

4. Cette société capitaliste, elle est aussi perçue par le droit comme étant une démocratie représentative et égalitaire. L'égalité juridique formelle des citoyens est un postulat du droit canadien. Elle est reconnue officiellement dans le premier paragraphe de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi [...]» Et le second paragraphe du même article reconnaît que des lois peuvent être édictées pour venir en aide à des citoyens «défavorisés», sans pour autant renier le principe de l'égalité juridique.

Cependant, le fait que le droit accorde un respect souverain à la propriété privée, fondement de la société capitaliste, l'entraîne à accepter et reconnaître, sans chercher à les corriger fondamentalement, les inégalités résultant de la propriété privée. Le gouvernement et la Cour suprême ont maintenu le déséquilibre de la compétition en évitant de toucher aux grandes sociétés, qui ont acquis un pouvoir économique qui en fait des superpuissances³⁵. Dans les relations de travail, le respect de la propriété de l'entrepreneur a pour conséquence la reconnaissance juridique d'une inégalité

³³ David J. MULLAN, «Les tribunaux administratifs : leur évolution au Canada de 1945 à 1984», dans *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, p. 175.

³⁴ *Id.*

³⁵ P.J. MONAHAN, *loc. cit.*, note 25.

fondamentale entre le propriétaire de l'entreprise et ceux qu'il embauche pour y travailler :

L'entrepreneur demeure libre de choix de ses créneaux, de ses moyens de production, de son organisation : la propriété de l'entreprise et le résultat de ses activités demeurent strictement l'affaire de l'employeur : [...] les prérogatives de la libre gestion de l'employeur ne sont pas directement remises en cause...On voit donc que la propriété, l'accession, la libre entreprise et la loi de l'offre et de la demande constituent encore des bases solides de l'organisation de l'activité économique et ne furent nullement remises en cause par ces lois du travail aménageant les rapports collectifs [...] C'est pour cette raison d'ailleurs que ce régime des rapports collectifs de travail n'a jamais modifié le statut du salarié au sein de l'entreprise : il demeure juridiquement un étranger, un aubain.³⁶

La notion de contrat collectif a voulu pallier cette inégalité dans une certaine mesure, mais on peut aussi y voir une manière d'occulter le fait que ce contrat se passe entre un propriétaire à qui son droit de propriété confère les prérogatives, qu'ils ne partagent pas, même s'il arrive qu'ils «appartiennent» parfois à l'entreprise depuis bien plus longtemps que l'employeur n'en est le propriétaire. Présentant l'oeuvre de Kahn-Freud sur le droit du travail, Paul Davies et Mark Freedland écrivent :

It is a profound error to establish a contrast between «society» and the «state» and to see one in terms of coordination, the other in terms of subordination. As regards labour relations that error is fatal. It is engendered by a view of society as an agglomeration of individuals who are coordinated as equals; by a myopic neglect or deliberate refusal to face the main characteristics of all societies, and not least of industrial societies, which is the unequal distribution of power. The law does and to some extent must conceal the realities of subordination behind the conceptual screen of contracts as concluded between equals. This may partly account for the propensity of lawyers to turn a blind eye to the realities of the distribution of power in society.³⁷

5. Au regard du droit canadien, la société est essentiellement composée de personnes responsables. La notion de responsabilité est à la base de la définition juridique de la personne, du citoyen. Cette notion a été particulièrement enrichie au cours des derniers siècles sous le souffle de l'idéologie bourgeoise libérale.

³⁶ F. MORIN et C. LECLERC, *loc. cit.*, note 23.

³⁷ Paul DAVIES et Mark FREEDLAND, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3^e éd., London, Stevens and Sons, 1983, p. 15.

Mais il est des catégories de citoyens qui ne sont pas en mesure, pour diverses raisons, d'assumer pleinement leurs responsabilités et qui ont besoin d'aide, de protection, d'appui. La reconnaissance progressive de ce besoin de protection et d'aide a engendré une multitude de législations de droit public dans les secteurs de la santé, du bien-être social, de la famille³⁸. Il y a aussi des régimes de protection qui ne s'adressent pas qu'à une ou plusieurs catégories de citoyens, mais à tous les citoyens sur une base universelle : protection des droits de la personne, des droits du consommateur, du bailleur et du locataire, etc.

Dans son étude *Justice in USSR*, Harold Berman utilise l'expression *parental law* pour caractériser l'esprit du droit soviétique³⁹. Il s'agit d'un droit qui se donne un double but : a) protéger les citoyens plus démunis que d'autres et requérant une attention particulière; b) éduquer les nouveaux citoyens socialistes, leur inculquer les valeurs de la nouvelle société d'où sont censées disparaître la propriété privée et les classes sociales.

La même expression peut aussi désigner une large partie du droit canadien, et dans les deux sens que Berman lui a donnés. Beaucoup de lois ont une fonction protectrice. Ainsi, toute l'histoire du droit du travail témoigne de cette fonction, dans la mesure où il a cherché à corriger les inégalités économiques et sociales entre employeurs et travailleurs, en établissant et réglementant un processus de négociation et en tentant de mieux faire partager les bénéfices de la production.

Le droit de la famille présente un cas intéressant d'oscillation entre la responsabilité des époux, dans l'esprit du droit civil, et la protection à accorder à la mère seule, la mère célibataire, les enfants, etc. D'ailleurs, ce droit de la famille débouche finalement sur le droit social.

Constructive reforms can, no doubt, alleviate some of the adverse effect of the present private law system of spousal and child support... But such changes, though important, will not redress the real problem of many Canadian families who encounter poverty in consequence of the breakdown of the marital relationships. A statute-based judicial system that provides for the equitable distribution of property on marriage breakdown and for the payment of reasonable spousal and child

³⁸ Robert D. BUREAU, Katherine LIPPEL et Lucie LAMARCHE, «Développement et tendances du droit social au Canada (1980-1984)», dans *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, vol. 49 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 79.

³⁹ Harold J. BERMAN, *Justice in the USSR*, New York, Vintage Russian Library, 1950 et 1963.

support is of no consequence to those who have no property and whose income is insufficient to support two households [...] It is impossible to ignore the present and prospective role of the State in subsidizing the needs of the financially disadvantaged. Social assistance, guaranteed income and pension schemes, family allowances, old age pensions, vocational training and affirmative action programmes, state-subsidized child-care facilities and taxation laws all contribute to family policy and have a potentially significant impact on the private law system of income support for family dependants.

In reality, there is a dual system of income support for family dependants in Canada : the «family law system» that regulated the rights and obligations of the family members inter se, and the «welfare system» that regulates the financial responsibilities of the State. These two systems differ in origin, substantive provisions, administration and orientation. The relationship between these two systems has not been adequately explored in Canada.⁴⁰

On comprend que ces deux systèmes soient parallèles, dans la mesure où ils s'inspirent de deux visions différentes, l'une de responsabilité individuelle du couple et des époux, l'autre de la protection que l'État doit leur apporter.

6. La vision d'un pays dont les citoyens jouissent de libertés s'est graduellement élargie et approfondie dans le droit canadien. Elle s'est exprimée notamment dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais cette vision n'est pas simple, dans la mesure où le droit perçoit aussi la société comme ayant besoin d'être soumise à des règles, le droit étant lui-même un des agents privilégiés de cette régulation, même si on reconnaît qu'il n'est pas le seul⁴¹.

Un premier problème se pose, celui des limites de la liberté, compte tenu des exigences de la vie collective et de la liberté des autres. C'est le problème auquel s'était attaqué John Stuart Mill dans son ouvrage *On Liberty*, pour tenter de réconcilier la liberté et les exigences de la régulation de la vie collective. C'est le même problème que rencontre le droit, par exemple, en matière de concurrence économique, d'environnement, de droit urbain. Il ne semble pas que le droit canadien ait réussi à clarifier ce dilemme sans sacrifier un pôle ou l'autre. Or, c'est le pôle de la vie collective

⁴⁰ Julian D. PAYNE, «Les répercussions du droit de la famille au Canada sur les conséquences financières de la dissolution des mariages et du divorce», dans *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, vol. 49 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 1.

⁴¹ R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 15.

qui a été généralement sacrifié. Ainsi, une analyse des jugements de la Cour suprême en matière de causes économiques permet de conclure :

In essence, the Court has sought to deny that there was an irreducible conflict between freedom and order. Certain forms of conduct are banned absolutely, no matter how beneficial the consequences. At the same time, other categories of conduct are absolutely permitted, no matter how harmful they might be in a particular instance. The jurist resolves disputes by classifying the conduct in the appropriate category rather than by maximizing social utility.⁴²

Dans la mesure où l'on résout le problème en le niant, il est certain que cette solution joue au détriment de considérations sociales ou communautaires. Il faudrait explorer d'autres secteurs d'activité pour vérifier si les tribunaux, la Cour suprême notamment, adoptent en d'autres matières une optique plus souple. Mais il n'est pas certain qu'il en aille ainsi, compte tenu de la vision très fortement individualisante que le droit canadien porte sur la société.

La régulation de la société par le droit est donc encore marquée profondément au coin du vieil individualisme libéral. On constate que beaucoup de mesures sociales, inspirées par une vue plus socialisante, manquent souvent d'efficacité. C'est ce que l'on a pu observer en matière de politique urbaine, de protection de l'environnement, de politique de la famille, de protection du consommateur. Une certaine volonté politique s'exprime, mais les suites tardent à venir. La perception juridique individualiste de la société, sans être le seul facteur explicatif, peut peut-être éclairer ce faible impact des politiques que l'on peut appeler «sociales» dans un sens général.

7. La société que perçoit le droit peut être dite «modérée» ou encore «équilibrée», du point de vue idéologique. C'est une société où les extrémismes, de quelque nature qu'ils soient, n'ont guère de place. Le «bon sens», le «sens commun», le pragmatisme y règnent. Les citoyens ont intérêt à s'entendre, à négocier, à régler leurs différends d'une manière «raisonnable». Comprenant leur intérêt, ils agissent généralement de manière à minimiser les conflits et à maximiser leur bien-être. Le compromis nécessaire, où s'équilibrent les intérêts, est toujours préférable à l'interminable lutte. Même les tribunaux, qui doivent en définitive trancher, donner raison à l'un et tort à l'autre, accorder à l'un ce qu'ils ne peuvent donner à l'autre, ne manquent pas de donner aussi cette image du compromis, dans la mesure où les gâteaux peuvent être partagés de manière à donner quand même satisfaction à la partie qui n'est pas favorisée.

⁴² P.J. MONAHAN, *loc. cit.*, note 25.

On pourrait illustrer cette observation de bien des manières. Choisissons le champ où les positions idéologiques extrêmes auraient le plus de chance de fleurir : le champ politique. Une analyse de quatre rapports de commissions chargées de proposer des réformes juridiques décrit ainsi une des «attitudes intellectuelles et idéologiques typiques» de ces organismes :

*Political values are taken as a non-debatable given in a society which resolves conflict pragmatically, and by consensus.*⁴³

La solution pragmatique et consensuelle des conflits fait partie de la culture d'un pays comme le Canada, d'une manière presque nécessaire. L'étendue géographique du pays, l'importance économique de ses régions, la dualité ethnique et linguistique de ses peuples fondateurs, à laquelle s'est progressivement greffée une définition multiculturaliste, sont autant de facteurs qui ont contribué à ancrer le pragmatisme, la constante recherche et le respect du consensus dans la culture canadienne. La notion de compromis n'a pas au Canada le sens péjoratif qu'elle peut avoir dans d'autres cultures, aux États-Unis, par exemple, où l'acceptation d'un compromis est généralement interprétée comme la reconnaissance implicite d'une défaite. Pour le Canadien, le compromis est l'aboutissant normal de toute négociation, car celle-ci ne réussit que dans la mesure où les parties se font des concessions réciproques.

Ajoutons encore qu'au moment de la Révolution américaine, et à d'autres moments par la suite, le Canada a opté pour le statut colonial à l'intérieur de l'Empire britannique, puis du Commonwealth. Dans ce cadre, l'évolution de son statut politique vers l'indépendance s'est faite sans heurts, sans à-coups, suivant une démarche progressive et évolutive, dont on peut dire qu'elle fut essentiellement pragmatique.

Cette attitude pragmatique et consensuelle se reflète dans la jurisprudence de la Cour suprême en matière constitutionnelle. Une étude de quatre-vingt-dix décisions de la Cour suprême portant sur la répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux depuis la Seconde Guerre mondiale conclut que :

⁴³ Harry W. ARTHURS, «Le droit en tant qu'instrument d'intervention de l'État : un cadre de recherche», dans *Le droit, la société et l'économie*, vol. 46 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 83.

quarante-deux décisions [furent] favorables aux provinces (ou défavorables au fédéral) et quarante-huit favorables au fédéral (ou défavorables aux provinces).⁴⁴

Une analyse qualitative plus fine de ces décisions amène l'auteur à montrer comment la Cour suprême fut guidée par l'objectif d'assurer et maintenir un fédéralisme coopératif et équilibré :

Il y a beaucoup à dire en faveur de la théorie voulant que les conflits interjuridictionnels au Canada sont de nature essentiellement politique et qu'ils devraient trouver leur solution dans l'arène politique [...] La Cour suprême, quant à elle, s'est montrée parfaitement disponible pour agir comme arbitre en la matière, mais en même temps sa jurisprudence rend clair que, dans toute la mesure compatible avec la Constitution, elle a voulu favoriser la coopération fédérale-provinciale comme mode de règlement des problèmes politiques. Sur le plan technique, la Cour a reconnu la validité de mécanismes parfaitement aptes à assurer la collaboration que les deux ordres de gouvernement voudront bien établir entre eux [...] Sur le plan de la substance, on sait que la jurisprudence de la Cour suprême tend à accroître les points de raccords et qu'elle laisse paraître une sympathie à l'égard du fédéralisme coopératif.

[...]

La Cour suprême a su maintenir depuis 1945 un équilibre des compétences qui est comparable à celui qui a existé auparavant. Cet équilibre ne consiste pas dans une égalité parfaite. Il fait partie d'un système qui véhicule un certain biais en faveur de l'autorité fédérale mais qui comporte des mécanismes pour empêcher une centralisation irrémédiable.⁴⁵

Cette conception d'un fédéralisme équilibré, mais d'un équilibre quand même biaisé en faveur du pouvoir central, la Cour suprême l'a hérité du Conseil privé. Mais ce n'est pas seulement par esprit de continuité qu'elle a voulu préserver cet héritage. Les juges de la Cour suprême furent sans doute sensibles, comme les dirigeants canadiens durant toute cette période, à voir s'affirmer l'image d'un Canada souverain sur le plan international. Il fallait pour cela que le gouvernement central fût doté de l'autorité et de la

⁴⁴ Guy TREMBLAY, «La Cour suprême du Canada : dernier arbitre des conflits d'ordre politique», dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.

⁴⁵ *Id.*

reconnaissance nécessaires pour lui assurer le rôle et la place auxquels il aspirait dans le concept des nations.

La Cour suprême n'a jamais répudié le fédéralisme classique hérité du Conseil privé et elle n'a jamais fait la promotion du fédéralisme centralisateur qu'attendaient les critiques du tribunal impérial. Si elle fut plus généreuse envers le pouvoir fédéral, ce n'est pas tellement dû à des applications particulières du partage des compétences, mais plutôt à sa perception de la souveraineté canadienne au plan international.⁴⁶

Ce souci du rôle international du Canada, que l'on voulait voir assurer par le gouvernement central, explique peut-être pour une part que les revendications du Québec, principal tenant d'une conception plus décentralisée de la fédération canadienne, trouvèrent peu d'écho auprès de la Cour suprême. Une analyse particulièrement fouillée de l'influence qu'ont pu avoir les conceptions québécoises de la fédération canadienne sur le droit constitutionnel canadien ne peut qu'en arriver à la conclusion suivante :

De manière générale, et malgré certaines exceptions, on constatera que les idées constitutionnelles québécoises de la période [de 1945 à nos jours] ont échoué à orienter l'évolution du contenu du droit constitutionnel canadien [...] Qu'il se soit agi de ramener les prétentions fédérales dans les limites du partage de 1867 — sans parler de le modifier en faveur des provinces —, de reconnaître les droits linguistiques et culturels collectifs des francophones québécois, ou d'envisager des modifications aptes à rendre les institutions fédérales plus impartiales et plus représentatives des spécificités régionales, on s'est buté à une fin de non-recevoir. Le droit constitutionnel canadien récusait par là non seulement la reconnaissance d'une collectivité canadienne duelle ou la possibilité d'un statut particulier pour le Québec, mais également celle d'un fédéralisme plus décentralisé.⁴⁷

Cette fin de non-recevoir des revendications décentralisatrices du Québec illustre bien le souci de la Cour suprême à la fois de maintenir l'équilibre biaisé en faveur du gouvernement fédéral et son souci de favoriser le rôle international du gouvernement central. Mais il est également intéressant de constater dans quels contextes politiques les décisions de la Cour suprême ont été ou défavorables ou favorables aux revendications québécoises.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Andrée LAJOIE, Pierrette MULAZZI et Michèle GAMACHE, «Les idées politiques au Québec et l'évolution du droit constitutionnel canadien : 1945-1984», dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986.

On constatera d'abord que leur impact a été d'autant plus grand qu'elles étaient plus radicales et leur support, moins légitime.

En effet, les périodes de revendications modestes : le statu quo de Duplessis et la souveraineté culturelle et sociale de Bourassa — idéologies que l'on pourrait qualifier de minimalistes dans le contexte de l'époque — coïncident avec des blocages et des reculs sur le plan du partage [...]

À l'inverse, les idées politiques qui ont fait leur chemin dans la réalité constitutionnelle étaient portées par des gouvernements plus exigeants en matière de compétences provinciales et dont les revendications faisaient pourtant figure de moindre mal par rapport à l'alternative d'une opposition encore plus radicale et moins légitime [...]

Le partage des compétences a évolué dans la constitution canadienne en faveur des idéologies dominantes au Québec quand leurs porteurs ont construit les rapports de force nécessaires.⁴⁸

On retrouve ici le pragmatisme évoqué plus haut, trait typique de la culture canadienne. La Cour suprême, sans se départir de l'objectivité dont elle tient à entourer ses décisions, n'aurait été indifférente ni aux rapports de force dans l'arène politique, ni aux conséquences de ses arrêts sur l'équilibre des jeux de pouvoir entre les instances politiques, ni à l'impact de ses décisions sur le rôle international du Canada. À travers son rôle d'arbitre, la Cour suprême semble avoir voulu agir aussi comme agent pacificateur.

Son rôle, et le rôle du droit administré sous son égide, fut de maintenir les rapports de forces politiques sur des axes viables. C'est pourquoi la Cour [suprême] n'a jamais provoqué de controverse majeure [...] Par un réaménagement délicat des rapports entre l'exclusivité et la concurrence des pouvoirs fédéraux et provinciaux à l'intérieur d'un système d'équilibre relatif, elle a assoupli les règles du jeu politique qui existaient déjà. Et en incitant à la coopération intergouvernementale, elle a accru davantage les possibilités d'adaptation à l'intérieur d'un statu quo qu'elle semblait déterminée à maintenir.⁴⁹

Il semble donc qu'on puisse valablement conclure que les magistrats partagent avec les hommes politiques et sans doute la majorité des Canadiens la perception d'une société dans laquelle on accorde la préférence aux idéologies modérées, aux positions de juste milieu, à l'équilibre des intérêts

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ G. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 44.

et des rapports de force, à la solution négociée des conflits, aux compromis plutôt qu'aux affrontements.

8. Cette vision de la société, dont nous venons de tracer quelques grands traits, il est impossible de dire dans quelle mesure elle est partagée par l'ensemble des citoyens du pays. En réalité, le droit, que ce soit celui qu'élabore le législateur ou celui qu'interprètent les tribunaux, est l'oeuvre des «élites». Une analyse faite en termes plus radicaux parlerait d'un droit de classe, c'est-à-dire d'un droit qui exprime les intérêts et les idéologies d'une classe dominante. Sans être fausse, l'analyse radicale a peut-être parfois le défaut d'être globalisante et réductrice. Mais elle a par ailleurs le mérite de mettre en lumière que le droit est le produit d'une fraction de la société, non de la société globale. Si l'on aime à répéter que le droit reflète les valeurs d'une société, c'est que cette vision même du droit relève de l'idéologie juridique. En réalité, le droit reflète les valeurs d'une société, telles que celles-ci sont perçues et interprétées par une classe dominante, ou une fraction de classe, ou par diverses élites, qui, malgré des intérêts divergents, s'accordent sur les grandes lignes d'une définition de la société et sur certaines valeurs «fortes» susceptibles d'être considérées par tous comme évidentes et indiscutables⁵⁰.

Ces élites sont principalement de trois ordres. Tout d'abord, celle qui est dotée d'un pouvoir économique, dont les lobbies sont généralement puissants et efficaces auprès du législateur.

The presence of an imperfect but increasingly sophisticated business lobby [...] has managed to shape the timing and direction of consumer policy making in Canada for decades. Although we have not yet reached the stage of American-style «political action committees» that appear to be a growing part of the business lobby scene in the United States, we have had our share of clearly business-directed «legislative decisions». At the federal level, the strength of the business lobby ensured the failure of the proposed amendments to our competition law, of suggestions to redesign federal regulation of advertising, of the federal proposal for a comprehensive borrowers and depositors protection law. And at the provincial level, the design or the delay in implementation of virtually every major consumer initiative has been directly influenced by business reaction : from truth-in-lending to trade practices to consumer production warranties to class action reforms.

⁵⁰ Voir ici notamment le cadre d'analyse «dynamique» des rapports entre le droit, le pouvoir politique et la société proposé par H.W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 43.

In each of these areas, the role of the business lobby has been a significant one.⁵¹

Ces observations ne sont pas propres au seul secteur du droit des consommateurs. Avec des variantes, elles valent dans bien d'autres champs de législation où des intérêts financiers et économiques sont en jeu : urbanisme, environnement, relations de travail, concurrence, droit social, etc.

To appreciate the centrality of corporate decision-making in the economy is to appreciate the special place that the corporate executive has in government, a place that no other interest group can begin to approach. It is more than just power that opens the doors of deputy ministers and cabinet ministers to senior executives, that causes heed to be paid to the pronouncements of the Business Council on National Issues, the Conference Board of Canada and the Canadian Manufacturers' Association. It is the realizations by members of government that business must be accommodated if the government of the day is to succeed.⁵²

À la fois par le poids que le lobby des grandes entreprises représente dans la vie économique du pays et par l'emprise que ce même lobbyisme exerce sur les médias canadiens — dont il est largement propriétaire —, il est l'interlocuteur privilégié de tout gouvernement; il influence tout autant les programmes électoraux des grands partis que les législations et les décisions prises par le pouvoir exécutif du gouvernement.

Un deuxième groupe d'élite est composé par les hommes politiques et les hauts fonctionnaires, même si on devrait, dans une analyse plus fine, distinguer les premiers des seconds. Les hommes politiques et les hauts fonctionnaires sont, par leurs fonctions, plus sensibles que les élites économiques à la nécessité de programmes sociaux. La pression de l'opinion publique, des médias d'information, de certains lobbies favorables à ces programmes peut les atteindre et les inciter à agir. Mais ils sont toujours partagés entre la pression en faveur de mesures sociales et l'influence des

⁵¹ Edward P. BELOBABA, «L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984», dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, vol. 50 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 1.

⁵² Stanley M. BECK, «Le pouvoir des sociétés et la politique d'État», dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, vol. 50 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 209.

lobbies des élites économiques, recherchant ce qu'ils croient être l'équilibre du juste milieu susceptible de satisfaire les uns et les autres.

Un troisième groupe d'élite comprend les différentes corporations professionnelles. À l'occasion de législations qui peuvent les toucher, elles sont en mesure — parce que bien organisées — de faire valoir leurs intérêts, généralement en invoquant l'intérêt public et le bien commun. Et dans l'élaboration du droit — sans parler bien sûr de l'application du droit — un groupe professionnel a été et demeure prédominant : celui des juristes :

A uniquely Canadian ingredient in the formulation of consumer protection legislation has been the enormous reliance by federal and provincial legislators on one narrow group of academic specialists — law professors — for both purposes of problem-identification and appropriate legislative design [...] Our history of law reform has been a history of lawyer domination. And the design of law reform agendas and resulting legislation confirm this. Indeed examples of the continuing influence of this legal-academic, judicial-doctrinal mind set in the formulation of law reform agendas abound.⁵³

Ce rôle prédominant des juristes s'explique évidemment : dans notre pays, le droit est considéré assez généralement comme leur affaire exclusive. On peut sans doute observer une certaine évolution, dans la mesure où des politiciens, des fonctionnaires et des administrateurs plus aguerris peuvent limiter jusqu'à un certain point le poids de l'influence des juristes. Par ailleurs, la prolifération du droit — souvent décriée par les juristes — constitue du même coup une base solide pour le maintien de leur autorité et de leur influence.

CONCLUSION

La dernière partie de ce travail a cherché à relever certains traits de la vision ou de la perception de la société canadienne que porte le droit, ainsi que les contradictions dont celui-ci peut aussi être porteur à travers sa vision de la société canadienne. Nous avons pu voir que le droit, non seulement celui qu'élabore le législateur, mais aussi celui que disent les tribunaux, colle à la culture et aux rapports de force de la société canadienne. La question qui se pose alors est la suivante : s'il y a une certaine convergence entre le droit et la culture de la société canadienne, est-ce parce que le droit reflète celle-ci ou parce qu'il l'influence? Le droit est-il un miroir de la société ou le droit contribue-t-il à mouler la société? Le droit est-il passif ou actif?

⁵³ E.P. BELOBABA, *loc. cit.*, note 51.

On est généralement porté, surtout dans les sciences sociales, à considérer le droit comme un reflet de la culture, des courants de pensée, des idéologies, des rapports de pouvoir d'une société. C'est probablement ce qui explique que les sciences sociales contemporaines aient beaucoup négligé le droit. Elles ont trop facilement cru que le droit retarde sur la réalité, parce qu'il l'enregistre *a posteriori*. Le droit n'appartiendrait donc pas au changement social en cours, mais au changement social déjà accompli et presque figé dans le droit.

Cette conception du droit n'est pas fautive, elle est incomplète. Il est vrai que le droit, à tout le moins une partie du droit, vient institutionnaliser, dans et par le système juridique, des situations existantes, des changements déjà réalisés. Il est également vrai que le droit, hérité d'un passé parfois déjà lointain et lent à changer, peut être décalé par rapport aux réalités présentes. Il n'est pas difficile d'en trouver des exemples. Ainsi, ce n'est que tout récemment qu'a été modifié le statut juridique de la femme, pour qu'il corresponde mieux aux aspirations depuis longtemps exprimées par de nombreux mouvements féministes et pour qu'il soit mieux accordé à l'évolution des esprits et des mentalités.

Mais cette perception du droit néglige sa dimension active dans la société. Elle laisse trop dans l'ombre le rôle dynamique qu'a et peut avoir le droit dans les multiples sphères de la vie sociale. Cette fonction agissante du droit se révèle de diverses manières. Tout d'abord, par ce qu'on peut appeler les audaces du législateur. Celui-ci vote, à l'occasion, des lois qui ont pour but explicite de transformer une situation, ou encore qui cherchent à faire évoluer des mentalités dans un sens souhaité. Tous les Canadiens étaient loin d'être d'accord — et ne le sont majoritairement pas encore — avec la loi reconnaissant les relations homosexuelles entre adultes consentants lorsque ces lois furent votées. Quant aux tribunaux, ils sont aussi, pour leur part, bien conscients d'influencer l'évolution d'une société dans une certaine direction lorsqu'ils rendent un certain nombre de décisions.

Ce rôle dynamique n'appartient d'ailleurs pas qu'aux fonctionnaires du droit. L'activité juridique des citoyens, notamment par les contrats qu'ils signent entre eux, comporte elle aussi cette dimension active du droit dans l'évolution des situations.

À la question posée plus haut, la réponse est donc claire : si le droit est sans doute passif et un miroir de la société et de sa culture, il est aussi un agent actif, un intervenant, un moteur dans l'organisation et l'évolution d'une société, et plus particulièrement encore des sociétés contemporaines ou l'État et le droit en sont venus à jouer un rôle prédominant.

On peut dire, en effet, que l'exercice du pouvoir politique passe par la forme juridique. C'est d'ailleurs celle-ci qui confère au pouvoir politique son efficacité réelle. Qu'elle soit économique, sociale, scientifique ou culturelle,

toute politique doit se traduire, pour passer dans la réalité, en lois, règlements, directives ministérielles, normes budgétaires, etc. Le droit est la formulation efficace de toute politique.

Il n'est donc pas exagéré de dire du droit qu'il est la plus efficace de toutes les sciences sociales et humaines. Le droit, a sur les rapports économiques et sociaux qui forment la société, une grande puissance structurante et organisatrice. Il n'est pas seulement répressif, ni normatif, il est aussi actif.

Dans la mesure où les gouvernements veulent élaborer et appliquer des politiques économiques, dans la mesure où ils veulent participer activement au développement économique, les lois, règlements et normes demeurent leur principal instrument d'action. Le droit est inhérent à toute politique économique, il en est l'unique canal. Et si ce n'est le droit du législateur, ce sera ou celui des tribunaux ou un infradroit, c'est-à-dire une «régulation» parajuridique instituée par les corps intéressés⁵⁴. Toute politique, qu'elle soit explicite ou implicite, comporte des objectifs à atteindre, des moyens pour y parvenir et, par conséquent, des règles au moins minimales à observer.

Tous les travaux juridiques faits sous l'égide de la Commission ont souligné avec raison les liens entre le droit et la société, les rapports de force qui influencent le droit et l'impact du droit sur les rapports de force à l'intérieur de la société. Cette insertion du droit dans le tissu économique et social, maintenant de plus en plus reconnue, confère au droit un statut privilégié : il est important de comprendre la portée socio-économique du droit, dans ses rapports avec les idéologies, la culture, les structures sociales, au moment de repenser des politiques économiques. Car, qu'on fasse explicitement appel à lui pour formuler des politiques ou qu'on s'en remette à l'autoréglementation des forces sociales, le droit, d'une manière formelle ou informelle, est toujours présent et actif. Le négliger, c'est négliger tout à la fois une force sociale et un agent régulateur des forces sociales.

Cette puissance efficace est d'ailleurs appuyée et étendue par la dimension mythique du droit qui a été évoquée précédemment (troisième section) et par le droit comme idéologie (deuxième section). Dans la mesure où l'on considère le droit comme l'expression de valeurs lourdes (justice, égalité, ordre social, rationalité), il est investi d'une autorité, d'une sagesse, d'une objectivité qui maintiennent et renforcent son pouvoir d'action sur la société. Même les entreprises de démythification du droit, parce qu'elles s'inspirent des mêmes valeurs lourdes que sa mythification, comme nous l'avons montré plus haut, contribuent pour leur part à asseoir le prestige du droit — d'un droit idéal, à tout le moins, si ce n'est du droit effectif.

⁵⁴ R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 15, a développé cette thèse d'une manière particulièrement lumineuse et convaincante.

Les sociétés contemporaines, plus que toute autre, ont sublimé le droit. C'est là l'héritage des deux grandes révolutions du XVIII^e siècle, la Révolution américaine et plus encore la Révolution française, elles-mêmes pour une part héritières de la Révolution anglaise du XVII^e siècle qui les avait déjà annoncées. Aux sociétés de l'Ancien Régime, on a voulu substituer une société dans laquelle l'autorité de l'État, la liberté et l'égalité des citoyens allaient trouver leur vrai fondement dans le droit. Celui-ci était destiné dans leur esprit à remplacer l'arbitraire, l'oppression, les inégalités de l'Ancien Régime.

Mais cette sublimation du droit ne va pas sans certaines ambiguïtés. On l'a vu, le droit peut être à la fois objet de mythification et objet de démythification. Il peut l'être en même temps, dans une même société, par des groupes différents. Mais surtout, la mythification-démythification du droit engendre dans le temps des mouvements de balancier d'un pôle à l'autre. Ainsi, nous avons connu dans les années 1960 et au début des années 1970 une période où l'on a beaucoup fait appel au droit — au législateur particulièrement — pour régler quantité de problèmes. À cette période de confiance dans le droit a succédé un coup de balancier dans l'autre sens : on critique aujourd'hui les excès de droit des dernières décennies, on s'interroge sur l'efficacité réelle de bien des lois et règlements et sur le bien-fondé d'un certain nombre d'autres. On s'inquiète des conséquences imprévues et parfois jugées malheureuses de lois et de règlements trop nombreux.

Dans une telle phase de démythification du droit, les gouvernements hésitent à recourir à celui-ci comme instrument de politique économique, croyant préférable de s'en remettre aux lois du marché, comme si ces lois n'avaient plus rien qui ressemble au droit. Sans nier ce que le désir de dérégulation peut comporter d'éléments positifs, il est important de rappeler qu'il comporte aussi une part d'illusion, dans la mesure où tout changement ne fait nécessairement qu'ouvrir la porte à d'autres formes de régulation moins formelle, comportant aussi leurs inconvénients, ainsi qu'une part d'idéologie, dans la mesure où ils s'inscrivent dans le courant de pensée néolibérale qui a surgi avec force au cours des dernières années.

CHAPITRE 3

LES FONDEMENTS DE LA SOCIÉTÉ LIBÉRALE, LES RELATIONS INDUSTRIELLES ET LES CHARTES*

On peut dire des chartes des droits et libertés qu'elles sont l'aboutissement d'un procès séculaire de maturation et d'une longue tradition de pensée, en même temps qu'elles représentent un très important virage juridique, politique et idéologique et peut-être le début d'une ère nouvelle au Canada. S'il n'est pas facile de regarder en aval et de prédire tous les effets qu'elles auront dans notre pays, il n'est pas non plus aisé de rechercher en amont les sources de pensée dont elles sont issues. Les chartes sont en effet le produit d'une évolution complexe, que je voudrais commencer par essayer de démêler un peu, avant de porter ensuite notre attention sur le présent et l'avenir.

C'est donc en adoptant une démarche historique que je vais, dans un premier temps, rechercher les fondements de la société libérale. Nous pourrons mieux ensuite, dans une seconde partie, analyser les Chartes canadienne et québécoise.

Les origines du libéralisme aux XVII^e et XVIII^e siècles

Commençons par le plus simple. Les chartes s'inscrivent clairement dans le courant de pensée que l'on peut désigner sous le nom de libéralisme, qui remonte aux XVII^e et XVIII^e siècles¹. Je ne parle pas ici du libéralisme

* Conférence prononcée au 43^e Congrès des Relations industrielles de l'Université Laval, à Québec, le 11 avril 1988. Le texte de cette conférence a été publié dans les Actes du Congrès : Rodrigue BLOUIN (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, P.U.L., 1988, p. 1. Je remercie les collègues Jean-Denis Gagnon et André Morel qui m'ont fait des suggestions et commentaires très utiles pendant la rédaction de cette conférence.

¹ Le libéralisme a été l'objet d'un grand nombre d'analyses. Je me réfère ici tout particulièrement à Crawford Brough MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1962; Theodore J. LOWI, *The End of Liberalism. Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*, New York, W.W. Norton, 1969; Isaiah BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969; Roberto Mangabeira UNGER, *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975; Gianfranco POGGI, *The Development of the Modern State, A Sociological Introduction*, Stanford, Stanford University Press, 1978; François EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986; Fernand

moderne, c'est-à-dire celui qui s'oppose à l'étatisme et au socialisme. J'évoque plutôt pour le moment le libéralisme tel qu'il apparut sous sa forme originale et que l'on peut associer à trois composantes de l'histoire occidentale de cette époque. Tout d'abord, le Siècle des Lumières, c'est-à-dire l'époque des philosophes, surtout anglais et français, qui ont formulé une nouvelle perception de la vie humaine, sociale et morale. Nommons ici, chez les Britanniques, Thomas Hobbes, John Locke, John Stuart Mill, Adam Smith, et chez les Français, Condillac, Condorcet, Diderot, les collaborateurs de l'Encyclopédie et le Suisse Jean-Jacques Rousseau. De diverses manières, ces penseurs ont marqué la rupture avec l'Ancien Régime aristocratique et ont annoncé les idées modernes sur la liberté des citoyens, l'aspiration à l'égalité, la société démocratique.

La deuxième composante de l'histoire de cette époque est la montée de la classe bourgeoise. Le libéralisme ne fut pas qu'un mouvement d'idées; il fut aussi porté par une classe sociale dont les intérêts et les aspirations coïncidaient avec la pensée libérale. La bourgeoisie était une classe contestataire : elle critiquait et dénonçait la société aristocratique et féodale, qu'elle voulait remplacer par une société fondée sur de nouveaux principes, ceux de l'égalité, du respect de la propriété privée et de la valorisation du travail productif.

La troisième composante est d'une autre nature : il s'agit des trois grandes révolutions qui ont marqué cette époque. La première eut lieu en Angleterre. C'est déjà aux Anglais que l'Europe devait la première Grande Charte, la *Magna Carta* de 1215, qui fut le premier rempart politique et juridique contre l'arbitraire du pouvoir royal et la première expression du «*due process of law*». Ce sont aussi en Angleterre, lors de la Révolution de 1688, que furent instaurées les premières assises de la démocratie politique, ce qui explique que les Anglais parlent modestement de «*The Glorious Revolution*». Puis ce furent la Révolution américaine et la Révolution française du XVIII^e siècle, qui ont marqué les temps modernes. La Révolution française, pour sa part, a entraîné la fin de l'Ancien Régime, tandis que de la Révolution américaine émerge la première expérience de société démocratique dans le sens moderne du terme.

Les idées — valeurs fondamentales des premières Chartes

Et c'est ici, à travers ces deux dernières révolutions, que nous rejoignons les premiers énoncés politiques des droits et libertés. La Déclaration d'indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 proclame : «Tous les hommes sont créés égaux; ils sont doués par le Créateur de

TANGHE, «Au-delà ou en-deça de l'utopie libérale?», (1987) 19 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 83. Voir aussi le n° 13 (1984) de cette revue sur «Les droits de l'homme dans la crise de l'État-providence».

certains droits inaliénables; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur». Pour sa part, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 commence par affirmer dans son article premier : «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune».

De telles affirmations, qui nous sont aujourd'hui familières, faisaient il y a 200 ans l'effet d'une tornade : elles culbutaient les idées dominantes et toutes les images établies de la société. La pensée contestataire et révolutionnaire des philosophes sortait des livres et entreprenait une vie publique dans des documents politiques officiels. Il me semble que l'on peut identifier particulièrement trois idées-valeurs de cette époque, dont les échos vont s'amplifier et se répercuter dans les différentes chartes du XX^e siècle. La première est celle du respect de la personne humaine. Contre la conception hiérarchique et patrimoniale qui avait dominé l'Ancien Régime, la nouvelle philosophie des Lumières refusait que la personne humaine puisse être la propriété, le bien de qui que ce soit, seigneur ou roi. On voulait reconnaître à chaque personne humaine la dignité d'un être individuel et unique. Et c'est sur cette dignité de la personne humaine que l'on fait reposer la liberté de penser, de parler et d'agir selon sa conscience et sa volonté.

La deuxième idée-valeur, peut-être plus fondamentale encore que la première, fut celle du respect de la Nature et de l'ordre naturel. Le développement des sciences dites précisément naturelles, dont les sources remontent à la Renaissance, a engendré aux XVII^e et XVIII^e siècles une attitude de dévotion envers la Nature, ses lois, son harmonie. On découvrait dans la Nature un ordre, dont la connaissance ouvrait la voie non seulement à une nouvelle perception du cosmos, mais aussi au contrôle par l'homme des forces de la Nature. Dans cette perspective, il apparaissait que l'homme relève lui aussi de l'ordre naturel. Il fait partie de la Nature, lui est intégré et lui appartient. À ce titre, il peut lui aussi être objet d'étude des sciences de la nature. Ainsi s'esquissait déjà au XVIII^e siècle, chez Montesquieu et Condorcet notamment, le projet de fonder des sciences humaines et morales susceptibles de jeter des lumières nouvelles sur la nature humaine et par conséquent, de mieux contrôler le comportement et l'histoire des hommes. Dans ce contexte, une idée ancienne a refait surface et s'est précisée au cours du XVII^e et du XVIII^e siècle, une idée qui connaîtra une inégale fortune mais qui a exercé et exerce toujours une grande influence dans les milieux politiques et juridiques : l'idée de l'existence d'un droit naturel. Sous différentes formes, on désigne par ce vocable des normes, des règles, des principes si fondamentaux qu'on peut leur attribuer une portée et une reconnaissance universelles. À ce titre, on peut considérer qu'ils sont inscrits dans la nature même de la personne humaine. Cette idée a des origines anciennes : elle remonte aux philosophes grecs de l'Antiquité, les stoïciens en particulier, et a été reprise par des théologiens chrétiens de diverses manières. Pour sa part, le Siècle des Lumières l'a sécularisée, en reprenant la notion grecque de la Raison. Les philosophes que l'on a précisément appelés rationalistes considéraient que ce n'est pas en vertu d'une révélation divine,

mais plutôt par la raison dont l'homme est doté et qui le distingue des autres animaux qu'il accède à la connaissance du droit naturel².

La troisième idée-valeur est celle du respect du droit. Elle est évidemment liée étroitement à la précédente, l'une et l'autre se renforçant mutuellement. Au sortir des sociétés de l'Ancien Régime, le droit est apparu comme la principale garantie d'une société juste et égalitaire et de l'État républicain. Et cela, à la condition que l'État ne se définisse plus, ainsi que c'était généralement le cas auparavant, comme étant au-dessus de la loi mais qu'il accepte d'être soumis aux lois qu'il fait, qu'il interprète et qu'il applique. C'est ainsi que prenait forme ce qu'on a appelé «l'État de droit», vocable pour désigner tout à la fois un pouvoir politique fondé sur le droit et non plus sur la naissance, et un État qui se reconnaît lié par les lois qu'il édicte. Les citoyens sont ainsi protégés contre l'arbitraire du roi, du seigneur, des fonctionnaires; ils peuvent aussi espérer que des tribunaux s'inspirant du droit régleront leurs conflits dans la justice et l'équité.

Libéralisme et capitalisme bourgeois

Le libéralisme originel, dans sa première version, celle des XVII^e et XVIII^e siècles, s'est fondé sur ces trois idées-valeurs : le respect de la personne humaine, la reconnaissance d'un ordre et d'un droit naturels, la prééminence du droit et de l'État de droit. Et ces trois idées étaient en symbiose avec trois valeurs fondamentales des sociétés dites libérales démocratiques et qui ont trouvé leur expression dans les chartes modernes : la liberté, l'égalité, la justice. Le droit à la liberté, à un traitement égal et à la justice pour chacun, s'instituant dans une société elle-même libre, égalitaire et juste.

Paradoxalement, cependant, cette grande pensée libérale — qui était empreinte d'une grande noblesse et d'un idéal élevé — est née et a mûri dans l'inégalité et finalement l'injustice. Les révolutions des XVII^e et XVIII^e siècles servirent la bourgeoisie montante bien plus que les masses populaires. La bourgeoisie porteuse de cette pensée l'a institutionnalisée à son avantage. Les déclarations du XVIII^e siècle ont, au XIX^e siècle, matérialisé des droits surtout pour les classes sociales qui étaient déjà avantagées, bien peu pour celles qui étaient désavantagées. Et s'il en fut ainsi, c'est parce que le libéralisme mettait en valeur une quatrième idée fondamentale : celle de la propriété privée, considérée comme une condition de la liberté de la

² Voir notamment Richard TUCK, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; sous la direction de Adamantia POLLIS et Peter SCHWAB, *Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives*, New York, Praeger, 1979; Jürgen HABERMAS, «Natural Right and Revolution», dans J. HABERMAS, *Theory and Practice*, trad. anglaise, Boston, Beacon Press, 1973, chapitre 2.

personne humaine et à ce titre fondée sur le droit naturel. Le succès de la révolution industrielle, engagée et menée par la bourgeoisie, venait à la fois confirmer et justifier le respect de la propriété privée comme idée-valeur fondamentale. Avec la révolution industrielle du XIX^e siècle, l'on assiste au mariage entre libéralisme et capitalisme. La société capitaliste trouve opportunément sa justification dans la pensée libérale; celle-ci trouve une certaine réalisation imprévue dans la société capitaliste.

En réalité, cependant, le libéralisme original n'était pas en soi destiné à une telle alliance ou mésalliance. Il aspirait plutôt à une société démocratique et non plus féodale, égalitaire et non plus hiérarchique, libre et non plus servile. Mais l'histoire a voulu que le libéralisme se réalisât dans une société où de nouvelles inégalités sont venues fausser la démocratie et ont engendré de nouveaux états de servitude.

S'il en fut ainsi, c'est que le libéralisme était porteur d'une double perspective qui ne paraissait pas à l'origine contradictoire. Mais la contradiction ou à tout le moins l'ambiguïté de cette double perspective allait progressivement apparaître et elle nous rejoint encore de nos jours. Elle demeure au cœur de nos débats. C'est la double perspective des droits de la personne individuelle et des droits des groupes, de la responsabilité individuelle et de la justice collective, de la liberté pour chacun et de l'égalité pour tous. Le libéralisme de la société capitaliste a surtout retenu et incarne le pôle de la liberté de la personne, de sa responsabilité, du droit à la protection de la propriété privée. Cette évolution du libéralisme vers l'individualisme n'était pas inscrit au départ dans la pensée libérale telle qu'elle s'est développée aux XVII^e et XVIII^e siècles. Celle-ci aspirait tout à la fois à la liberté des personnes et à l'égalité politique et à la justice sociale³. C'est la coïncidence au XIX^e siècle du libéralisme, de la bourgeoisie, du capitalisme et de l'industrialisation massive qui a incliné l'évolution de la pensée libérale vers le pôle individualiste.

S'ajoute un autre facteur qui peut avoir contribué à accentuer cette évolution : c'est le fait que dès après la Révolution française, pour plus d'un siècle, les notions de droit naturel, de justice naturelle, de droits de l'homme connurent une éclipse à peu près totale chez les philosophes de l'État et du droit⁴. La philosophie politique et juridique du XIX^e siècle fut fortement dominée par les conceptions utilitariste, positiviste et scientiste du droit, par conséquent par le rejet de toute référence à un méta-droit. La notion de droit naturel fut, durant cette période, mise de côté, avec tout ce qui pouvait

³ Fernand TANGHE, «Le libéralisme omniprésent et introuvable : la Révolution française et l'enjeu des droits sociaux», (1983) 10 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 65-124 et (1983) 11 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1-78.

⁴ Jacques LECLERCQ, *Du droit naturel à la sociologie*, Paris, Spes, 1960.

associer le droit à des origines religieuses et à une métaphysique dont on ne voyait pas le lien avec l'attitude scientifique. De soi, le positivisme juridique n'est pas nécessairement individualiste. Mais dans le contexte du XIX^e siècle, il eut comme conséquence que la pensée libérale n'offrait pas de contreponds aux pressions en faveur de l'individualisme.

Le nationalisme et les droits collectifs

Si le libéralisme du XIX^e siècle a pris une orientation individualiste, au point qu'on a pu confondre l'un et l'autre, l'autre pôle, le pôle négligé, celui du collectivisme et de l'égalitarisme, s'est trouvé récupéré par deux grands courants de pensée encore bien vivants dans les sociétés contemporaines : le nationalisme et le socialisme. C'est surtout dans l'Allemagne du XIX^e siècle, qui était à la recherche de son unité et de son identité collective, que le nationalisme s'est exprimé avec le plus de force chez les philosophes et les juristes peut-être plus encore que chez les hommes politiques. La Déclaration des droits élaborée par les libéraux allemands en 1868 ne fait pas état de l'homme ni du citoyen, à la différence des Déclarations française et américaine, mais proclame «les droits du peuple allemand»⁵. La préoccupation pour les droits collectifs nationaux balaie tout intérêt pour les droits individuels. Renforcée de diverses sources, cette poursuite de l'identité nationale se retrouvera malheureusement dans l'idéologie national-socialiste, sa théorie de la race aryenne pure et les droits qui en découlent. Par ailleurs, c'est la même idée des droits collectifs nationaux, mais sous une autre forme, qui apparaît dans la notion de l'autodétermination des peuples. Ce sont les pays en voie de décolonisation qui, après la Deuxième Guerre mondiale, ont réclamé la reconnaissance du «droit à l'autodétermination des peuples» comme faisant partie des droits de l'homme. La conférence afro-asiatique de Bandoeng de 1955 «affirme avec clarté l'idée que le déni du droit à l'autodétermination par les puissances coloniales est une remise en cause des principes anti-discriminatoires contenus dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration universelle. En conséquence, ces puissances sont accusées de violer les droits humains fondamentaux»⁶. La reconnaissance de ce droit sera officialisée dans le Pacte international des Nations Unies de 1966 qui affirme dans son article 1 : «Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel».

Le droit à l'autodétermination des peuples s'inscrit, avec d'autres droits, dans ce que l'on range généralement sous le vocable des «droits collectifs».

⁵ Maurice CRANSTON, «Are there any Human Rights?», *Daedalus*, Fall 1983, p. 5.

⁶ Jean-Jacques VINCENSINI, *Le livre des droits de l'homme*, Paris, Laffont, 1985, p. 146.

Jean-Jacques Vincensini a défini les droits collectifs comme étant «ceux dont bénéficie une communauté qui **présente des caractères particuliers**, ou qui protègent cette communauté contre toute discrimination spécifique»⁷. Pour sa part, Pierre Carignan distingue «deux types de droits collectifs» : ceux qui sont collectifs «en raison de leur attribution à une collectivité», et ceux qui le sont à cause de «la nécessité d'une mise en oeuvre collective»⁸. Sous une forme ou l'autre, les droits collectifs découlent du principe de la non-discrimination. Ils protègent notamment les fidèles d'une religion ou des religions, les femmes, les membres d'un groupe racial, les personnes appartenant à des minorités ethniques ou culturelles et celles appartenant à diverses catégories de collectivités comme les handicapés, les ex-détenus, les assistés sociaux, les personnes âgées, les homosexuels, etc.

Les socialismes et les droits économiques et sociaux

Parallèlement à la reconnaissance de ces droits collectifs, les différents socialismes, qui ont commencé à fleurir au début du XIX^e siècle pour réussir au XX^e à conquérir une vaste partie du monde, ont entrepris de reconnaître et de faire reconnaître un autre ensemble de droits, ceux que l'on appelle les droits économiques et sociaux. Tout comme le positivisme évoqué plus haut, les socialismes du XIX^e siècle et notamment le marxisme n'ont pas manqué de faire la critique des théories du droit naturel, où l'on voyait une justification hypocrite des inégalités sociales. Les libertés énoncées dans les déclarations de droits fondamentaux ont été dénoncées par les socialistes comme purement verbales et formelles. Ainsi, dans *La question juive* de 1844, Marx écrit : «Avant tout nous constatons que les **droits** dits de l'homme, les **droits de l'homme**, par opposition aux **droits du citoyen**, ne sont rien d'autre que les droits du **membre de la société bourgeoise**, c'est-à-dire de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la collectivité.»⁹

Surgissent alors, dans la suite de cette critique, les droits d'une nouvelle collectivité : la classe ouvrière et prolétarienne. C'est la base de la *Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité* énoncée le 17 janvier 1918 par le Congrès panrusse des Soviétiques, qui se propose pour «but d'assurer le pouvoir des travailleurs sur les exploités». Mais c'est surtout ce que l'on en est venu à appeler «les droits économiques et sociaux» que l'U.R.S.S. et les pays socialistes vont par la suite expliciter et affirmer. On les trouve

⁷ *Id.*, p. 134.

⁸ Pierre CARIGNAN, «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec, (1984) 18 *R.J.T.* 1, 13.

⁹ Cité par J.J. VINCENSINI, *op. cit.*, note 5, pp. 185 et 186. Tout le chapitre II de cet ouvrage est particulièrement utile pour ce qui est de l'histoire des droits civil et politique, d'une part (pp. 76 à 184), et des droits économiques et sociaux, d'autre part (pp. 185-279).

d'abord dans la *Constitution de l'U.R.S.S.* de 1936, qui comporte un chapitre sur les «Droits et devoirs fondamentaux des citoyens» qui s'énoncent ainsi : «Les citoyens de l'U.R.S.S. ont droit au travail (art. 118), au repos (art. 119), à la sécurité matérielle dans leur vieillesse, et aussi en cas de maladie et de perte de leur capacité de travail (art. 120), à l'instruction». Ces nouveaux droits précèdent les droits civils et politiques : droit à la liberté de conscience, de parole, de presse, de réunion, de défilé et de manifestation de rue (art. 124-125).

Les droits économiques et sociaux sont d'une autre nature que les droits que l'on peut appeler libéraux de la personne. Ils ont comme but d'assurer à chaque citoyen et citoyenne des conditions de vie qui soient relativement bonnes, l'assurance d'une certaine sécurité, la protection contre les imprévus de la vie. Et le principe fondamental de ces droits, c'est que l'État porte la responsabilité du bien-être de tous et chacun des citoyens du pays. Cette perspective collectiviste et étatique se situe à l'extrême opposé de l'individualisme libéral qui a prédominé jusqu'aux années trente dans les pays capitalistes.

Une troisième philosophie : les existentialismes

Le XX^e siècle a, pour sa part, donné naissance à un autre grand courant philosophique dont on n'a pas l'habitude d'apprécier assez l'influence qu'il a eue sur la pensée juridique et peut-être politique : ce sont les différentes formes de philosophie phénoménologique ou existentialiste, que l'on peut associer aux noms de Husserl et Heidegger en Allemagne, à ceux de Jean-Paul Sartre et Gabriel Marcel en France. En bref, ces penseurs ont opéré un important virage intellectuel, pour mettre l'accent sur le vécu concret de l'homme, et non seulement sur l'homme pensant. À leurs yeux, la culture occidentale s'était appauvrie par suite de son obsession pour la rationalité, le formalisme, le scientisme et avait négligé tout un pan de la réflexion séculaire, depuis les Grecs, qui portait sur le vécu global, à partir du sujet vivant. Karl Marx avait déjà voulu remettre la philosophie sur ses pieds en la purgeant de son idéalisme et en posant au départ de toute réflexion les conditions matérielles de la vie humaine. Les phénoménologues existentialistes sont allés plus loin dans cette voie : c'est le vécu global de l'être humain qu'ils ont voulu mettre au départ et au centre de toute réflexion.

La pensée qui s'est engagée dans cette voie depuis le début du XX^e siècle et qui se poursuit toujours a pris diverses orientations. Je n'en évoque qu'une ici, qui me paraît particulièrement centrale pour notre propos, à cause de son influence sur la pensée juridique et sur les chartes. La branche allemande de la phénoménologie a adopté, plus que la branche française, un discours dramatique et même apocalyptique pour évoquer ce qu'elle a appelé la crise de l'Occident, voire «le déclin de l'Occident», selon le titre même de l'ouvrage publié en 1920 par Oswald Spengler, qui exerça alors et pendant longtemps une grande fascination sur les esprits. Pour certains philosophes,

cette crise était d'abord intellectuelle. Ainsi, au cours des années trente, Husserl entreprit une série de grandes conférences où il dénonçait le rétrécissement de la culture occidentale à cause de l'influence de la science. Celle-ci, disait-il, a depuis Galilée et Descartes réduit l'intérêt intellectuel à l'exploration mathématique et technique de l'univers, et a exclu de son champ de vision le monde concret du vécu (*die Lebenswelt*). C'est cette idée que reprenait Heidegger en parlant de «l'oubli de l'être»¹⁰.

D'autres penseurs ont mis l'accent davantage sur la crise morale de l'Occident. Selon ces derniers, l'hégémonie de la science et le positivisme intellectuel ont entraîné le déclin et finalement la perte des valeurs morales. La crise de l'Occident est une crise des valeurs. Pour mettre fin à cette crise et retrouver le sens profond de la vie humaine, sa signification et sa motivation, il faut nécessairement retourner aux valeurs fondamentales qui servent d'armature à la conscience et à l'orientation de l'agir humain.

Cet existentialisme moraliste nous intéresse particulièrement ici, car c'est lui qui au XX^e siècle a le plus contribué à remettre en honneur la notion de droit naturel. Le nom le plus important ici est sans doute celui du philosophe allemand Léo Strauss¹¹. Strauss a mené la critique la plus radicale qui soit du positivisme — même là où celui-ci n'existait pas nécessairement. La solution qu'il proposait était de revenir à la notion de droit naturel que le positivisme scientifique du XIX^e siècle a évacuée de la pensée politique et juridique. En d'autres termes, Strauss a repris à son compte l'idée qu'il y a certains principes fondamentaux, des valeurs de base que tous les hommes sensés et honnêtes reconnaissent, sur lesquels ils peuvent s'entendre et dont on ne peut faire découler des normes et des règles de droit positif.

Ce retour à la notion de droit naturel est important à plusieurs titres. En premier lieu, cette notion est courante dans le discours et dans la pensée des juristes. Et nulle part ailleurs affleure-t-elle plus dans le droit positif que dans nos Chartes canadienne et québécoise. Celles-ci ne font pas explicitement mention de cette notion, bien que le préambule de la Charte québécoise vienne tout près de le faire. Mais il est évident que la notion de «libertés et droits fondamentaux» s'y rattache directement. Il est évident aussi que les tribunaux interprètent et vont interpréter ces droits et libertés comme l'expression d'une justice naturelle, de portée universelle et générale.

¹⁰ Milan KUNDERA, *L'art du roman*, Paris, Gallimard, 1986.

¹¹ Le principal ouvrage de Léo Strauss est sans contredit *Droit naturel et histoire*, Paris, Plon, 1954 (trad. française de *Natural Right and History*, publié en 1953). Il faut aussi mentionner, sous la direction de Léo STRAUSS et Joseph CROUSEY, *History of Political Philosophy*, Chicago, University of Chicago Press, 1987.

En second lieu, sans se rattacher à Strauss et son école de pensée, on peut reconnaître qu'il y a, sinon un vide des valeurs, du moins une évolution ou une mutation des valeurs. Dans ce contexte, les libertés et droits fondamentaux apparaissent comme des bouées de sécurité, bien ancrées dans la stabilité et la permanence. On semble se dire : «Cela au moins ne bougera pas»!

En troisième lieu, Léo Strauss a exercé une très grande influence, surtout aux États-Unis, sur la science politique et sur la pensée juridique. Il n'est pas difficile d'identifier une véritable école de pensée «straussienne» chez les intellectuels américains, qui forme le noyau le plus structuré de l'aile conservatrice des penseurs américains¹².

Les Chartes : une convergence de différents courants de pensée

On peut dire que les quatre courants de pensée que je viens d'évoquer : le libéralisme du XVIII^e siècle, le nationalisme et le socialisme du XIX^e et l'existentialisme du XX^e ont convergé pour inspirer les différentes chartes des droits et libertés, internationale et nationale, qui ont été élaborées au cours des quarante dernières années. En premier lieu, l'idée d'une crise existentielle des valeurs a exercé une influence de deux manières, à deux moments différents. Au sortir de la Deuxième Guerre mondiale d'abord, les Alliés ont voulu affirmer les valeurs au nom desquelles ils avaient combattu et vaincu les fascismes qui avaient menacé l'humanisme occidental. Dès sa fondation, l'Organisation des Nations Unies créa une Commission chargée de préparer une Déclaration des droits de la personne humaine, droits qui avaient été bafoués par les fascismes. Des travaux de cette Commission allaient naître la *Déclaration universelle des droits de l'homme* proclamée par l'Assemblée générale en 1948. En second lieu et par la suite, c'est le sentiment que les démocraties libérales elles-mêmes connaissent une crise des valeurs, tout autant que le non-respect des droits et libertés dans des pays totalitaires de gauche et de droite, qui ont soutenu et animé les mouvements en faveur des chartes et de leur mise en oeuvre. Dans la démocratie libérale, les Chartes apparaissent comme les seuls piliers éthiques qui puissent rassembler les hommes et les femmes de toutes les convictions politiques et autres.

Par ailleurs, la rencontre de la conception libérale et de la conception socialiste des droits de la personne allait aussi se produire au sortir de la Deuxième Guerre mondiale. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 affirme successivement deux séries de droits. Tout d'abord, les droits de l'homme traditionnels, classiques, ceux que disent

¹² Cette influence est analysée dans Gordon S. WOOD, «The Fundamentalists and the Constitution», (18 février 1988) *The New York Review of Books* 33-40.

reconnaître des sociétés libérales : droits à la liberté de mouvement, à la propriété, au mariage, à l'égalité devant la loi, à la liberté religieuse, etc. Ce sont les articles 1 à 21. Puis la *Déclaration* énonce une deuxième série de droits, les droits économiques et sociaux : droits à la sécurité sociale, au travail et au libre choix de son travail, à un juste salaire, à un niveau de vie décent, à l'éducation, au repos, aux loisirs, aux soins médicaux et aux services sociaux nécessaires et même à l'activité culturelle. Ce sont les articles 22 à 27. Comme le dit André Morel, les premières dispositions «réaffirment les droits et libertés classiques, tandis que les autres énoncent ces droits sociaux nouveaux, conditions d'exercice de la véritable liberté pour tous»¹³. Maurice Cranston remarque de son côté qu'on trouve dans la première série d'articles «le langage de Locke, Jefferson et Lafayette» tandis que la seconde reflète l'idéologie des États socialistes¹⁴. Il appert d'ailleurs que la présence des droits économiques et sociaux dans la *Déclaration universelle* s'explique par la pression que l'U.R.S.S. et les pays socialistes ont faite pour les y faire insérer, sans quoi ces pays auraient refusé de la reconnaître¹⁵. Les premières versions de la *Déclaration* étaient influencées par la conception classique individualiste des droits de la personne. Les pays socialistes, qui avaient sans doute des difficultés à reconnaître ces droits, ont voulu y faire inclure les droits économiques et sociaux correspondant mieux à leur idéologie et à leurs politiques.

La *Déclaration universelle* présente ainsi cette particularité d'avoir réuni et, pourrait-on croire, fusionner en un même document deux traditions, celle de l'individualisme libéral et celle du collectivisme socialiste. Le contexte historique s'y prêtait. Les sociétés capitalistes avaient connu successivement les débuts de l'État-providence (*Welfare State*) pour lutter contre la grande crise économique des années trente, puis l'économie de guerre, une économie nécessairement dirigée. Les pays socialistes, de leur côté, ne pouvaient nier les droits de la personne, au moment où l'on cherchait à exorciser les fantômes des fascismes qu'on avait combattus précisément au nom de ces libertés.

Cependant, tout en étant réunies dans la *Déclaration universelle*, ces deux traditions n'en gardent pas moins une certaine autonomie l'une de l'autre. Cela apparaît notamment dans le fait que ce que l'on appelle la *Charte internationale des droits de l'homme* comprend, outre la *Déclaration universelle*, deux Pactes internationaux dont l'un est celui **relatif aux droits civils et politiques**, qui se rapporte aux libertés de la personne et l'autre est

¹³ André MOREL, «La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne», (1987) 21 *R.J.T.* 1, 17 et 18.

¹⁴ Maurice CRANSTON, *op. cit., supra*, note 5, pp. 7 et 8.

¹⁵ *Id.*, p. 7.

relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Ces deux Pactes sont entrés en vigueur au Canada le 19 août 1976.

Dans l'analyse sociologique et juridique qu'il a faite de la Charte canadienne, Robert Vandycke soulignait que «les Déclarations ou Chartes des droits de l'homme contiennent toujours nombre de concepts dont la généralité fait à la fois la force et l'imprécision. La Charte canadienne n'échappe pas à la règle... Or, l'opération d'articulation des droits de l'homme sera d'autant plus complexe que cohabitent sous cette notion deux catégories de droits clairement distincts et même jusqu'à un certain point contradictoires. Très sommairement tracée, l'opposition concerne, d'une part, les droits classiques, qui reconnaissent une sphère d'autonomie à l'individu et, d'autre part, les droits économiques, sociaux et culturels, postérieurs aux premiers, sortes de droits — créances que détiennent des catégories d'individus et pour la réalisation desquels l'intervention active de l'État est nécessaire»¹⁶.

La convergence : réconciliation ou cohabitation

On peut alors se poser la question suivante : dans nos sociétés dites libérales, ou post-libérales, la convergence des deux courants de pensée, le libéralisme et le socialisme, aboutit-elle à leur réconciliation ou à une simple cohabitation? Il me paraît évident qu'il n'y a pas de réconciliation, mais plutôt une cohabitation faite d'une oscillation entre l'une et l'autre idéologie. Et le champ des relations de travail se situe peut-être plus que tout autre au confluent de ce type de cohabitation. Ce qui fait à la fois la force et la faiblesse des sociétés post-libérales, ce sont les contradictions ou les antinomies dont elles sont porteuses. Ces contradictions seront-elles à la longue destructrices de ces sociétés, les feront-elles se détruire elles-mêmes, comme le veulent les thèses marxistes? Jusqu'à présent, les sociétés n'ont pas résolu leurs contradictions. Leur stratégie, mi-volontaire mi-inconsciente, a plutôt été d'osciller de droite à gauche et de gauche à droite, tout aussi simultanément que successivement, donnant du lest tantôt du côté individualiste libéral, tantôt du côté socialisant ou communautaire.

Si l'on accepte cette analyse de la dynamique de nos sociétés post-libérales, comment se situent dans cette perspective les Chartes canadienne et québécoise? Et quels en sont les effets sur les relations de travail?

¹⁶ Robert VANDYCKE, «Les droits de l'homme et leur mode d'emploi : à propos de la Charte constitutionnelle de 1982», (1982) 18 *Sociologie et sociétés* 144-145. Voir aussi sur ce même thème, Danièle LOSCHAK, «Mutation des droits de l'homme et mutation du droit», (1984) 13 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 49-88.

Les Chartes canadienne et québécoise : une différence d'inspiration

En réponse à la première question, je dirai qu'il y a une très grande différence entre les deux Chartes. Dans le mouvement d'oscillation que je viens de décrire, la Charte canadienne se situe au pôle libéral individualiste, tandis que la Charte québécoise se situe, non pas à l'autre pôle, mais à mi-chemin entre les deux pôles.

Il est étonnant de constater que la Charte canadienne, qui date pourtant de 1982, soit pratiquement silencieuse sur l'ensemble des droits économiques, sociaux et culturels, qu'affirment bien par ailleurs les documents internationaux, comme ceux que je viens de rappeler. La Charte canadienne est axée avant tout sur la protection par l'État et surtout contre l'État des droits et libertés de la personne individuelle. On peut dire d'elle que c'est une déclaration du citoyen, de *homo politicus*; le seul segment de la société à laquelle elle s'adresse, c'est le segment politique. L'arrêt *Dolphin* de la Cour suprême l'a confirmé : la Charte ne s'applique qu'aux rapports entre les personnes et l'État, elle ne s'applique pas aux rapports privés entre personnes ou entre groupes¹⁷. La société civile n'y a pas sa place. C'est une charte de la société politique. À cet égard, la Charte canadienne ressemble plus à une déclaration libérale du XVIII^e et du XIX^e siècle qu'à une charte de la fin du XX^e siècle.

La Charte québécoise, de son côté, est plus complète et plus harmonieuse que la Charte canadienne, sa pensée est plus contemporaine. C'est, comme le dit André Morel, «un document unique dans l'histoire législative canadienne»¹⁸. Elle s'adresse tout à la fois aux libertés fondamentales et aux droits de la personne, aux droits économiques et sociaux, aux responsabilités de l'État. Elle affirme les idéaux humanistes et éthiques du libéralisme originel et les intentions humanitaires du *Welfare State*. Je ne dirais pas cependant qu'elle se soit inspirée des aspirations des socialismes du XIX^e et du XX^e siècle, car elle est nettement empreinte malgré tout de l'idéologie individualiste des sociétés bourgeoises. Ce qui fait qu'on ne peut la situer au pôle opposé à celui de la Charte canadienne, mais plutôt à mi-chemin. Il est vrai que dans sa version améliorée de 1982, le législateur québécois a voulu ajouter une Partie III sur «Les programmes d'accès à l'égalité»¹⁹. Mais dans l'ensemble, la Charte québécoise demeure inspirée plutôt par le souci de la sécurité et le bien-être du citoyen que par la

¹⁷ Jean-Denis GAGNON, «L'arrêt *Dolphin Delivery* : La porte est-elle ouverte ou fermée?», (1986-1987) 32 *Revue de droit de McGill* 924.

¹⁸ A. MOREL, *loc. cit.*, note 13.

¹⁹ Voir l'analyse de cette Partie III de la Charte québécoise par Pierre BOSSET et Madeleine CARON, «Un nouvel outil de lutte contre la discrimination : les programmes d'accès à l'égalité», (1987) 21 *R.J.T.* 71.

préoccupation de l'égalité sociale. En ce sens, elle s'adresse à *l'homo oeconomicus* tout autant qu'à *l'homo politicus*, sans cependant se porter jusqu'à *l'homo hierarchicus*. C'est ce qui me fait dire que si la Charte canadienne est un document de la société libérale, la Charte québécoise en est un de la société post-libérale, celle de l'État-providence qui demeure toujours marqué par ses origines et ses sources libérales²⁰.

Les Chartes et les relations de travail

Quelles conséquences en résultent pour les relations de travail? Je laisserai des spécialistes en traiter plus en détail et plus longuement que moi. Je ne ferai que trois commentaires.

En premier lieu, il y a lieu de s'étonner, comme le fait André Morel, du «peu de réflexion que la Charte québécoise a provoquée de la part des milieux juridiques en particulier»²¹, et l'on peut ajouter dans presque tous les milieux, en comparaison de l'attention que l'on a accordée à la Charte canadienne. Cette dernière a fait l'objet de nombreux écrits et c'est presque exclusivement elle qu'on a invoquée devant les tribunaux. L'adoption de la Charte québécoise s'est faite d'une manière plus discrète que celle de la Charte canadienne, elle n'a pas bénéficié du même concours d'événements politiques et du même battage publicitaire. La Charte québécoise demeure donc un document encore à découvrir²². Cela vaut notamment pour les relations de travail : la Charte québécoise n'a pratiquement donné lieu à aucune jurisprudence.

En second lieu, la jurisprudence de la Charte canadienne exerce sans doute une certaine influence sur le droit du travail mais elle ne l'a pas jusqu'à présent modifié en profondeur. Elle n'a pas, en tout cas, conféré aux syndicats les pouvoirs accrus que d'aucuns souhaitent et que d'autres craignent. Et cela pour trois raisons en particulier. La première, c'est que la Charte canadienne est interprétée par les tribunaux dans l'esprit libéral qui a présidé à son élaboration. Par exemple, le droit d'association prévu à l'article 2 d) protège la liberté des citoyens de se former en association, mais ne reconnaît pas de droit à l'association elle-même. En d'autres termes, la

²⁰ J'emploie ici la distinction de Roberto M. Unger entre société libérale et société post-libérale, telle qu'il la développe dans *Law in Modern Society*, New York, The Free Press, 1976. Marc Gold a aussi utilisé cette terminologie dans le même sens dans «A Principled Approach to Equality Rights: A Preliminary Inquiry», (1982) 4 *The Supreme Court Law Review* 131, notamment aux pages 154-159.

²¹ A. MOREL, *loc. cit.*, note 13, 3.

²² Soulignons ici les deux numéros que la *Revue juridique Thémis* consacre à la Charte québécoise (volume 21, numéro 1, 1987 et volume 21, numéro 3, 1987). Également, de Jean-Maurice BRISSON, *Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, SOQUIJ, 1986.

Charte est silencieuse sur les droits des groupes (sauf ceux des autochtones), et plus encore sur ce que l'on pourrait désigner comme des «droits collectifs»²³. Les tribunaux, pour leur part, respectent ce silence lorsqu'il s'agit des syndicats. Il en résulte notamment que l'association formée par les travailleurs n'a pas de soi le droit de négociation et encore moins le droit de grève.

Une seconde raison tient, me semble-t-il, à l'influence de la jurisprudence américaine. Comme le remarque Jean-Denis Gagnon, «[t]out au long de son élaboration, le droit du travail canadien a subi l'influence de la législation et de la jurisprudence américaines» et il parle «des similitudes qui caractérisent (dans le droit du travail) les conceptions qui prévalent, tant au Canada qu'aux États-Unis»²⁴.

La troisième raison vient de la réserve qu'observent les tribunaux canadiens à se prévaloir de l'ouverture que leur donne le premier article de la Charte pour interpréter ce qu'est «une société libre et démocratique». Ainsi dans l'important jugement de la Cour suprême de 1987 concernant les employés des secteurs publics et para-publics de l'Alberta, où la majorité des juges ont décidé que le droit de négociation collective et le droit de grève «ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux», les juges Beetz, Le Dain et La Forest s'inquiètent qu'on s'appuie sur l'article 1 pour demander à la Cour de «substituer son opinion à celle du législateur» et d'«assumer une fonction de contrôle de politiques législatives qu'elle n'est vraiment pas faite pour assumer»²⁵.

Mon troisième commentaire porte sur l'avenir. Si la Charte canadienne n'a pas modifié en profondeur les relations de travail, il est loin d'être certain que tous ses effets soient connus. Comme on l'a dit, la Charte est, particulièrement pour les relations de travail, une «arme à double tranchant»²⁶. Ainsi, d'un côté, il est probable qu'en vertu de l'article 2 d) des

²³ Sur cette notion de droits collectifs et les difficultés qu'elle pose en droit, l'article majeur est celui de Pierre CARIGNAN, *loc. cit.*, note 8. Dans une autre perspective, voir Stuart RUSH, «Collective Rights and Collective Process: Missing Ingredients in the Canadian Constitution», (1984) *Socialist Studies: A Canadian Annual* et aussi Stephen BRICKEY et Elizabeth COMACK, «The Role of Law in Social Transformation: Is a Jurisprudence of Insurgency Possible?», (1987) 2 *Revue canadienne de droit et société* 97, notamment pp. 110-113.

²⁴ Jean-Denis GAGNON, «Les effets de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit du travail», (1984) 18 *R.J.T.* 131, 163.

²⁵ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 316.

²⁶ Peter A. GALL, «Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword», dans Joseph M. WEILER et Robin M. ELLIOTT (dir.), *Litigating the Value of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, p. 245.

catégories de travailleurs obtiendront le droit qu'ils n'ont pas eu jusqu'à présent de former un syndicat. Mais d'un autre côté, il est bien possible que l'interprétation libérale individualiste qu'on donnera du même article 2 d) n'amène à reconnaître à une minorité de salariés le droit d'adhérer à un autre syndicat ou de n'adhérer à aucun syndicat. Dans le contexte nord-américain, une telle décision judiciaire aurait des conséquences considérables sur la structure syndicale et sur les relations de travail.

L'incertitude quant à l'avenir réside dans le fait que les juges ont — et auront sans doute toujours — des attitudes partagées quant à l'utilisation de l'article 1 de la Charte canadienne. Ainsi dans la cause évoquée plus haut, s'il est vrai que les trois juges que j'ai cités ont refusé de se substituer au législateur, par ailleurs, le juge en chef Dickson et le juge Wilson, tous deux dissidents, et le juge McIntyre dans un long exposé de ses motifs, ont montré qu'ils étaient beaucoup moins gênés que leurs collègues par le principe de la retenue judiciaire.

Comme le souligne avec raison Jean-Denis Gagnon, «le rôle accru confié aux juges aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'avérera d'un exercice particulièrement délicat en matière de relations de travail. L'histoire démontre, en effet, que peu de domaines de l'activité juridique suscitent autant d'intérêt et même de passion». Et je partage sa conclusion : «Même sous l'empire de la Charte, la détermination des principes qui recevront application au Canada et dans les provinces en matière de relations de travail doit être faite par le Parlement et les législatures, et non par les cours de justice.»²⁷ Dans une matière aussi controversée, aussi conflictuelle et aussi délicate que les relations de travail, la procédure ouverte, publique et démocratique de la législature est infiniment préférable à la procédure fermée, étroite et limitée des tribunaux. Robert Vandycke le rappelait avec pertinence : «L'irresponsabilité du judiciaire découle directement de ce qu'il n'a pas été conçu pour élaborer des politiques.»²⁸

CONCLUSION

Ce qui m'amène à conclure que dans le domaine des relations de travail, les chartes telles qu'elles ont été inspirées, conçues, élaborées et qu'elles sont maintenant interprétées, ne sont pas la plus grande invention du siècle. Elles ont suscité beaucoup d'espoir et beaucoup de craintes. Elles risquent d'apporter des frustrations et des surprises d'inégale qualité. Elles pourraient enfin débalancer l'équilibre délicat entre le législateur et le judiciaire. Cela est particulièrement vrai de la Charte canadienne qui a pris le pas sur la Charte québécoise. Il reste encore à voir si celle-ci reprendra un jour la place qu'elle mériterait.

²⁷ J.-D. GAGNON, *loc. cit.*, note 24, 179-181.

²⁸ Robert VANDYCKE, *op. cit.*, note 16, p. 148.

CHAPITRE 4

LES SOCIÉTÉS TECHNOLOGIQUES, LA CULTURE ET LE DROIT*

Le politicologue et le sociologue ont en commun, entre autres traits, de s'intéresser particulièrement aux sociétés modernes et, d'une manière plus abstraite, à la modernité. Cela ne les empêche pas de porter aussi leur regard en arrière, sur des formes sociales et politiques antérieures à l'époque contemporaine. L'exercice est même nécessaire, dans la mesure où les institutions d'aujourd'hui sont, pour une part plus ou moins importante, issues d'anciennes, dont elles portent généralement encore l'empreinte. L'objet même de leurs recherches, tel que le construisent le politicologue et le sociologue, appelle sans cesse ce va-et-vient entre le passé et le présent, parfois aussi pour tenter de l'élargir à l'avenir.

C'est dans cette perspective diachronique que la définition de la société contemporaine sous l'angle d'une modernité en évolution, que s'en font et qu'utilisent politicologues et sociologues, les rapproche à la fois par leur objet d'étude et par la perspective sous laquelle ils l'abordent. Or, l'un des aspects les plus évidents de l'évolution des sociétés contemporaines est sans doute qu'elles sont toutes devenues ce que l'on a appelé «un milieu technique». Elles portent toutes l'empreinte de la technoscience, de diverses manières et à divers égards. À telle enseigne qu'on peut les désigner sous le vocable de sociétés technologiques. Mais qu'entend-on au juste quand on emploie cette expression? Quel sens, quelle signification lui attache-t-on? Et que peut-on dire des rapports entre ce type de société, la culture et son droit?

La modeste tentative de réponse à ces questions que j'esquisse dans ces pages se voudrait un hommage à mon cher ami Léon Dion, dont toute l'oeuvre a été marquée par une réflexion continue sur ce thème, qu'il a abordé de diverses manières, mais toujours aussi bien en sociologue qu'en politicologue. Bien des intérêts communs nous ont rapprochés, depuis le moment où nous nous sommes connus, étudiants, il y a plus de quarante ans, jusqu'à aujourd'hui. Il se trouve que, parmi ces convergences, nous avons l'un et l'autre porté un regard à la fois intéressé et critique sur le droit et la profession juridique dans la société contemporaine. D'où le thème qui sera ici développé.

* Ce texte a initialement été publié dans : Raymond HUDON et Réjean PELLETIER (dir.), *L'engagement intellectuel, Mélanges en l'honneur de Léon Dion*, Québec, P.U.L., 1991, p. 173.

I- LES SOCIÉTÉS TECHNOLOGIQUES : UN ESSAI DE DÉFINITION

Il est possible de définir les sociétés technologiques par trois caractères qui les singularisent : un mode dominant de connaissance, un type d'organisation sociale, une mentalité.

En ce qui a trait d'abord à l'univers des connaissances, il est dominé par la technoscience, c'est-à-dire cet alliage des sciences physiques et naturelles et de la technologie, qui forme un ensemble comme on en n'avait jamais connu. La technique, abandonnée auparavant aux artisans, est maintenant inséparable du savoir savant : elle le conditionne, parfois même le détermine. Le mathématicien, le physicien, le biologiste ne travaillent plus sans puissants ordinateurs, sans un équipement considérable, complexe et généralement très coûteux. Grâce à cette technologie mouvante, la science contemporaine explore toujours plus à fond et en détail le monde de l'infiniment petit aussi bien que celui du Cosmos, le substrat de la matière et les mystères du vivant. Qui plus est, la technoscience ne fait pas qu'explorer : elle manipule le réel, le transforme, le ré-aménage et elle pourrait le détruire.

L'interaction de la science et de la technique, dans ce qu'on nomme maintenant la technoscience, explique aussi le sens du terme technologie. Ce néologisme ne va pas sans poser des problèmes en français. On l'accuse souvent d'être d'origine anglaise, ou du moins d'être employé en français à la manière dont il l'est en anglais. Il existe en effet une importante différence entre l'anglais et le français dans l'emploi des termes «technique» et «technologie». En français, «la technique» a un sens plus étendu, plus large, plus compréhensif qu'en anglais. Ce qui explique que certains auteurs refusent d'employer en français le néologisme «technologie» et persistent à ne parler que de «la technique»¹. Il y a pourtant un aspect sous lequel l'usage du terme «technologie» mérite d'être considéré et maintenu : c'est qu'il met l'accent sur le fait que la technique moderne est devenue un univers intellectuel savant. Elle ne peut plus se transmettre comme la technique traditionnelle, de père en fils ou de mère en fille, de manière purement orale et par la seule pratique. La technologie moderne est un logos, un discours très élaboré, ayant des règles précises et strictes d'élocution et d'application. Cela a mené certains chercheurs, notamment parmi les historiens de la technologie, ceux par exemple qui se sont groupés autour de la revue *Technology and Culture*, à insister sur l'autonomie intellectuelle de l'univers technologique à l'endroit de la science, tout autant que sur les rapports d'interaction entre les deux.

¹ Sur ce sujet, on peut se reporter à l'analyse de la terminologie française et anglaise que fait Jean-Jacques SALOMON, «What is Technology? The Issue of its Origins and Definitions», (1984) 1 *History and Technology* 113.

On a beaucoup critiqué la célèbre «Loi des Trois États» d'Auguste Comte, qui voulait que les connaissances soient passées du stade théologique au stade métaphysique pour aboutir progressivement au stade positiviste. Il n'en demeure pas moins que la technoscience réalise ce que Comte avait pressenti : l'univers contemporain des connaissances est dominé par le positivisme qu'avait décrit Comte au début du XIX^e siècle. Même les sciences dites humaines sont marquées par ce positivisme : elles ont voulu se modeler sur les sciences physiques et naturelles, avec un succès d'ailleurs relatif. Les Allemands ont, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, vivement débattu de la spécificité des sciences humaines qu'ils appelaient aussi sciences de l'esprit (*Geisteswissenschaften*). Ce débat s'est en quelque sorte dissous de lui-même dans le positivisme, qui a pratiquement établi son hégémonie intellectuelle au XX^e siècle. On n'oserait plus aujourd'hui dire dans un congrès scientifique que la théologie ou la philosophie est la Reine des sciences. On parle plutôt volontiers de la crise de l'une et de l'autre, qui n'ont cessé de voir leurs frontières reculer et leur domination ancienne contestée et renversée. Quand on parle aujourd'hui du «scientifique» ou de «l'homme de science», l'image qu'on évoque est celle du chercheur des sciences physiques ou naturelles, hommes ou femmes de laboratoire, mais on ne pense généralement alors ni au linguiste, ni au sociologue, ni au juriste. Le juriste peut être dit savant, mais on ne le compte pas dans la phalange des hommes de science! Même si pourtant le juriste considère, non sans raison, que le droit est essentiellement fondé sur la rationalité et que le positivisme règne en maître dans la science juridique!

Le second caractère des sociétés technologiques est qu'elles ont un mode d'organisation sociale qui est lui aussi positiviste. Et cela, d'une double manière. La technoscience a permis une transformation profonde de tous les anciens modes de production de biens et de services. Les révolutions industrielles successives des deux derniers siècles ont été le fruit d'une série presque infinie d'innovations scientifiques et technologiques. Les sociétés dites technologiques sont des sociétés de production basée sur des moyens techniques toujours plus complexes et toujours plus puissants. Le marché de l'emploi en a été complètement transformé : la main-d'oeuvre hautement qualifiée y occupe une place croissante et l'on assiste à une constante poussée des exigences de scolarité et de compétence pour occuper des emplois qui n'en requéraient guère il y a peu de temps encore. Les emplois des secteurs primaire et secondaire tout autant que ceux du tertiaire ont tous été touchés, un grand nombre ont disparu, un plus grand nombre encore ont été créés.

L'autre effet du positivisme sur l'organisation sociale touche à la structure et au fonctionnement bureaucratique qu'a pris la société moderne. La bureaucratisation des rapports sociaux, notamment des rapports de travail, est en quelque sorte la transposition directe de la rationalité technoscientifique dans l'activité sociale. Entre la technoscience et la bureaucratie, il y a des liens étroits de parenté, il y a même une symbiose des deux. La technoscience fournit à la bureaucratie le modèle d'une rationalité qui se dit et se veut efficiente et efficace. La bureaucratie procure en retour à

la technoscience le milieu le plus propice à sa diffusion et à son implantation. La bureaucratisation est en fait le recours à des processus de rationalisation dont les sources d'inspiration puisent dans des connaissances qui appartiennent à l'ordre de la technoscience. Le rôle de la technoscience dans le «mouvement de rationalisation» dans l'industrie allemande, où il a débuté au XIX^e siècle, a été très bien raconté et analysé dans l'ouvrage classique de Robert A. Brady². Au surplus, le droit joue ici un rôle important : il sert beaucoup, par sa rationalité et son effort de logique, à médiatiser l'esprit technoscientifique dans l'organisation sociale et particulièrement dans l'organisation bureaucratique. Celle-ci est en effet faite de règles qui sont ou juridiques ou inspirées par le juridique.

Le troisième trait des sociétés technologiques est la mentalité qui les singularise. En peu de mots, je caractériserais cette mentalité en disant qu'en complémentarité et en contre-partie d'une organisation sociale où la production occupe une place centrale, la mentalité des sociétés technologiques est dominée par la consommation, celle-ci étant entendue dans son sens le plus étendu et le plus divers. La publicité exprime bien cette mentalité. Elle est maintenant omniprésente. Elle s'est insinuée dans tous les moyens de communication et d'information, qui sont nombreux grâce à la technoscience; elle pénètre dans nos foyers avec les circulaires, les journaux, les revues, la radio, la télévision et bientôt le micro-ordinateur. Elle gonfle désespérément notre courrier, aussi bien à la maison qu'au travail. Elle s'affiche partout, dans les villes et les campagnes, elle jalonne nos routes et nous rejoint à chaque halte. C'est d'ailleurs grâce à cette publicité que les médias de communication existent, puisqu'elle est dans bien des pays une de leurs sources de support financier, et même parfois la principale, voire la seule. La publicité crée, stimule, entretient, excite le besoin de consommation; elle sert à susciter des besoins, le besoin étant comme on sait relatif et élastique. Avoir besoin d'une voiture est un besoin créé, entretenu; avoir besoin d'une voiture de telle marque de prestige est un besoin valorisé. La publicité est à la fois le produit et le moteur de la mentalité de consommation. Elle l'anime, la nourrit, l'entretient et ainsi la fait se reproduire.

La mentalité de consommation s'exprime de bien des manières. On songe, bien sûr, en premier lieu aux différents biens matériels vers lesquels elle se porte. Mais c'est la même mentalité que l'on retrouve à l'endroit, par exemple, des progrès de la technoscience. Celle-ci a créé et entretenu des attentes, tout comme le fait la publicité. Toute une mythologie s'est créée sur la manière dont certaines personnes dotées d'un esprit génial scientifique ont fait des découvertes. La technoscience a suscité ses «stars» comme le cinéma et la télévision — et aussi à l'aide de l'un et l'autre. Les historiens des

² Robert A. BRADY, *The Rationalization Movement in German Industry*, Berkeley, Californie, University of California Press, 1933.

sciences et de la technologie ont beau s'attaquer à cette mythologie, rien n'y fait en dehors des cercles restreints de chercheurs. L'opinion publique des sociétés technologiques continue à entretenir cette mythologie : elle continue à attendre les découvertes comme si elles allaient de soi, comme si elles faisaient partie d'un mouvement nécessaire. On s'étonne même que la science tarde tant à trouver la cause et le remède du cancer ou du sida. Les sociétés technologiques sont consommatrices de technoscience.

On a dénoncé, à juste titre, le «viol des masses» par la propagande idéologique, celle en particulier que peuvent répandre et imposer les détenteurs du pouvoir politique. Nous avons connu et avons encore sous les yeux de tristes exemples d'États totalitaires et de dictatures, de droite et de gauche, qui se sont maintenus par l'exercice de ce genre de propagande. Mais on n'insiste pas assez, en contrepartie, sur l'autre «viol des masses», plus subtil, moins autoritaire, qu'exerce la publicité par la voie de tous les moyens modernes de communication. À la faveur de la crise de l'État-providence dans les démocraties libérales ou socio-démocrates, les médias du secteur public, ceux qu'ont d'abord créés et financés les États — particulièrement la télévision et la radio — ont dû recourir toujours davantage à la publicité de l'entreprise privée pour survivre. Il en est résulté trop souvent — comme c'est carrément le cas au Canada — une baisse dramatique du niveau intellectuel de la radio et surtout de la télévision. La publicité a imposé ses standards, ses normes, sa perception des téléspectateurs, qui sont réduits à l'état de consommateurs potentiels. Ainsi s'est développée ce que l'on a appelé l'«*Entertainment Culture*» qui, de la télévision étatsunienne où elle s'est imposée depuis très longtemps, s'est répandue dans la programmation de presque toutes les télévisions du monde. La diffusion de cette même «*Culture*» dans les pays qui émergent du socialisme sera peut-être la plus profonde perturbation qu'ils subiront en passant du dirigisme au marché libre.

II- LES VALEURS DANS LES SOCIÉTÉS TECHNOLOGIQUES

L'analyse de la mentalité des sociétés technologiques nous mène tout naturellement aux rapports entre les sociétés technologiques et les valeurs. Plutôt que de rapports, il vaudrait mieux parler d'interaction. Car au point de départ il importe de se départir de l'image trop courante d'une action à sens unique de la technique sur les valeurs, soit pour les détruire, si l'on entretient une vision pessimiste, soit pour les modifier ou les transformer, soit encore pour en instaurer de nouvelles. Une telle perspective n'est pas fautive, elle est incomplète. Elle laisse de côté le rôle des valeurs dans l'émergence et la reproduction des sociétés technologiques. Avant d'évoquer les effets de la technologie sur les valeurs, il faut insister sur le fait que les sociétés technologiques sont un produit, une création de certaines valeurs : on peut l'affirmer sans faire pour autant profession d'idéalisme.

Les valeurs : facteur d'émergence des sociétés technologiques

Certaines valeurs ont été des facteurs nécessaires dans l'émergence des sociétés technologiques. Je voudrais en souligner trois. Il a fallu que le **changement** soit accepté comme une valeur par un nombre assez important d'acteurs sociaux significatifs, par opposition à ceux qui valorisaient la stabilité, un ordre établi, des traditions et des manières traditionnelles de faire, de travailler, de produire. Des cultures et des civilisations ont valorisé pendant des siècles la défense et la protection de la permanence des êtres et des choses et la résistance au changement. Dans le monde du travail en particulier, le changement technique ou technologique peut être menaçant pour les travailleurs; mais il l'est aussi souvent pour les administrateurs, les patrons, les cadres. Par exemple, l'informatisation peut paraître menaçante pour bien des juristes à qui elle imposera d'importants changements dans leurs habitudes de travail. La diffusion du changement scientifique et technologique ne va pas de soi, loin de là. Bruno Latour, dans sa belle étude sur l'entrée en scène des microbes dans la bactériologie moderne, a bien montré comment les découvertes de Pasteur furent mal reçues par les savants et mirent du temps à être acceptées en médecine parce qu'elles bouleversaient la théorie traditionnelle, implantée depuis des millénaires, de la génération spontanée³.

L'**efficacité** est une autre valeur que l'on ne trouve pas dans toutes les cultures et les civilisations, du moins pas au même point où elle s'affirme et s'affiche dans les sociétés technologiques. C'est au nom de cette efficacité valorisée que l'on a introduit — parfois de force — de nouvelles opérations, des mutations technologiques dans différents secteurs du travail et de l'organisation sociale. C'est cette efficacité valorisée qui préside à l'entrée de l'ordinateur et de l'écran cathodique dans nos bureaux de professeur et dans les cabinets des avocats, des notaires et des juges. Les écrivains qui écrivent encore au stylo doivent avoir une bonne raison pour être excusés de bouder le progrès technologique.

La mentalité de consommation évoquée plus haut repose précisément sur cette valorisation du changement et de l'efficacité. C'est ainsi que se justifie la promotion de tous les gadgets qui nous sont offerts, petits et grands, de tous les prix, pour toutes les circonstances de la vie. Qui détient, par exemple, une carte American Express, se voit inondé de cette publicité des gadgets qui, s'adressant à vous comme à l'homme ou la femme d'action énergique et entreprenant, vous assure que votre efficacité sera décuplée si vous avez tel ou tel petit appareil dernier cri qui vous permettra de ne pas rater un rendez-vous, d'avoir des dossiers bien préparés et bien présentés, de devancer votre concurrent, et ainsi de suite.

³ Bruno LATOUR, *Les microbes : guerre et paix*, Paris, Édition A.M. Métailié, 1984.

Un autre fait qui me paraît étroitement lié à la valorisation de l'efficacité touche à ce qu'il advient de la communication dans les sociétés technologiques. Celle-ci est considérée non seulement comme un fait, elle a aussi été élevée au rang de valeur. En comparaison des sociétés qui l'ont précédée, la société moderne s'est enrichie — si l'on ose dire, constateront certains — d'une vaste gamme de moyens techniques de communication. On se sent aujourd'hui déjà bien loin des premiers balbutiements du téléphone, qui ne remontent pourtant pas à des temps préhistoriques puisque nous en avons une photographie illustre, véritable document historique de l'émergence d'une technique nouvelle. Depuis lors, que de chemin parcouru, avec l'extension du téléphone, mais aussi avec la radio, la télégraphie, la télévision, et encore les progrès récents de l'imprimerie qui ont court-circuité les étapes par lesquelles devait obligatoirement passer la production d'un imprimé. Et aujourd'hui, la communication dépasse la sphère terrestre : l'astronaute en orbite communique avec son poste d'attache et plus loin encore une fusée qui explore les planètes du système solaire — et bientôt le soleil — est télécommandée de la terre et envoie en retour des photos et des messages saisissants de mondes lointains.

Ce que l'on peut appeler «l'effet pervers» de cette inflation des techniques de communication, c'est qu'elle s'accompagne d'une sorte de nouvel édit selon lequel **il faut communiquer**. La communication est plus qu'un fait, elle est un bien, ou en tout cas on est persuadé qu'il en sortira du bien. Car on attribue à la communication une certaine efficacité sociale, sinon une efficacité certaine. Une grande part des secrets de la bonne gestion d'une entreprise bureaucratique réside, nous assure-t-on, dans le maintien de réseaux de communication bien pensés et bien structurés à l'intérieur de l'entreprise et dans ses rapports extérieurs. Et dans la vie politique, que de soin accordé à la promotion, à la protection, à la diffusion de «l'image» de celui ou celle qui y est engagé. Tout cela n'est pas à rejeter; la communication a effectivement sa vertu. Mais c'est son instrumentalité au service de diverses formes d'efficacité qui me paraît ici mériter attention. À cause de cela, «l'agir communicationnel» que privilégie Jürgen Habermas n'est généralement pas si loin qu'il semble parfois le dire de l'univers du «travail».

La troisième valeur que je voudrais évoquer dans la même perspective de l'émergence des sociétés technologiques est celle de **la rationalité**. Bien sûr, la rationalité a une longue et belle histoire qui est bien loin de n'être que moderne. Mais elle a pris un sens plus utilitaire, plus instrumental en s'alliant à l'avancement de la technoscience. Elle se met elle aussi au service de l'efficacité et du changement. Et dans l'organisation sociale, elle prend la forme de la rationalisation de toutes les démarches de travail ou de production. La rationalisation prétend se réaliser notamment dans les structures et le fonctionnement bureaucratiques. Les sciences de l'administration, de la gestion, le «*social engineering*» se sont élaborés dans l'esprit et selon les méthodes de la technoscience, supposément pour hausser l'efficacité des politiques et des administrations. Il s'est produit ce que

Habermas a appelé une «scientification de la politique», qu'il présente comme «une tendance à l'appui de laquelle on peut invoquer un certain nombre de faits» comme, par exemple, «l'extension de la recherche sur commandes d'État et la part croissante de la consultation scientifique dans les services publics»⁴. De tous les spécialistes qui ont contribué à cette scientification de la politique, les juristes furent sans doute les premiers : la rationalité attribuée au droit servait de langage à la rationalisation de la politique. «L'État moderne s'est constitué à partir des nécessités d'une administration centralisée des finances en relation avec les échanges commerciaux des économies nationales et régionales naissantes, et sans doute a-t-il dû dès le début faire appel aux compétences spécialisées de fonctionnaires ayant une formation juridique.»⁵ Aujourd'hui, à côté des juristes, on trouve dans l'État moderne un large éventail de professions et de disciplines scientifiques : ingénieurs, géologues, biologistes, agronomes, économistes, sociologues, politicologues, qui participent à des titres et à des degrés divers à la prise de décision et qui accentuent encore davantage la scientification de la politique.

Il faut cependant éviter de succomber à ce qu'on a appelé «le modèle décisionniste». La scientification de la prise de décision politique est sans doute un fait qui caractérise les sociétés technologiques, mais elle a d'importantes limites. Ce sont ces limites que l'on oublie quand on veut donner l'image d'une totale domination de l'État par la technocratie. La distinction qu'a faite Max Weber entre la domination administrative et la direction politique demeure très valable. La décision politique peut s'inspirer, pour une part, des conclusions d'études qui lui donnent un caractère de rationalité; mais elle prend aussi appui dans d'autres valeurs, qui n'ont rien à voir avec la rationalité technoscientifique : «elle fait un choix entre certains ordres de valeurs et certaines croyances religieuses qui sont en concurrence, qui se dispensent des contraintes d'une argumentation et restent inaccessibles aux exigences d'une discussion»⁶.

Les effets de la société technologique sur les valeurs

Ces dernières considérations conduisent tout naturellement à passer à l'autre versant, celui des effets qu'a eus l'émergence des sociétés technologiques sur l'univers des valeurs. On fait face ici rapidement à une polarisation entre ceux qui, d'une part, ont fait une appréciation très critique, appelons-la pessimiste, de ce qu'il est advenu des valeurs et, d'autre part, ceux qui en évaluent plutôt positivement les effets. Il est vrai que l'on peut

⁴ Jürgen HABERMAS, «Scientification de la politique et opinion publique», traduit dans *La technique et la science comme «idéologie»*, Paris, Denoël, 1973, p. 97.

⁵ *Id.* Également sur ce thème la belle analyse de Joseph R. STRAYER, *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris, Payot, 1979.

⁶ *Id.*, p. 99.

faire le procès de l'univers technique moderne, en invoquant notamment la tyrannie qu'il exerce sur nos vies et nos esprits, engendrant le déclin des valeurs traditionnelles, qu'elles soient intellectuelles, morales ou spirituelles. D'autres ont, en revanche, affirmé la pérennité des valeurs traditionnelles, probablement enracinées en la nature humaine et capables de transcender les grandes mutations sociales et culturelles.

La critique que Jacques Ellul a menée de «la société technique» a exercé une grande influence, peut-être surtout par sa traduction en langue anglaise. Ellul a développé l'idée que la technique moderne n'est plus extérieure à l'être humain, comme la machine a pu l'être; elle l'a pénétré, elle est devenue sa substance même. Il en résulte ce qu'Ellul a appelé l'autonomie de la technique, en ce sens que celle-ci peut agir par elle-même pour dominer et régir l'être humain. L'humanité a perdu la maîtrise de sa destinée; elle est à tous égards aliénée par la technique⁷. Avec Herbert Marcuse, Jacques Ellul représente sans doute la position critique la plus radicale de la société technologique. En revanche, Buckminster Fuller représente le point de vue positif. Architecte, philosophe, inventeur — c'est à lui qu'on doit entre autres le fameux dôme géodésique — Fuller considère que l'humanité n'est pas démunie devant la technique : elle a, assure-t-il, les ressources intellectuelles et spirituelles qui lui permettent de régler les problèmes créés par la technique. Mieux encore, il sera possible de mettre progressivement au point une technologie qui soit vraiment au service de l'humanité. Fuller avance la thèse que les problèmes créés par la technologie résultent du fait que celle-ci est encore trop peu avancée⁸.

D'une manière bien typiquement américaine, Samuel C. Florman — lui aussi un ingénieur qui philosophe à ses heures — a résumé cette discussion en opposant ce qu'il appelle l'optimisme de la revue *House and Garden* au pessimisme du *New York Review of Books*. L'opposition, reconnaît-il lui-même, est plutôt simpliste, mais elle dit ce qu'elle veut dire. Elle veut signifier l'écart entre les vues de ceux qui valorisent la technologie moderne en l'assimilant au lave-vaisselle, aux vêtements indéfroissables, à la cuisinière électronique, au magnétoscope, bref à tous les «gadgets» qui sont censés améliorer «la qualité de vie», et les vues de ceux qui craignent l'influence néfaste de la technologie sur l'environnement, la santé, la culture, les valeurs⁹.

⁷ Jacques ELLUL, *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977.

⁸ Buckminster R. FULLER, *Utopia or Oblivion : The Prospects for Humanity*, New York, Bantam Books, 1969.

⁹ Samuel C. FLORMAN, «Technology and the Tragic View», dans son livre *Blaming Technology*, N.Y., St. Martin's Press, 1981.

Il est intéressant ici de rappeler que l'Université Harvard reçut en 1964 une subvention de 5 millions \$ de IBM pour entreprendre une vaste recherche destinée à partager le vrai du faux dans ce débat. Ce fut le fameux *Harvard Program on Technology and Society* qui, sous la direction d'Emmanuel Mesthene, publia plusieurs rapports importants. La conclusion à laquelle Mesthene en arriva peut se résumer ainsi : la technologie a des effets positifs et négatifs; elle crée, d'une part, de nouvelles potentialités en même temps qu'elle engendre, d'autre part, de nouveaux problèmes pour les personnes et les sociétés; elle fait les deux en même temps, parce que les effets négatifs résultent des effets positifs, les potentialités nouvelles créant de nouveaux problèmes; mais il se produit aussi que les effets négatifs obligent à trouver des solutions et entraînent ainsi des effets positifs¹⁰.

Contrairement aux espoirs qu'elle avait fait naître, cette grande recherche n'a pas réussi à faire l'unanimité. En réalité, elle a servi à relancer le débat. Les conclusions de Mesthene ont été récusées comme étant un camouflage de l'idéologie de droite, en présentant celle-ci sous un nouveau déguisement. Le critique le plus virulent de l'analyse de Mesthene fut sans doute John McDermott qui a reproché au Programme de Harvard de revenir à la notion de *laisser-faire* cachée sous un nouveau vêtement, qu'il a appelé le *laisser-innover*. Cette dernière notion suppose que la technologie, comme le marché, comporte ses propres correctifs et qu'il faut éviter de la contrecarrer : l'intervention humaine serait plus néfaste que bénéfique¹¹. On reconnaît, transposée dans la société technologique, la notion de «la main invisible» du vieux libéralisme.

Ce débat est probablement sans fin et sans solution définitive. J'aime bien, pour ma part, les fameuses six «Lois de Kranzberg», ainsi que les a présentées Melvin Kranzberg lui-même d'une manière à la fois pénétrante et humoristique¹². Il n'y a pas lieu de les citer toutes ici. Mais la première est

¹⁰ Emmanuel G. MESTHENE, «Some General Implications of the Research of the Harvard University Program on Technology and Society», *Technology and Culture*, octobre 1969. Voir aussi l'ouvrage de Emmanuel G. MESTHENE, *Technological Change: Its Impact on Man and Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1970.

¹¹ John McDERMOTT, «Technology: The Opiate of the Intellectuals», *The New York Review of Books*, 31 juillet 1969. Sur tout ce débat, on consultera en particulier l'ouvrage sous la direction de Albert H. TEICH, *Technology and Man's Future*, New York, St. Martin's Press, 1981. Nous nous sommes inspiré particulièrement, dans les paragraphes qui précèdent, de la Partie I intitulée «Thinking about Technology».

¹² Melvin KRANZBERG, «One Last Word-Technology and History: "Kranzberg's Laws"», dans Stephen H. CUTCLIFFE et Robert C. POST (dir.), *In Context. History and the History of Technology. Essays in Honor of Melvin Kranzberg*, Londres et Toronto, Associated University Presses, 1989,

tout à fait pertinente. Elle se lit ainsi : «La technologie n'est ni bonne, ni mauvaise; elle n'est pas non plus neutre». Par cette formulation quelque peu sybilline et paradoxale, Kranzberg veut dire que «la même technologie peut apporter des réponses et des solutions différentes selon le contexte dans lequel elle est introduite et selon le problème qu'elle est appelée à résoudre». Il donne l'exemple du DDT qui a été banni dans les sociétés occidentales à cause de ses effets néfastes sur l'environnement, la santé animale et humaine. Mais l'Inde a continué de l'utiliser parce que le DDT y a réduit d'une manière incroyable la mortalité attribuable au paludisme; les effets négatifs sur l'environnement apparaissaient alors de peu d'importance comparés aux effets positifs sur la vie humaine. Ainsi, la technologie n'est jamais neutre dans ses effets, mais ceux-ci peuvent être perçus d'une manière négative ou positive selon le problème auquel on fait face et ce qu'on attend d'une technologie particulière. Kranzberg nous offre, à travers sa première loi, une certaine solution à la fois éthique et quelque peu relativiste du débat, qui ouvre des perspectives où convergent la sociologie et la morale.

Un autre aspect des rapports entre la société technologique et les valeurs a fait l'objet de nombreux commentaires et a donné lieu à des points de vue contradictoires. Certaines thèses critiques des sociétés technologiques annoncent une sorte de standardisation des valeurs dans ces sociétés, une uniformisation consécutive à l'envahissement et à la domination de la technique. Par ailleurs, de son côté la sociologie observe en même temps que les sociétés technologiques s'accompagnent d'un pluralisme des valeurs. Par suite de ce pluralisme, les valeurs, tout en étant des référents collectifs, ont un ancrage individuel qui s'est accentué : on insiste sur le fait que chaque personne doit agir selon ses valeurs personnelles, c'est-à-dire selon sa conscience.

On observe donc un fait paradoxal et presque contradictoire. À certains égards, il est vrai que les sociétés technologiques ont de fortes tendances uniformisantes; elles amenuisent les différences culturelles, elles créent des affinités et des ressemblances nouvelles au-delà des identités nationales, elles produisent des convergences d'attitudes, de mentalité et sont ainsi la source de nouveaux conformismes. Mais en même temps, elles valorisent le pluralisme des valeurs, l'individualisme moral, l'affirmation de la personne. Elles se bureaucratisent et se technocratisent; et du même coup elles offrent à chaque citoyen des moyens et des procédures pour se protéger contre les bureaucrates et les technocrates. D'un côté, les médias standardisent et uniformisent l'information, diffusant la même qui s'adresse également à tous et chacun. Par ailleurs, la masse d'information qui circule dans les sociétés technologiques favorise une individualisation de la culture, chacun pouvant en absorber la part qu'il choisit, pouvant même devenir un expert ou un

pp. 244-258. Ce même texte avait d'abord paru dans (1986) 28 *Technology and Culture* 544.

savant dans un champ particulier, parfois même restreint, du monde de la connaissance. La spécialisation à l'extrême est possible par suite de la richesse et de l'étendue du monde des connaissances développé par la technoscience.

Un double phénomène de même nature est aussi observable. Le premier réfère à l'oscillation des sociétés technologiques entre l'internationalisme et les nationalismes, une forme de balancement entre l'universalisme et le particularisme. De sa nature, la société technologique tend vers la mondialisation des marchés, des connaissances, des cultures. D'un autre côté, on y voit survivre et revivre des nationalismes multiples et qui connaissent même une vigueur nouvelle. Le second phénomène de même nature se retrouve dans l'oscillation des sociétés technologiques entre la poursuite de l'égalité sociale et l'accent mis sur l'élitisme et sur ce que, dans le monde scientifique et universitaire, on appelle maintenant la recherche de l'excellence. Au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, on a connu dans les sociétés occidentales, qui avaient combattu pour les valeurs de liberté et de démocratie, de grands courants de pensée qui insistaient sur la nécessité de démocratiser en profondeur toutes les structures de la société. C'est dans la foulée de ces courants de pensée que se sont engagées les grandes réformes des systèmes d'enseignement dans à peu près toutes les sociétés occidentales. On a alors mis l'accent sur l'égalité d'accès à tous les niveaux d'enseignement. L'émergence progressive de la société technologique au cours des dernières décennies a conduit à mettre toujours plus l'accent sur l'expertise, le rôle des experts, les industries de pointe, les recherches dans les secteurs de pointe. Évidemment, la mondialisation rapide de l'économie, la très vive concurrence sur le marché international, eux-mêmes des effets et des facteurs des sociétés technologiques, ont beaucoup contribué à cette valorisation des élites, aussi bien dans l'économie que dans la recherche et dans les systèmes d'enseignement.

III- LE DROIT DANS LES SOCIÉTÉS TECHNOLOGIQUES

Qu'en est-il alors du droit dans ce contexte des sociétés technologiques? Est-il, comme on le dit souvent, dépassé, déphasé par rapport aux avancées de la science et de la technologie?

Dans la foulée de Max Weber, on a surtout été habitué à traiter du droit dans ses rapports avec le capitalisme et la société industrielle. On a insisté sur le rôle du droit, par suite de sa propension à la rationalité, dans le processus de rationalisation des sociétés occidentales que Weber avait cru observer. Il y aurait eu aussi une nette convergence entre l'évolution des sociétés industrielles capitalistes et celle du droit rationnel et formel, pour reprendre les catégories de Max Weber. Mais quand il s'agit des sociétés technologiques contemporaines, avec leur accent sur le progrès de la technoscience, le droit s'est fait la réputation de traîner de l'arrière, d'être en retard sur les grands progrès des connaissances scientifiques et technologiques.

Il y a sans doute du vrai dans cette perception du droit. Il est par trop évident que le droit est à la remorque de certains changements technologiques, pour lesquels il est à la recherche de solutions appropriées. Mais n'en a-t-il pas toujours été ainsi devant tout progrès technique? Il est en effet dans la nature du droit de chercher des solutions aux problèmes lorsqu'ils se posent, au moment où ils apparaissent, en tenant compte de la manière et du contexte de leur apparition. C'est une perception faussée ou limitée des choses qui fait ne s'arrêter qu'aux supposés retards du droit sur le progrès scientifique et technique. Si l'on va au-delà de cette première perception des choses, elles nous apparaissent sous un autre jour.

La technologie et le droit ont en effet beaucoup en commun. Il n'est pas courant de les rapprocher l'un de l'autre; on pense même souvent à les opposer, ou à tout le moins à souligner l'ignorance et l'indifférence qu'ils ont eues l'un pour l'autre jusqu'à présent. En réalité, cette ignorance réciproque est bien moins grande qu'on se plaît parfois à le dire.

Dans leur nature même, la technologie et le droit ont en commun d'être tous les deux un discours régulateur, un discours fait de normes et de règles à observer, qui s'imposent par des décisions que l'on peut appeler «professionnelles». C'est un truisme de dire que le droit est fait de règles; cela paraît peut-être moins évident de la technologie. C'est pourtant le cas. On peut aisément distinguer trois grands types de règles qui constituent le noyau de la technologie. Le premier est celui des règles d'efficacité. La technologie est essentiellement axée sur la production d'effets, que ce soit de biens, de services, d'information. Cette production n'est possible que si des règles strictes sont établies, diffusées, connues et appliquées. Et plus la technologie est avancée, c'est-à-dire plus elle fait partie de ce qu'on appelle «la technologie de pointe», plus les règles d'efficacité à suivre sont précises et impérieuses. La construction du TGV français procède sur la base de règles bien plus précises et strictes pour la construction des rails et de tout le système de roulement que pour la construction des trains que l'on peut appeler traditionnels.

Le deuxième ensemble de règles concerne la sécurité, la protection contre les risques. L'introduction d'équipements techniques de plus en plus sophistiqués a créé de nouveaux risques pour la santé et la vie humaine. La vie paysanne n'était sans doute pas sans risque, mais l'ouverture de manufactures et l'arrivée de machines automatiques ont créé de nouveaux risques d'accidents dus, par exemple, au rythme de travail imposé aux travailleurs et travailleuses, à la fatigue, à la monotonie des tâches, aux incidents techniques. Pour parer à ces risques, des règles de sécurité s'imposent pour protéger les employé(e)s au travail, les consommateurs, le public en général et, découvre-t-on maintenant, la Nature elle-même. On voit aujourd'hui couramment que les règles de sécurité accompagnent les règles d'efficacité, au point qu'elles se confondent très souvent. Cette préoccupation du risque lié à la technologie est un thème dominant dans la

littérature scientifique et juridique sur la question¹³. Mais de tous les risques, celui qui a occupé le plus de place dans les préoccupations des sociétés contemporaines, et plus précisément des classes laborieuses, au cours des deux derniers siècles, c'est celui qui menaçait la main-d'oeuvre : risque de perte d'emploi, de chômage, de transfert de poste de travail, de déclin de certaines industries et de certaines catégories d'occupations. C'est là que le changement technologique a connu le plus de résistance, entraîné des grèves et des conflits sociaux et obligé à divers palliatifs de nature juridique.

Le troisième groupe de règles concerne la protection des droits de propriété. La technologie est faite d'une grande quantité de découvertes, petites et grandes, d'innovations, d'améliorations, de retouches. L'innovation est généralement le fruit de recherches, de longs travaux, d'expériences, d'une longue pratique d'un métier ou d'un travail. L'auteur de ces découvertes risque d'être frustré du profit qui peut en résulter; d'autres profiteront de son travail par la mise en marché d'un produit nouveau, par exemple, ou par l'accélération et l'amélioration dans la production de biens ou de services. Les règles juridiques ou déontologiques touchant la protection du droit de propriété intellectuelle appartiennent directement à la régulation destinée à régler ce type de problèmes.

On voit ainsi que le discours régulateur de la technologie et du droit se rencontrent et s'entremêlent. Et cela s'explique assez bien, si l'on revient aux valeurs évoquées plus haut dans le contexte des sociétés technologiques. Le droit et la technologie valorisent l'un et l'autre la rationalité et l'efficacité. Le droit et la technologie n'ont en quelque sorte pas d'autre sens que d'être efficaces. Des règles de droit, un système juridique sont essentiellement orientés vers un contrôle effectif des conduites individuelles et collectives. Certains théoriciens du droit ont pu soutenir que des lois et des règlements qui ne sont pas appliqués ne devraient pas être considérés comme faisant partie du droit. Quoi qu'il en soit de ce débat, on voit combien le droit et la technologie se rejoignent.

Il n'est donc pas étonnant que le droit soit hautement valorisé dans les sociétés technologiques avancées. On le sait, le droit n'a pas toujours bénéficié de la faveur populaire; les tribunaux et les juristes ont connu des périodes de mauvaise réputation. Les caricatures de Daumier exprimaient des sentiments largement partagés à son époque, pourtant bien peu éloignée de nous. En comparaison, le droit a gagné dans nos sociétés un prestige et un respect tel qu'il n'a connus qu'à certaines époques précises de l'histoire humaine. Cela est particulièrement vrai des sociétés technologiques occidentales. Cela l'est moins du Japon, par ailleurs, où l'on sait que la

¹³ Voir sur ce thème, par exemple, le numéro spécial de la revue *Daedalus* consacré au «Risk», vol. 119 (automne 1990), n° 4.

profession juridique est beaucoup moins nombreuse et présente que dans les sociétés occidentales. Mais ce serait là un cas spécial à étudier, compte tenu des traditions et de la culture du Japon, et aussi du type de société technologique qu'on y trouve. Et il n'est pas certain qu'il n'évoluera pas à cet égard dans le sens des sociétés occidentales.

Si l'on revient aux trois valeurs exposées plus haut comme facteurs d'émergence des sociétés technologiques, on peut dire que l'efficacité et la rationalité correspondent bien au droit. Ce n'est peut-être que la valorisation du changement qui y correspond moins bien. De lui-même, le droit n'est pas un agent de changement comme la science et la technologie peuvent l'être. L'esprit juridique est nécessairement plus attaché au passé, puisque le droit en dépend, que l'esprit scientifique qui se porte tout naturellement vers le changement et vers l'avenir. Mais l'histoire du droit, et particulièrement du droit contemporain, nous enseigne l'étonnante capacité des juristes et du droit à intégrer et incorporer les changements et finalement à les réguler comme le reste. On peut dire, par exemple, que le droit s'est parfaitement bien adapté à la mentalité de consommation évoquée plus haut comme un trait dominant de la société technologique. Le droit contemporain s'est mis au service tout autant des entreprises qui s'ingénient à encourager la consommation que des consommateurs qui ont besoin de protection à la fois contre ces entreprises et contre eux-mêmes.

On peut encore ajouter que le droit connaît les mêmes tendances et les mêmes tiraillements évoqués plus haut, que l'on observe dans les sociétés technologiques, entre la standardisation et l'individualisme. On peut même croire qu'il est au coeur de ce double mouvement. Le droit public sert à renforcer les pouvoirs de contrainte de l'État, de ses bureaucrates et technocrates; sur le plan international, le droit sert de voie de transmission des valeurs des sociétés technologiques les plus avancées, que ce soit par les échanges économiques ou par les pressions politiques. Par ailleurs, le droit garde plus que jamais sa vieille tradition individualisante; il se fait le porte-parole et même le porte-étendard du respect de la personne, de son identité et de ses droits. C'est ce que l'on observe aujourd'hui dans le grand courant juridique qui a porté et portera longtemps encore les Chartes contemporaines des droits et libertés.

CONCLUSION

Léon Dion a plusieurs fois, en diverses occasions, énoncé et rappelé les responsabilités sociales des juristes. Suivant son exemple et dans sa ligne de pensée, je voudrais conclure en soulignant deux de ces responsabilités qui me paraissent particulièrement graves. La première est de contribuer à ce que la société technologique ne cède pas à sa tentation naturelle de faire dominer les valeurs économiques sur toutes les autres, de ne juger de tout qu'en fonction de la production et de la consommation. S'il peut y avoir une dimension uniformisante de la société technologique, c'est bien celle

d'hypertrophier les fonctions économiques aux dépens de toutes les autres. Le droit et les juristes ne sont pas exempts de cette même tentation, il faut le reconnaître. Mais ils ont par ailleurs une longue tradition de rapports avec les valeurs culturelles, morales et même spirituelles dans laquelle ils peuvent puiser. Or, la science et la technologie moderne posent toute une série de nouvelles questions morales touchant la vie et la mort, la procréation et l'euthanasie, les menaces à l'environnement, les risques nucléaires. Ces questions sont adressées aux juristes, aux législateurs, aux tribunaux, car en l'absence d'un consensus moral, c'est à eux qu'on s'adresse maintenant pour régler des dilemmes moraux qui se présentent sous le vêtement du discours juridique. Il importe que le droit soit sensible aux valeurs, à leur rôle et à leur évolution, pour éviter de n'apporter que des réponses exclusivement économiques à des questions qui appellent des considérations d'ensemble.

En second lieu, il me semble que le défi des sociétés technologiques de l'avenir sera de maintenir et enrichir l'acquis démocratique. Les sociétés technologiques peuvent comporter des tendances soit totalitaires soit élitistes qui menacent les efforts de démocratisation que nos sociétés ont poursuivis au cours des deux derniers siècles et des récentes décennies. La société technologique risque de devenir un royaume des experts, des spécialistes, du personnel hautement qualifié et des technocrates planificateurs. Ici encore les juristes peuvent être tentés d'être du côté des experts. Mais ils devront ici aussi puiser dans leur traditionnel attachement à la justice pour rétablir l'équilibre entre la poursuite de l'excellence et la recherche de l'équité, entre les tendances à l'élitisme et les aspirations à la démocratie.

Bref, les sociétés technologiques d'aujourd'hui et de demain offrent au droit et aux juristes le défi de grandes tâches à accomplir.

CHAPITRE 5

TENSIONS ET COMPLÉMENTARITÉ ENTRE DROITS INDIVIDUELS ET DROITS COLLECTIFS*

Le thème de cet article est bien difficile et bien périlleux pour un sociologue. La raison en est que la sociologie n'a pas élaboré de discours, elle n'a pas de référence pour en traiter d'une manière autorisée. Ce sont les juristes qui ont en quelque sorte occupé tout le terrain de la discussion qui a porté sur les droits de la personne, les libertés fondamentales. Les Déclarations et les Chartes ayant été coulées en langage juridique, elles ont en conséquence donné lieu à une abondante littérature de la part des juristes. Au Canada tout particulièrement, la Charte canadienne et la Charte québécoise des droits et libertés — la première plus que la seconde — ont fait l'objet, au cours des dernières années, de nombreux colloques et de publications savantes, d'un grand nombre d'articles dans les nombreuses revues de droit, sans compter les arrêts des tribunaux qui s'accumulent rapidement. Et l'on constate que la sociologie est en dehors de toute cette activité. C'est donc avec beaucoup d'humilité et de prudence que je m'engage sur ce terrain. Je traiterai de la question non pas en juriste — ce que je ne suis pas — mais en sociologue.

Un intérêt croissant pour les droits et libertés de la personne

Partons d'un fait d'observation. On assiste depuis quelques décennies à un intérêt croissant pour les droits de la personne et les libertés fondamentales. Plusieurs facteurs ont contribué à cette conscience toujours plus aiguë touchant ces droits. L'un fut sans doute la Deuxième Guerre mondiale, qui a été menée au nom des valeurs démocratiques contre les fascismes. Au sortir de cette guerre, il a bien fallu se rendre compte que les pays dits démocratiques étaient souvent bien éloignés des idéaux du discours officiel. C'est, pour une part, ce qui explique les réformes de l'enseignement dans lesquelles se sont engagés à peu près tous les pays occidentaux, pour corriger des systèmes d'éducation demeurés très élitistes et basés sur l'inégalité d'accès.

Ce n'est pas un hasard que la Déclaration universelle ait été proclamé en 1948, précisément au sortir de cette guerre et pour annoncer une époque nouvelle, la construction d'un monde nouveau.

* Ce texte a initialement été publié dans : Rodrigue BÉLANGER (dir.), *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, coll. «Cahiers de recherche éthique», Saint-Laurent, Fides, 1991, p. 209.

Un second facteur se trouve sans doute dans la présence persistante de régimes totalitaires de droite et de gauche dans bien des pays du monde. Dans les pays soumis à ces régimes, les libertés sont gravement limitées ou ouvertement brimées. L'on y est témoin d'abus criants contre les personnes : emprisonnements arbitraires, enlèvements et disparitions, internements en cliniques psychiatriques, tortures et violences, simulacres de procès. Les excès de pouvoir de l'Ancien Régime, qui ont entraîné les révolutions des XVII^e et XVIII^e siècles au nom des libertés et des droits de la personne, paraissent même pâlir devant ceux dont on est aujourd'hui témoin.

Un troisième facteur tient sans doute à la montée du néo-libéralisme, sous sa forme libertarienne, voire anarchiste, qui s'est fait le protagoniste des libertés individuelles contre l'intervention croissante de l'État, les pouvoirs de la technocratie gouvernementale, les collectivismes de diverses natures. Le néo-libéralisme s'est fait le champion de la personne contre les pouvoirs publics, de l'initiative privée contre la planification de l'État, du marché contre le Plan, de la justice comme vertu personnelle contre une justice sociale imposée d'en haut.

Ces trois facteurs, parmi d'autres sans doute, me paraissent avoir été déterminants dans l'attention accordée dans notre pays aux droits de la personne. Mais il faut évidemment éviter de raccourcir indûment l'histoire. La préoccupation des droits de la personne n'est pas une question de décennies, mais de siècles et même de millénaires. Elle s'inscrit dans une longue tradition que l'on peut faire remonter principalement aux philosophes grecs de diverses écoles de pensée — surtout à partir de Socrate et de son «connais-toi toi-même» — également à l'héritage du christianisme. Plus près de nous et d'une manière plus directe encore, la fin du Moyen Âge par la voie de la Renaissance, avec précisément la re-découverte de la culture grecque, marque l'accent mis sur la subjectivité, l'importance du sujet pensant, son autonomie, sa conscience et, en termes religieux, son libre arbitre réhabilité par la Réforme protestante. Les philosophes des Lumières ont préparé l'idéologie politique et sociale qui allait motiver les Révolutions anglaises du XVII^e siècle, les Révolutions américaine et française du XVIII^e siècle.

L'accent mis sur la personne, ses droits et ses libertés, est un grand acquis de la civilisation. C'est peut-être en cela principalement qu'une société peut se dire civilisée et que des rapports sociaux que l'on appelle civilisés se distinguent d'un état de barbarie. Le «barbare» n'a de respect ni pour la vie ni pour les biens des personnes. On a raison de voir dans les Déclarations et les Chartes un grand pas en avant dans l'humanisation des sociétés et des rapports sociaux. On a raison, par conséquent, de saluer leur apparition comme un événement important, de les accueillir avec une certaine solennité et de les traiter avec respect. Ce sont là des gestes symboliques, rituels et cérémoniels, par lesquels les membres d'une société soulignent la valeur qu'ils accordent à des objets culturels privilégiés.

Cela dit, il importe par ailleurs de constater que ces droits et libertés de la personne ont été interprétés dans une optique principalement individualiste. On les invoque même contre les projets collectifs, parce qu'on considère que ces droits et libertés protègent avant tout la personne individuelle. Cette interprétation individualiste est accentuée plus encore du fait de leur judiciarisation. Car on peut aussi voir ici un autre facteur qui a favorisé ces droits, c'est l'extension prise par l'esprit juridique dans la culture moderne, la place qu'il occupe dans la mentalité de notre époque. Ce que l'on appelle l'État de droit, qu'on considère à juste titre comme un autre acquis de la civilisation, symbolise et réalise en même temps cette présence envahissante du droit et de l'esprit du droit dans les sociétés dites avancées. Or, le droit est très fortement empreint d'individualisme : il considère avant tout des personnes, dans leur filiation, leur statut civil, leurs rapports d'échanges. La judiciarisation des droits de la personne ne pouvait donc que peser plus encore dans le sens de l'interprétation individualiste des droits et libertés de la personne.

Droits de la personne et démocratie

C'est ici précisément qu'il faut, me semble-t-il, élargir la perspective et qu'il y a lieu d'adopter une vision que j'ose appeler sociologique. Le progrès des droits et libertés de la personne n'a pas été qu'une évolution de la pensée et de la philosophie, ni non plus qu'un phénomène juridique. Il s'inscrit dans une mutation sociale profonde, que j'identifierai comme étant marquée par les efforts faits en vue de l'implantation progressive de la démocratie. C'est au nom de l'aspiration à une société démocratique que les Révolutions du XVII^e et du XVIII^e siècle ont été menées, tout comme aussi les grands mouvements et les événements qui ont occupé le XIX^e siècle européen. Et c'est dans une société démocratique que l'on a espéré voir se réaliser les libertés et droits de la personne; la démocratie est d'ailleurs apparue comme le seul type de société où ces droits et libertés pouvaient avoir quelque chance d'être respectés. Cette grande idée perdure même après deux siècles.

Mais s'il est vrai que la liberté est une valeur, une composante essentielle de la démocratie, elle n'est cependant pas le tout de la démocratie. C'est en vertu d'une vue tronquée de la démocratie qu'on la ramène aux seules libertés de la personne. C'est aussi par une perception partielle — sinon partielle — des droits de la personne qu'on les réduit aux seules libertés fondamentales. En réalité, les droits dont la démocratie s'est voulue et se veut toujours le lieu privilégié de mise en oeuvre sont plus étendus, plus variés. Il y a en particulier trois autres ordres de droits qui appartiennent aussi à la tradition des Déclarations et des Chartes, qui viennent la compléter et qui sous-tendent les libertés individuelles. Il me paraît essentiel de les rappeler.

Le premier est le droit à l'égalité, ou peut-être plus exactement à l'égalité de traitement. Les Révolutions ont été animées par le désir de la

liberté, mais aussi par celui de l'égalité. C'est autant contre les inégalités de l'Ancien Régime que contre son arbitraire que l'on a voulu faire une société nouvelle. On proclamait non seulement l'avènement de la liberté du citoyen, mais aussi de l'égalité des citoyens. Il ne s'agissait évidemment pas de nier les inégalités existantes, mais on voulait qu'elles ne soient plus considérées comme inéluctables et permanentes, on refusait qu'elles soient héréditaires et se reproduisent indéfiniment.

C'est dans cette perspective que sont apparus ce qu'on a appelé les droits économiques, sociaux et culturels, c'est-à-dire ces droits en vertu desquels on espérait éliminer le déterminisme des inégalités, en ouvrant la porte à une certaine égalité dans l'accès aux biens économiques, sociaux et culturels. Ce sont, plus précisément, les droits à l'éducation, au travail, aux soins de santé, au logement, aux vacances, à un salaire décent. Les socialismes du XIXe siècle ont été le lieu d'élaboration de ces droits; les Déclarations des pays socialistes leur ont accordé une place prépondérante, bien plus que celles des nations bourgeoises qui ont été plus lentes à les accueillir et à leur accorder une reconnaissance juridique.

Le deuxième groupe de droits s'inscrit aussi dans la foulée de l'aspiration à l'égalité, mais il est d'une autre nature que le précédent. Ce sont les droits aux moyens de lutte. On considérait, avec raison, que sans ces droits la démocratie demeurerait un leurre, et les autres droits aussi, parce que, sans eux, les rapports de force dans la société rendent illusoire la protection des libertés et de l'accès à l'égalité. On range parmi les droits aux moyens de lutte les droits d'association, de manifestation et de réunion. Ce sont ces droits qui protègent les moyens d'action collective organisée, essentiels à l'équilibre des forces. Il en va de même de la liberté de la presse et de la liberté de parole. On le sait, ces droits sont les premiers à être supprimés lorsque s'instaure un régime totalitaire. Ce sont précisément les premiers droits que réclament les contestataires dans ces régimes.

Ces deux ensembles de droits — les droits économiques et sociaux et les droits aux moyens de lutte — ont été acquis par des revendications et des luttes populaires. Ils ne sont l'acquis des nations bourgeoises que parce qu'ils ont été gagnés de haute lutte par ces couches de la société qui étaient aliénées à l'intérieur des nations bourgeoises.

Un troisième groupe de droits peut être identifié: celui des droits nationaux. Il s'exprime particulièrement dans le droit des peuples à leur autodétermination ou à leur indépendance. La Déclaration américaine d'indépendance a été la première formulation explicite et officielle de ce droit. Il a été repris par les pays en voie de décolonisation après la Deuxième Guerre mondiale. Il a été proclamé par la Conférence afro-asiatique de Bandoeng en 1955 et reconnu par l'article 1 du Pacte international des Nations Unies de 1966.

La notion de droits collectifs

Ces trois ensembles de droits appartiennent tout autant à la tradition et à la nature des libertés et des droits fondamentaux que la liberté de la personne individuelle. Mais on considère souvent qu'ils s'en distinguent, sans doute parce qu'ils n'ont pas puisé aux mêmes sources d'inspiration et qu'ils mettent l'accent sur d'autres dimensions des droits et libertés. C'est précisément pour les distinguer qu'on les désigne assez souvent sous le vocable de droits collectifs. Mais on voit tout de suite combien cette expression peut être ambiguë; en réalité, elle n'est pas univoque, mais plutôt polysémique. Suivons ici notre collègue Pierre Carignan, qui est allé le plus loin dans l'analyse de ce que l'on peut entendre par les droits collectifs¹.

Prenant la précaution de dire que, dans son étude, «la notion de droit collectif est envisagée par rapport à l'ordre juridique positif»², P. Carignan réfléchit en juriste, à l'intérieur du cadre du droit formel. Ayant ainsi délimité le champ de son exploration, P. Carignan note qu'«il ne faudrait pas croire que la notion de droit collectif est monolithique»³. Il découpe deux grands types de droits collectifs, comportant chacun des divisions. Le premier est composé par ce qu'il appelle les droits qui sont collectifs «en raison de leur attribution à une collectivité». Entrent ici les droits que peuvent exercer des personnes en tant que membres, par exemple, d'un syndicat, d'une chambre de commerce, c'est-à-dire de groupements ou d'associations que le pouvoir politique a reconnus comme des collectivités dont les membres jouissent de certains droits. Ces droits peuvent être susceptibles d'une mise en oeuvre collective, comme dans le cas d'une négociation collective; ils peuvent aussi «être susceptibles de mise en oeuvre individuelle. Ainsi le droit conféré aux membres d'une minorité de communiquer avec l'Administration dans leur langue est collectif, parce qu'attribué à des individus en tant que membres d'une minorité»⁴. Le second type comprend les droits qui sont collectifs «de par la nécessité d'une mise en oeuvre collective»⁵. Comme exemples de ce second type, citons le droit d'association, de réunion, de manifestation, de même que le recours collectif.

Comme on le voit, la notion juridique de droits collectifs, même si elle peut paraître complexe, est bien réelle. Contrairement à ce qu'on croit ou

¹ Pierre CARIGNAN, «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec», (1984) 18 *R.J.T.* 1. Reproduit dans la *Charte canadienne des droits et libertés : concepts et impacts*, Montréal, Éditions Thémis, 1985.

² *Id.*, 5.

³ *Id.*, 13.

⁴ *Id.*, 13.

⁵ *Id.*, 38.

affirme parfois au sujet de cette catégorie de droits, elle n'est pas floue, ni imprécise; elle est au contraire très nettement délimitée en droit. Ainsi que l'affirme le professeur Carignan, il est vrai que «la notion est étendue. Néanmoins, pour vaste qu'elle soit, la notion n'en est pas moins maniable comme instrument d'analyse, parce qu'elle est précise, cohérente et divisible»⁶. Et il explicite en quel sens précis il emploie ces trois adjectifs.

Ayant ainsi identifié les droits collectifs, on constate que le discours courant distingue entre droits collectifs et droits individuels et qu'il arrive même qu'il les oppose. Quelles relations peut-on donc établir entre eux? Y aurait-il une hiérarchie, un ordre de priorité? C'est la question que l'on se pose souvent, à laquelle je vais tenter de répondre.

Revenons à la démocratie comme utopie

Je crois personnellement que la réponse à la question se trouve dans la conception que l'on se fait de la démocratie. Je rappelais plus haut que l'histoire contemporaine des droits de la personne est imbriquée dans l'histoire de la démocratie. Et c'est dans ce même contexte qu'il faut réfléchir aux rapports entre droits individuels et droits collectifs.

La démocratie représente une des plus grandes et des plus belles utopies de notre époque. Et je n'emploie pas du tout le terme utopie dans un sens péjoratif; je le prends au contraire dans un sens positif, pour signifier un idéal que l'on poursuit activement tout en sachant qu'il n'est réalisable que de manière imparfaite, approximative. En regard de la démocratie, on peut dire que les sociétés de l'Ancien Régime étaient des sociétés «réalistes»: elles reconnaissaient qu'il y avait des inégalités sociales, elles les considéraient soit comme inscrites dans un plan divin, soit comme inhérentes à la nature des choses. Le droit de ces sociétés était essentiellement inégalitaire et ne s'en cachait pas. Tout reposait dans la filiation et celle-ci avait des conséquences inéluctables et intangibles.

La démocratie se présente comme une utopie dans la mesure où, tout en reconnaissant l'existence d'inégalités sociales, elle aspire à les corriger ou à tout le moins à les réduire ou à en minimiser les conséquences. Et tout en poursuivant ce but, l'idéal démocratique prétend sauvegarder et respecter la liberté des personnes. En d'autres termes, on cherche, dans la démocratie, à réaliser à la fois l'égalité et la liberté, à marier les deux idéaux. On sait pourtant que l'accent mis sur la liberté risque de compromettre la poursuite de l'égalité, et que les moyens auxquels on recourt pour favoriser l'égalité peuvent requérir de restreindre certaines libertés. Le côté utopique de la démocratie apparaît dans le fait qu'elle prétend, malgré les contradictions, réaliser efficacement ce double but.

⁶ *Id.*, 44.

Opposition et tensions entre droits individuels et collectifs

Ici précisément se fait la démarcation idéologique ou philosophique entre les deux grandes écoles de pensée qui s'affrontent, invoquant l'une et l'autre les vertus de la démocratie : la conception libérale (ou néo-libérale) et la conception sociale-démocrate. La première met l'accent sur la liberté des personnes, comptant que les règles du jeu, les contraintes de l'efficacité et aussi les valeurs morales vont engendrer une société dans laquelle la prospérité et la paix sociale profiteront à tous. Ainsi, sans poursuivre activement l'idéal impossible de l'égalité, on peut espérer minimiser les inégalités. Cette école de pensée valorise les droits de la personne individuelle et regarde avec une sympathie pour le moins mitigée les droits économiques et sociaux.

L'école sociale-démocrate privilégie la poursuite de l'égalité, ou peut-être plus exactement la lutte contre les inégalités. Elle est persuadée que cet objectif ne peut être atteint sans l'intervention du pouvoir politique. Ne favoriser que les libertés sans la recherche de l'égalité n'aboutit qu'à renier celle-ci. La liberté des personnes peut ainsi connaître des limites, celles qu'impose la poursuite de l'égalité tout particulièrement. Un certain bien commun ne peut être acquis sans que des restrictions aux libertés soient imposées : il faut accepter ces restrictions, dans la mesure où elles respectent la dignité de la personne.

On le voit, ces deux écoles de pensée ne sont pas des philosophies abstraites. Elles correspondent à ce qu'on peut appeler deux projets de société et à deux ordres de valeur. Par conséquent, la réponse à la question posée dans le titre s'inscrit dans ce contexte, c'est-à-dire plus précisément dans le débat qui oppose deux idéologies sociales et politiques, deux modèles de société. Par ailleurs, si ces idéologies ne sont pas des philosophies abstraites, elles relèvent en définitive du débat philosophique sur la nature de l'être humain et de la Cité dans laquelle il doit vivre, débat qui remonte à Socrate lorsqu'il a proposé au philosophe de porter son attention non plus sur les éléments premiers du Cosmos mais sur le penser et l'agir de l'être humain.

Mais le fait de présenter les choses comme l'objet d'un débat a comme conséquence qu'on polarise les positions et qu'on les caricature dans une certaine mesure. C'est ce que j'ai fait en identifiant le libéralisme aux seuls droits de la personne individuelle et la sociale-démocratie à la primauté des droits économiques et sociaux. Une fois engagé sur cette voie, on semble devoir à tout prix choisir entre soit la primauté des droits individuels, soit celle des droits collectifs.

C'est ici que se placent les tensions entre les deux formulations de droits. Il est des circonstances où le respect invoqué des droits de la personne paraissent en conflit ouvert avec des droits d'une collectivité. Cette tension se vérifie bien des fois dans les relations de travail; on la vit

également au plan sociétal, entre la protection des droits de chaque personne et la réalisation d'un projet collectif, qui peut être national ou social-démocrate. Ces tensions existent dans toutes les sociétés, dans certaines sans doute plus qu'en d'autres. Il ne s'agit pas de les nier, ni de vouloir les gommer. On doit y faire face; c'est la responsabilité d'une réflexion éthique accrochée aux exigences de la vie contemporaine. Et c'est dans cette perspective de la reconnaissance des tensions existantes que cette réflexion éthique doit aussi chercher en même temps à rechercher la complémentarité entre ces deux ordres de droits – individuels et collectifs – et les modalités de leur coexistence.

La complémentarité nécessaire des droits individuels et des droits collectifs

Car telle est, à mon avis, la véritable optique à adopter, celle de la complémentarité des droits individuels et des droits collectifs, à travers les tensions indéniables qui peuvent exister entre les deux. En effet, les droits et libertés de la personne individuelle sont un leurre pour une forte proportion de la population s'ils ne prennent appui sur des droits économiques et sociaux. On doit en effet reconnaître qu'au point de départ dans la vie, une génération est composée d'un ensemble d'individus ayant des chances bien inégales. Biologiquement bien sûr : le bagage héréditaire et le programme génétique varient pour chacun, en favorisent certains, en défavorisent d'autres. Socialement aussi : certains naissent dans un milieu et des conditions qui défavorisent l'accès aux services, que la distance soit géographique, économique ou culturelle, alors que d'autres reçoivent tout cuit ce qu'ils n'ont ni gagné ni mérité. Sans des interventions postérieures à la naissance, pour répartir d'une manière plus équilibrée les chances d'accès aux services, sans une aide ou un support extérieurs, les droits et libertés de la personne risquent d'être lettre morte pour tous ceux qui ont des handicaps biologiques ou sociaux de départ. Les droits collectifs apparaissent ainsi, comme le dit le juriste français Jean Rivero, «des moyens nécessaires à la satisfaction des droits de l'homme»⁷.

D'un autre côté, il ne faut pas non plus hypostasier les droits collectifs aux dépens des droits des personnes. Ils sont des «moyens», comme on vient de le dire; c'est verser dans une forme de totalitarisme que de les considérer comme des fins, de faire de la raison d'État ou de l'intérêt national, ou de l'intérêt d'un groupe, d'une classe, d'une couche de la société, la fin à poursuivre, l'objectif à réaliser. Il ne faut pas plus absolutiser la collectivité et les droits collectifs que la personne et les droits individuels.

⁷ Jean RIVERO, «Les droits de l'homme : droits individuels ou droits collectifs?», (1980) 32 *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques politiques et sociales de Strasbourg* 24.

Il faut le reconnaître : ce n'est pas le courant de pensée collectiviste qui est le plus menaçant en ce moment dans notre société. La vague néo-libérale pousse plutôt dans le sens opposé. L'idéologie libertarienne et anarchiste prône la primauté des droits de la personne et la minimalisation du pouvoir politique et des interventions de l'État. Ce sont les droits collectifs qui ont présentement mauvaise presse. On a réussi à les identifier soit à l'intolérance et à l'oppression de la part de la majorité, soit à tous les travers de l'État bureaucratique, nécessairement qualifié d'incompétent et nuisible. J'aime bien la conclusion pondérée de Pierre Carignan, dont je cite une dernière fois l'article : « Certes les individus n'existent pas pour les groupes et ces derniers doivent être au service des premiers. Mais l'homme, animal social, a besoin, pour s'épanouir, d'agir au sein de groupes. En faisant une place aux droits collectifs, la théorie du droit n'assujettit pas l'homme au groupe, mais elle tient compte du fait que les créateurs de normes, en les élaborant, peuvent se préoccuper de la dimension sociale de l'homme.»⁸

CONCLUSION

À quelle conclusion nous mène alors cette optique d'une complémentarité des droits individuels et des droits collectifs?

La principale conclusion qui en ressort, c'est que, puisqu'il y a complémentarité, la solution réside dans une éthique active, dynamique, c'est-à-dire qui considère les différents éléments d'une situation et qui pose un jugement que la philosophie thomiste appelait « prudentiel ». La vertu de Prudence est ici définie comme la vertu de l'agir éclairé et sincère qui recherche la plus grande vérité dans la praxis.

On peut donc dire sans crainte qu'il se trouve des conditions et des circonstances où des droits collectifs peuvent primer des droits individuels — sans les opprimer, si l'on me permet ce jeu de mot facile mais cependant significatif. Donner une certaine préséance à des droits collectifs ne signifie pas qu'on méprise pour autant les droits de la personne. Ce doit même être parce qu'on les respecte profondément et d'une manière authentique. Ainsi, la protection d'un environnement menacé appelle l'exercice de droits collectifs — un recours collectif, par exemple, ou une législation restreignant la liberté d'entreprises — qui ont comme effet de réduire l'exercice du droit individuel de la propriété privée.

En matière d'éthique, je ne suis pas du tout platonicien. Je ne crois pas en l'existence de normes pré-établies, extérieures à nous, pré-formées, résidant dans un certain univers de séjour, d'où il faut les extraire en levant les yeux vers le rayon de lumière qui viendrait jusqu'à nous dans les ténèbres

⁸ P. CARIGNAN, *loc. cit.*, note 1.

de notre caverne. Je crois plutôt qu'il nous faut chaque jour découvrir et faire le juste, le vrai, le bien au milieu des accidents et des contingences de l'action, de la vie quotidienne, en nous interrogeant sans cesse sur nos motivations, sur les fins que nous poursuivons et les moyens que nous utilisons. Dans cette perspective, l'option entre les droits individuels et les droits collectifs ne doit avoir un caractère ni absolu ni définitif, mais faire plutôt l'objet d'un jugement prudentiel dans chaque situation, chaque conjoncture. Tout ce qu'on peut affirmer d'une manière absolue, c'est que la société est faite pour la personne, non la personne pour la société. Mais une affirmation aussi générale ne fait pas beaucoup progresser, si elle n'est pas complétée par l'idée de la complémentarité entre droits individuels et droits collectifs. En vertu de celle-ci, chaque option se caractérise par le fait qu'on met l'accent un peu plus sur un type de droits que sur l'autre. Il en résulte qu'il est normal que, dans des conjonctures particulières, tous les intéressés n'accordent pas la priorité aux mêmes droits. L'acte prudentiel n'est pas exempt de débats, car il est finalement le fruit d'une recherche faite de tâtonnements et d'hésitations, de discussions et d'argumentations.

Une telle vision éthique fait pleinement confiance à l'être humain, à son autonomie morale en même temps qu'à sa capacité à s'orienter d'une manière morale. Elle incarne le vrai défi de l'humaine condition.

CHAPITRE 6

DROITS, LIBERTÉS ET POUVOIRS : DANS QUELLE DÉMOCRATIE?*

Ce colloque de notre Association représente un moment important. Il marque un nouvel intérêt des sociologues et anthropologues québécois pour le droit et les droits et il contribuera, pouvons-nous espérer, à accentuer un retour depuis longtemps souhaité à l'analyse des rapports complexes entre le droit et les autres institutions et structures des sociétés humaines. Rappelons-le dès le départ : le droit, aussi bien que la philosophie et l'histoire, a présidé à la naissance de la sociologie. L'oeuvre qu'on peut considérer comme le premier grand traité de sociologie, *De l'Esprit des lois* de Montesquieu, fut en même temps le premier traité de sociologie du droit. L'on sait que Karl Marx, pour sa part, a étudié le droit et fait son doctorat en philosophie du droit. Ses premiers écrits avaient un caractère nettement juridique et le droit a occupé une place qui est loin d'être négligeable dans l'ensemble de son oeuvre. Max Weber était également un juriste. D'avoir négligé ce fait a peut-être entraîné des interprétations erronées ou à tout le moins biaisées, comme certains le soulignent maintenant¹. Les longues pages de définitions dans lesquelles s'accrochent les sociologues qui entreprennent la lecture d'*Économie et société* témoignent du souci qu'avait Max Weber, comme tout bon juriste de son époque et d'aujourd'hui, de donner au départ le sens précis des termes qui seront employés dans la suite de l'exposé. La place centrale de la sociologie du droit dans la pensée de Weber n'a été perçue que lentement et tardivement². Il fallut un certain temps à Talcott Parsons, le principal importateur et interprète de Weber aux États-Unis, pour reconnaître que l'analyse du droit occupait une place plus centrale que celle de la religion dans la démarche de Weber. Ce sont d'ailleurs des juristes bien plus que des sociologues qui, aux États-Unis, ont fait connaître et ont utilisé la sociologie du droit de Weber. Quant à Durkheim, s'il n'était pas lui-même un juriste, il était très sensible aux institutions juridiques, un fait qui a été parfois attribué à ses origines juives.

* Ce texte a initialement été publié dans : Jocelyne LAMOUREUX (dir.), *Droits, liberté, démocratie*, Actes du Colloque international de l'Association canadienne des sociologues et anthropologues de langue française, mai 1989, Montréal, ACFAS, 1991.

¹ Wilhelm HENNIS, *Max Weber. Essays in Reconstruction*, Londres, Allen and Unwin, 1988, pp. 200 et 201.

² Guy ROCHER, «La réception de l'oeuvre de Max Weber dans la sociologie du droit aux États-Unis», (1988) 9 *Droit et société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* 255; *infra*, p. 205.

L'*Année sociologique* qu'il a dirigée pendant plusieurs années a toujours consacré une importante section à la discussion des ouvrages de droit, et cette tradition s'est maintenue jusqu'à nos jours. Rappelons enfin les contributions majeures de Georges Gurvitch à la sociologie du droit — même si elle n'a pas été appréciée à sa juste valeur, particulièrement par les juristes³.

Pour diverses raisons, qui tiennent tout à la fois de l'idéologie, de l'ignorance et de certains courants philosophiques et méthodologiques, la sociologie contemporaine et l'anthropologie se sont désintéressées du droit, au point que celui-ci n'occupe aucune place ni dans les oeuvres des théoriciens modernes comme Alain Touraine, Anthony Giddens, Michel Foucault, ni dans la sociologie de l'État comme celle de Pierre Birnbaum, ni dans la sociologie des organisations, comme celle de Michel Crozier, ni enfin dans les recherches empiriques. Certains ont cherché à expliquer le «mystère» de ce silence de la sociologie sur le droit⁴. Je voudrais pour ma part évoquer une hypothèse, à savoir que le discours des sciences sociales n'échappe pas plus que celui de chaque être humain à des phénomènes d'auto-censure et de refoulement — dans le sens précis que la psychanalyse a donné à ces deux termes. Des objets d'étude, des thèmes demeurent inexplorés ou tombent dans l'oubli parce qu'ils sont repoussés dans un certain univers subconscient ou inconscient. Et cela, sans doute, en raison du malaise ou de l'inconfort moral ou intellectuel que ressentent les chercheurs d'une époque donnée à les approfondir. Il me semble que le droit nous offre un beau cas qui mériterait d'être exploré sur le divan d'un analyste! Je rejoins ici ce que dit Pierre Legendre, à la fois juriste, psychanalyste et, j'ose dire, sociologue : «L'oubli a sa fonction dans l'humanité, et l'élimination du juridique comme noyau de la culture (dans le discours des interprètes de notre temps) ne saurait avoir que de très bonnes raisons.»⁵

Ne craignez rien, ce n'est pas mon intention d'entreprendre ici une psychanalyse des sciences sociales. Sans aller si loin, je crois qu'il serait cependant utile de commencer par expliciter un certain malaise que le droit provoque chez les sociologues et les anthropologues.

³ Jean-Guy BELLEY, «Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique», (1986) 4 *Droit et société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* 353.

⁴ Talcott PARSONS, «Law as an Intellectual Stepchild», (1977) 47 *Sociological Inquiry* 11; Ted R. VAUGHAN et Gideon SJOBERG, «Human Rights Theory and the Classical Sociological Tradition», dans Mark L. WARDELL et Stephen P. TURNER (dir.), *Sociological Theory in Transition*, Boston, Allen and Unwin, 1986, p. 127.

⁵ Pierre LEGENDRE, *Le désir de politique de Dieu. Étude sur les montagnes de l'État et du Droit*, Paris, Fayard, 1988, p. 17.

Les ambiguïtés du droit et des droits

En effet, le droit peut être déroutant pour le sociologue et l'anthropologue qui l'abordent, principalement à cause des ambiguïtés et contradictions que présente le droit. Ces ambiguïtés et contradictions du droit sont nombreuses. Il me semble qu'on peut cependant les regrouper en trois types : les contradictions qui tiennent à la nature du droit, celles ensuite qui relèvent des orientations idéologiques du droit, celles enfin qui touchent aux rapports entre le droit et la société. En ce qui a trait d'abord à la nature du droit, la première contradiction que rencontrent le sociologue et l'anthropologue est l'absence d'une définition claire du droit de la part des juristes, qui sont pourtant sans cesse préoccupés de définitions. En effet, les juristes, qui prennent tant de soin pour s'entendre sur la définition des objets et sujets de droit, n'ont jamais pu s'accorder sur la définition du droit lui-même. Il en existe de nombreuses, mais aucune qui fasse consensus. Le droit se révèle ainsi au sociologue et à l'anthropologue comme une réalité mouvante, multiple, souvent insaisissable dans la pluralité de ses manifestations. Cela explique pour une part que le droit puisse être trompeur et qu'il puisse aussi être interprété de manières bien diverses. Mais le droit est aussi d'une nature ambiguë parce qu'il peut être singulier et pluriel, comme on le constate dans l'énoncé du thème de ce colloque : le droit, les droits. Au singulier, le droit réfère principalement à un ensemble de normes ou de règles posées dans les lois, les règlements, les arrêts des tribunaux, les contrats. Au pluriel, les droits qu'on évoque sont généralement les droits subjectifs, ceux qu'une personne ou un groupe se juge autorisé à réclamer, en vertu du droit positif ou de coutumes reconnues. Mais pour certains chercheurs, qui n'ont d'ailleurs pas été étrangers aux origines de la sociologie du droit, le pluriel désigne encore autre chose : à savoir que le droit énoncé et sanctionné par les organismes de l'État n'est qu'un des droits possibles et existant dans la société, «qu'il existe au sein d'une société une pluralité de cadres sociaux où se manifestent des phénomènes de droit, que cette société soit caractérisée ou non par l'État»⁶. On rejoint ici la thèse du juriste italien Santi Romano sur la pluralité des «ordres juridiques»⁷.

Au point de vue de ses orientations idéologiques, le droit est encore plus contradictoire. Il peut être à la fois répressif et libérateur, producteur d'inégalités et inspiré du désir d'égalité, dépersonnalisant du sujet de droit et dispensateur des droits de la personne, d'esprit essentiellement matérialiste et en même temps inspiré par les conceptions les plus élevées de la Nature humaine, profondément conservateur et même réactionnaire dans sa

⁶ Jean-Guy BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11, 12.

⁷ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975; Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91.

conception de la société et de la personne et quand même constamment ouvert au changement et même à certains égards avant-gardiste. Le droit est aussi à la fois clarté et ombre : clarté par les règles qu'il énonce avec une précision souvent méticuleuse, et ombre par la fonction mystificatrice qu'il remplit en occultant les rapports de pouvoir dont il est le produit et dont il est producteur.

Enfin, dans ses rapports avec la société, le droit comporte un grand nombre de contradictions. Par exemple, il peut être perçu comme étant, de sa nature même, une institution essentiellement liée à la société bourgeoise et capitaliste, comme l'a voulu une certaine analyse marxiste, et être pourtant adaptable à toute société, à toute idéologie. En d'autres termes, le droit est un phénomène inhérent à des conditions de domination de classe, et il est aussi doté d'un caractère universaliste. Contradiction enfin entre l'image que donne le droit d'être une institution de l'ordre social établi, d'être un facteur de résistance au changement et en même temps d'avoir été affecté par les changements sociaux et culturels et d'avoir été porteur de ces changements, à telle enseigne que la question se pose de savoir si le droit suit le changement ou si le droit n'est pas aussi un agent de changement, un moteur de changement.

Toutes ces contradictions sont de nature à dérouter le sociologue et l'anthropologue et ont pu contribuer à les détourner du droit. Pourtant, ce sont ces contradictions même qui devraient attirer notre attention sur le droit. Car elles témoignent précisément que le droit n'est pas que pure logique ou pur savoir, mais qu'il est aussi et avant tout un produit social; que le droit et les droits sont imbriqués dans des rapports de pouvoir, qu'ils sont à la fois effet et cause d'une certaine conception de la société. C'est précisément parce qu'ils ont ce caractère à la fois fuyant et stable, clair et ambigu, simple et complexe que le droit et les droits sont intéressants pour le sociologue et l'anthropologue. C'est parce qu'ils sont posés entre les valeurs et les intérêts et qu'ils oscillent entre la répression et la libération, que le droit et les droits appellent une analyse démystifiante.

Droit et démocratie

Ce n'est pas par hasard que ces contradictions éclatent tout particulièrement dans le cadre des sociétés démocratiques. C'est que droit et démocratie sont étroitement liés et que les contradictions de la démocratie se retrouvent dans le droit, tout comme on peut aussi affirmer l'inverse. La démocratie se veut un État de droit et même une société de droit, en d'autres termes un système social où les pouvoirs sont limités par le droit, où l'État se reconnaît contraignable par le droit qu'il fait et où le citoyen est censé jouir d'un égal accès à la connaissance et à la jouissance du droit, quels que soient son statut et sa fortune. La société démocratique reconnaît au droit une place privilégiée; elle lui accorde un respect qu'on ne trouve pas dans les sociétés

totalitaires, où le droit est généralement un instrument du pouvoir, qui se plie aux exigences du pouvoir et aux impératifs de la raison d'État.

Tels sont, du moins, les principes officiellement reconnus régissant la démocratie et son droit. La pratique est — on le verra — plus ou moins en accord avec cette image. Et une des raisons de cette divergence entre le discours officiel et la réalité réside dans le fait que la démocratie n'arrive pas à accorder sa quête de liberté pour chacun et d'égalité pour tous. Les intentions libérales et égalitaires demeurent toujours conflictuelles. Et ce conflit s'est parfaitement bien reflété dans les mutations qu'a connues le droit des pays occidentaux depuis le début du XX^e siècle.

Le droit des sociétés occidentales a connu deux grandes mutations. Il n'est peut-être pas exagéré de parler de deux révolutions; en tout cas, on peut sans conteste parler de virages. Et ces deux virages sont importants à analyser pour la sociologie, car ils éclairent les contradictions que je viens d'énoncer. Et cette analyse permet du même coup de mieux situer les rapports entre le droit et la société.

La mutation socialisante du droit

Le premier virage a été d'inspiration socialisante; il a pris son élan dans les années 1930, à l'occasion de la grande crise économique. Du point de vue juridique, il a été marqué par l'inflation du droit public, c'est-à-dire de tout ce droit qui concerne les activités de l'État et les rapports entre les citoyens et l'État. Cette mutation du droit se mesure particulièrement quand on compare le programme des études en droit des années 1940 et celui d'aujourd'hui. À cette époque, la place centrale des cours était occupée par le droit civil, dont l'enseignement était centré sur le Code civil et la procédure civile, que suivait de loin le droit criminel et de plus loin encore quelques cours mineurs de droit public, tels le droit scolaire (comme on l'appelait à l'époque) et le droit du travail. Aujourd'hui, les professeurs de droit civil n'ont plus que la portion congrue, à telle enseigne qu'ils se demandent si le droit civil existe encore et surtout quelle survivance lui réserve le proche avenir. Presque tout l'espace est maintenant occupé par une grande diversité de cours de droit public : au droit de l'éducation et du travail, qui sont eux-mêmes devenus des cours considérables, s'est ajoutée une vaste série d'enseignements sur le droit de la santé, de l'environnement, de l'eau, des communications, le droit urbain, le droit fiscal, le droit administratif, et j'en passe.

Cette rapide croissance du droit public est évidemment une des conséquences des gains obtenus par les syndicats et les organismes représentant divers groupes défavorisés. Au XIX^e siècle, l'État libéral n'était pas inactif, contrairement à l'image qu'en veut donner un certain libéralisme ou le néo-libéralisme : il intervenait en faveur des entreprises et des grands capitalistes, pour leur faciliter l'accumulation du capital. Mais le droit n'était pas affecté : ces interventions ne passaient pas par le législateur. La

transformation de l'État libéral en État-providence a exigé tout un train de nouvelles législations. La question se pose de savoir dans quelle mesure le droit n'a fait que suivre le mouvement interventionniste de l'État ou s'il n'y a pas aussi participé. Le cas américain est ici intéressant, car il montre comment l'évolution du droit fut un facteur essentiel de l'évolution de l'État. En effet, les premières grandes législations sociales du président Roosevelt pour parer à la crise économique du début des années 1930 furent toutes déclarées inconstitutionnelles par une Cour suprême composée de juges conservateurs qui invoquaient le fait que l'État outrepassait sa compétence en s'ingérant dans les politiques économiques et le champ du bien-être social. La Cour suprême réussit à bloquer pendant quelque temps les réformes sociales voulues par le pouvoir politique. Il fallut attendre l'arrivée de juges favorables à l'esprit de ces législations nouvelles pour connaître les effets du New Deal du président Roosevelt. La mutation du droit fut donc un élément essentiel à la mutation de l'État et de ses politiques.

Le trait qui caractérise ce virage, c'est la montée de ce que l'on appelle «les droits économiques et sociaux». D'une manière souvent hésitante, avec bien des faux pas et des retours en arrière, le droit a évolué dans le sens de la démocratie sociale, inspirée par une certaine idée de justice distributive. Ce n'est évidemment pas par générosité, faut-il le dire. La crainte que les socialismes montants ont inspirée aux démocraties bourgeoises, la pression exercée par les syndicats et les associations ouvrières, les mouvements populaires, les revendications féministes et finalement les grèves et certaines révoltes populaires ont en quelque sorte forcé la main aux législateurs et aux tribunaux. Il fallait progressivement concéder une certaine redistribution des richesses pour sauver la démocratie libérale. Le droit a servi de médium à cette évolution; il est devenu porteur d'une intention d'égalité sociale, d'égalité d'accès aux biens et services dispensés par l'État et ses organismes.

La mutation personnaliste du droit

Le second virage est marqué par le mouvement qui s'est progressivement répandu de protection des droits et libertés de la personne. Protection contre qui? Paradoxalement, protection d'abord contre l'État. Devenu interventionniste en faveur de la justice et de l'égalité, l'État peut du même coup être injuste, arbitraire, animé de préjugés, tracassier, harcelant. La personne isolée est démunie contre l'action d'un État tout-puissant, sa défense peut être inefficace contre une bureaucratie dépersonnalisée où la responsabilité se perd dans les arcanes du pouvoir. Protection également contre tous les autres pouvoirs, principalement économiques, qui peuvent écraser l'individu, qu'il s'agisse d'un employeur ou d'une profession ou d'une église, voire d'un syndicat de travailleurs qui en protège certains aux dépens d'autres.

Mais ce n'est pas que de protection qu'il s'agit, mais aussi d'affirmation de droits et de libertés. Les Chartes ont proclamé des droits et des libertés

dont peuvent se réclamer les personnes. Soit qu'il s'agisse — et la distinction est importante — de droits et de libertés attachés à la personne : liberté de parole, droit au respect de la dignité personnelle, soit qu'il s'agisse des droits économiques et sociaux qui engendrent une responsabilité de la part principalement de l'État : droit au travail, à l'éducation, aux services de santé, à des vacances.

Ces deux virages successifs, qui se sont produits à peu de distance l'un de l'autre, portent une empreinte différente. Le premier témoignait d'une inspiration sociale : celle d'une meilleure allocation des richesses, d'une plus grande égalité pour tous. Le second est d'inspiration plus individualiste, ou peut-être devrait-on dire personnaliste : s'il ne nie pas les préoccupations d'égalité, il met davantage l'accent sur la défense des libertés de la personne. On n'a pas tort de voir dans ce double virage un mouvement croisé où le second peut paraître revenir sur certains acquis grâce au premier et les menacer. Ainsi, au nom des droits de la personne, des mouvements d'action positive («*affirmative action*») se voient compromis. On découvre une fois de plus que la démocratie ne réconcilie pas facilement la poursuite de l'égalité et la recherche de la liberté. Des antinomies s'élèvent entre les deux : l'égalité exige de limiter certaines libertés — particulièrement celles de la minorité de personnes et de groupes qui a le pouvoir de jouir de droits et de libertés aux dépens de la majorité. On assiste de même à la confrontation de droits et de libertés : les fumeurs s'opposent, au nom de leur liberté, aux restrictions qu'on leur a imposées, tandis que les non-fumeurs réclament ces mêmes restrictions au nom de leur droit à la santé.

Les droits de la personne : conquête et mystification

Ce qui ajoute aux contradictions des droits et libertés de la personne, c'est que le caractère universel qu'on invoque à leur égard et même l'appel à la nature humaine sur laquelle certains prétendent les fonder, se trouvent rudement démentis par le sort très inégal qu'on leur fait. Dans un grand nombre de pays, en cette fin du XX^e siècle, les droits de la personne sont bafoués; les incarcérations arbitraires, les meurtres politiques, les procès dérisoires, les exécutions sommaires sont des pratiques quotidiennes. Les rapports régulièrement publiés par Amnistie internationale sont un constant rappel des exactions dont sont victimes des hommes et des femmes à cause de leurs opinions politiques, de leur appartenance religieuse, ou parce qu'ils et elles sont pauvres, sans défense et sans voix.

Cette violence exercée contre tant de personnes se voit surtout dans les régimes totalitaires. Il faut reconnaître que c'est dans les démocraties libérales que la protection des droits de la personne a fait les plus grands gains. La démocratie libérale est le type de société où ont le plus de chance de se retrouver à la fois la recherche d'une plus grande égalité de tous et la défense et protection des droits fondamentaux de la personne. Mais il faut par ailleurs souligner que dans ces sociétés dites libérales, la violation des

droits fondamentaux se produit de manière plus discrète, plus voilée. L'idéologie libérale cache derrière un discours généreux pour la personne de grandes inégalités qui perdurent. Songeons par exemple à l'inégalité d'accès à des services aussi élémentaires que ceux de la santé dans un pays comme les États-Unis, qui prétend pourtant faire la leçon aux autres. Songeons de même à l'inégal accès à la justice dans un pays comme le nôtre, sans parler des inégalités de traitement dont la majorité des femmes canadiennes continue de souffrir, malgré nos chartes.

Comme le dit fort bien Claude Lefort : «L'État libéral s'est fait, en principe, le gardien des libertés civiles; mais, dans la pratique, il a assuré la protection des intérêts dominants, avec une constance que seule put ébranler à la longue la lutte de masses mobilisées pour la conquête de leurs droits.»⁸ La juriste française, Danièle Loschak, exprime la même idée, dans une formule frappante : «Les droits de l'homme, comme l'État de droit, sont tout à la fois et indistinctement une conquête fondamentale et une mystification.»⁹ Et elle explicite sa pensée en disant qu'il s'agit même d'une «triple mystification : mystification qui s'attache à la définition des droits de l'homme en termes universels et abstraits, permettant l'occultation des phénomènes de domination et d'exploitation; mystification qui consiste à masquer que la problématique des droits de l'homme est fondamentalement politique avant d'être juridique, et que le droit est donc par lui-même impuissant à assurer le respect des droits de l'homme; mystification inhérente à la notion d'État de droit, enfin, dès lors que prétendant lier l'État par le droit, elle aboutit à le légitimer et donc à le renforcer»¹⁰.

Je voudrais m'attarder quelques instants à l'une de ces trois mystifications, car elle me paraît particulièrement importante pour les sociologues et anthropologues. Insérés maintenant dans des chartes et des constitutions, les droits et les libertés fondamentales sont entrés dans le domaine juridique. Ils sont en train de devenir un objet privilégié de débats entre juristes et de décisions par les tribunaux. Le discours juridique savant s'est en quelque sorte emparé de tout le champ des droits et libertés, avec la conséquence que les sciences sociales — même la science politique — sont jusqu'à présent exclues de ce discours. Les travaux sur les chartes et les droits de la personne sont presque exclusivement le fait des juristes. S'il est vrai que «les droits de l'homme ont besoin du droit pour exister concrètement»¹¹, il ne faut pas par ailleurs fétichiser le droit, comme on le

⁸ Claude LEFORT, «Les droits de l'homme en question», (1984) 13 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 11, 14.

⁹ Danièle LOSCHAK, «Mutation des droits et mutation du droit», (1984) 13 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 49, 62.

¹⁰ *Id.*, 56.

¹¹ *Id.*, 54.

fait en oubliant que les lois et les chartes sont elles-mêmes un produit social et politique, que le droit exprime des valeurs et des idées qui l'ont précédé dans la société et que le droit s'élabore à travers un ensemble de rapports de pouvoir. Toute cette contextualisation du discours juridique sur les droits et les libertés fondamentales requiert que les sociologues, anthropologues et politicologues reviennent à l'analyse du droit et des droits, dans leur perspective et avec leurs appareils conceptuels et théoriques propres.

La sociologie des sociétés démocratiques

L'État et la société démocratiques se prêtent plus que tout autre à cette analyse. À la condition ici encore que les sociologues et anthropologues prêtent à l'analyse des constitutions démocratiques plus d'attention qu'ils et elles ne lui ont jusqu'ici portée. Je voudrais pousser maintenant cette idée un peu plus loin, à partir d'un ouvrage tout récent d'Alain Touraine¹². Analysant l'évolution politique et sociale récente des pays d'Amérique latine, Touraine s'interroge notamment sur les avatars et les progrès de la démocratisation. Ce qui l'amène à réfléchir sur «les conditions pour qu'existe la démocratie». Il en identifie quatre : 1° «L'existence d'un **espace politique** spécifique», par lequel les citoyens sont reconnus tels et peuvent agir comme tels. 2° «**La séparation de la société politique**, espace de pluralisme et de diversité des intérêts et de l'État qui, par définition, est un.» 3° «La présence consciente d'un **principe d'égalité** entre les individus, qui permette d'accorder à tous les mêmes droits.» 4° «L'existence de **groupes d'intérêts reconnus** et organisés de manière autonome.»¹³

Ce texte est intéressant par ce qu'il ne dit pas autant que par ce qu'il dit. Notons d'abord deux omissions remarquables. Touraine ne fait aucune allusion à la nécessité d'un droit positif approprié aux institutions démocratiques, comme s'il n'avait rien retenu de l'enseignement fondamental de Montesquieu et de Tocqueville sur ce sujet. En second lieu, il ne fait aucune référence aux libertés essentielles à la démocratie : libertés de parole, d'association, de presse, telles qu'on les trouve exprimées dans les chartes, depuis la *Magna Carta* anglaise de 1215, la Déclaration d'indépendance américaine de 1776, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* française de 1789, jusqu'à nos diverses chartes modernes¹⁴. On retrouve dans ces silences une parfaite illustration du refoulement que j'évoquais tout à l'heure dans le discours des sciences sociales sur le droit.

¹² Alain TOURAINE, *La parole et le sang. Politique et société en Amérique latine*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1988.

¹³ *Id.*, pp. 439 et 440.

¹⁴ Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par Stéphane Rials, Paris, Hachette, 1988; Jean MORANGE, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (26 août 1789), coll. «Que sais-je?», Paris, Presses universitaires de France, 1988.

Ce que dit Touraine, d'autre part, ouvre la voie à la perspective sur laquelle je voudrais conclure : à savoir que le thème de la société démocratique (et non seulement de l'État démocratique) est celui où peuvent le mieux se rejoindre la sociologie et la philosophie politique et sociale, l'analyse d'un vécu et la réflexion sur un idéal. Nous plaçant d'abord sur le versant de la sociologie des sociétés démocratiques, je veux souligner que, si l'on complète les quatre conditions énoncées par Touraine en leur associant l'analyse du droit et des droits, des perspectives analytiques particulièrement fertiles s'ouvrent à nous. Dans la dynamique de la démocratie, le droit apparaît sous trois visages. Il est d'abord définisseur : il détient le discours le plus autorisé dans lequel s'expriment les quatre conditions évoquées par Touraine. C'est lui, par exemple, qui définit le sujet de droit en tant que citoyen, son espace politique, le statut, les limites et les contraintes de l'État, les droits de chaque citoyen et citoyenne à l'égalité, la liberté enfin des groupes d'intérêts. En second lieu, le droit est un enjeu important dans les luttes sociales, les corps et les groupes en présence cherchant tous à faire parler le droit en leur faveur, à l'incliner dans le sens de leurs intérêts. C'est ce qui explique l'importance politique et sociale, dans les démocraties, de l'action du législateur et des interventions des tribunaux, les deux principaux producteurs de droit. En troisième lieu, le droit est étroitement associé aux rapports de pouvoir et aux luttes de pouvoir. L'analyse sociologique permet ici de démystifier l'image d'un droit et d'un État de droit qui seraient au-dessus des luttes de pouvoir, seuls capables de les arbitrer d'une manière objective et détachée. Dans la démocratie plus qu'en toute autre société, le droit et l'État font partie des rapports de pouvoir, ils en sont un élément actif ou passif, un facteur. Je dirais à ce sujet que les sociologues et anthropologues ont trop identifié le droit à ses seules fonctions répressives, par conséquent à la sociologie du contrôle social. En réalité, la sociologie du droit s'inscrit avant tout dans une sociologie des pouvoirs¹⁵.

Quelle démocratie?

Ces dernières remarques nous amènent finalement sur le versant philosophique : dans quelle démocratie? La société démocratique demeure l'utopie (dans le sens positif du terme) sociale la plus riche, si on la définit comme étant l'entreprise commune des membres d'une société pour gérer leur vie collective en recherchant la plus grande équité pour tous dans le respect des libertés de chacun et chacune. La réalisation de cette utopie démocratique est toujours partielle et précaire, parce qu'elle est contrariée par bien des obstacles. C'est à travers des luttes constantes que des libertés sont protégées et que des inégalités sociales et économiques sont réduites. Mais ces conquêtes de la Justice demeurent toujours fragiles car les rapports de pouvoir demeurent toujours déséquilibrés en faveur d'une minorité de

¹⁵ Guy ROCHER, «Droit, pouvoir et domination», (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 33; *infra*, p. 235.

possédants qui garde toujours un accès privilégié aux leviers des pouvoirs politiques et économiques. C'est cet état de luttes qui explique qu'on voit les démocraties devenir de plus en plus corporatistes, c'est-à-dire que les intérêts des personnes sont exprimés par des grands corps hiérarchisés, depuis la base jusqu'à un sommet capable de parler à l'État, qu'il s'agisse des syndicats, des associations de consommateurs, des regroupements de femmes, des mouvements écologistes, et ainsi de suite. Même les intérêts de la personne sont représentés et défendus par des organismes corporatifs.

Le corporatisme hiérarchique des sociétés démocratiques m'apparaît la menace la plus sérieuse à leur vitalité dans l'avenir prochain. Ce qui m'amène à souhaiter une démocratie horizontale, qui fasse le pendant à cette verticalité de la démocratie corporatiste. J'entends par démocratie horizontale celle qui impliquerait ce que Georges Gurvitch appelait tous «les paliers en profondeur» de la société. La démocratie politique, telle qu'elle est aujourd'hui pratiquée, privilégie à l'excès les pouvoirs centraux. Pourtant, un grand nombre de décisions touchant la vie quotidienne des citoyens et citoyennes se prennent dans les instances politiques beaucoup plus près de nous, notamment les gouvernements municipaux et scolaires, et peut-être un jour ceux des institutions de santé et des services sociaux, qui opèrent dans l'indifférence générale de l'électorat et de l'opinion publique. La démocratie ne connaîtra une nouvelle maturité que lorsqu'elle engagera la participation active d'un nombre croissant de citoyens et citoyennes à tous les niveaux de prise de décision.

Voilà un défi de l'avenir où le sociologue et le citoyen réunis peuvent trouver ample matière à leur réflexion et à leur action.

DEUXIÈME PARTIE
LES SOCIOLOGIES DU DROIT

CHAPITRE 7

POUR UNE SOCIOLOGIE DES ORDRES JURIDIQUES*

La réflexion engagée ici a comme but de clarifier quel est ou, plus exactement, quel devrait être, à mon avis, l'objet d'étude de la sociologie juridique. Celle-ci est en train de s'édifier progressivement. Elle a pris son essor dans plusieurs pays : États-Unis, Angleterre, France, Allemagne, Italie, Belgique, Suisse, Hollande. Elle commence à faire son chemin au Canada, notamment au Québec¹. Mais je crois que jusqu'à maintenant, la sociologie juridique n'a pas encore suffisamment réfléchi sur la nature et l'étendue de son objet d'étude. Il en résulte qu'elle demeure encore trop prisonnière de la notion que les juristes contemporains se sont faite et entretiennent du droit.

Pour répondre aux objectifs globaux qui devraient être les siens, *la sociologie juridique doit être non seulement une sociologie du droit, mais une sociologie des ordres juridiques*. Le droit, tel qu'on l'entend dans les sociétés contemporaines, ne peut être qu'une partie du champ d'étude de la sociologie juridique. La sociologie juridique apportera un éclairage nouveau et une perspective dynamique sur ce droit dans la mesure où elle le déborde, pour l'analyser dans un contexte élargi.

Ces affirmations demandent à être clarifiées, justifiées et expliquées. C'est à quoi s'emploie le reste de cet article.

I- LE DROIT POSITIF DES JURISTES : SES LIMITES POUR LA SOCIOLOGIE

Le droit positif

Lorsqu'il évoque le droit, objet de sa pratique ou de ses recherches, le juriste sait généralement bien en reconnaître la nature, l'étendue et les frontières. Le droit dont il s'agit pour lui, c'est ce qu'il appelle souvent lui-même le droit positif. Celui-ci est composé : 1° de l'ensemble des règles, normes et principes; 2° que l'on trouve dans les textes qui émanent; 3° soit d'organismes publics ou étatiques habilités à dire le droit; 4° soit de

* Ce texte a initialement été publié dans : (1988) 29 *C. de D.* 91.

¹ Pour le Québec, voir l'inventaire que j'en ai fait : «La sociologie du droit; une discipline en émergence?», dans Robert BUREAU et Pierre MACKAY (dir.), *Le droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, pp. 555-596.

personnes, de groupes de personnes, d'organismes privés qui agissent ou passent des ententes en vertu de pouvoirs reconnus par l'État ou le droit de l'État.

De manière concrète, le droit positif recouvre diverses réalités : le corpus des lois émanant du législateur reconnu, qu'il s'agisse de codes ou de toutes les lois que le législateur fait chaque année; les règlements, devenus aujourd'hui nombreux, passés par le pouvoir exécutif ou des organismes habilités en vertu des pouvoirs que leur confèrent les lois; les jugements des divers tribunaux chargés par le législateur et le pouvoir exécutif d'interpréter les lois et les règlements; enfin, des actes (par exemple, des testaments) ou des ententes (des contrats) par lesquels des personnes ou des groupes, des organismes privés ou publics, créent des droits subjectifs et des obligations pour eux-mêmes ou pour d'autres. Si l'on veut parler en termes de «sources de droit», comme les juristes ont l'habitude de faire, il faudrait ajouter la coutume et la doctrine, mais l'on est ici à la marge sinon en dehors du droit positif, c'est-à-dire du droit «posé» ou «imposé».

Les trois premières composantes du droit positif se rapportent surtout à des corps publics : le législateur, les tribunaux, le pouvoir exécutif ou tout organisme — généralement public — habilité à édicter des règlements. Des organismes privés peuvent être aussi habilités à faire de tels règlements : par exemple, une corporation professionnelle reconnue par la loi peut être autorisée à faire des règlements pour ses membres. La quatrième composante — les ententes et les actes privés — est beaucoup plus large et peut impliquer des personnes, des groupes, des organismes privés tout autant que des corps publics. Ainsi, le testament olographe que rédige une personne est un acte juridique qui crée des droits subjectifs (pour les héritiers ou légataires) et des obligations (pour l'exécuteur testamentaire et parfois aussi pour les légataires ou même des tiers). Le contrat de mariage entre deux personnes, le bail entre un locateur et un locataire, la convention collective signée entre un employeur et un syndicat représentant les employés, tous ces actes créent des droits subjectifs et des obligations, tout comme une loi ou un règlement; de plus, tous ces actes s'expriment dans des écrits qui peuvent, comme une loi, être soumis à l'interprétation d'un tribunal.

En dehors du droit positif des juristes, bien d'autres droits subjectifs et obligations peuvent être créés, auxquels le juriste ne reconnaîtra cependant pas de caractère juridique. Sans multiplier les exemples, donnons-en quelques uns. Des parents peuvent formuler des règles pour leurs enfants touchant, par exemple, les heures de repas, les sorties, l'écoute de la télévision. Les membres d'un club de cartes peuvent décider des règles qu'ils suivront. Une association privée peut faire des règlements pour ses membres. Une institution d'enseignement peut astreindre ses élèves à des règles touchant la tenue vestimentaire, la discipline à l'école, les travaux scolaires. Une église, une secte peuvent imposer l'observance de certaines règles à leurs fidèles : par exemple, s'abstenir de viande, d'alcool, de tabac.

Toutes ces règles peuvent être assorties de sanctions diverses. Mais aucun juriste n'ira demander à un tribunal de les faire observer par une personne.

Le juriste connaît donc avec une assez grande précision les obligations qui sont juridiquement contraignantes; il sait les distinguer de celles qui ne le sont pas. Une règle ou une sanction n'est pas juridique lorsqu'elle a été édictée par une personne, un groupe ou un organisme qui n'est pas habilité par la loi à faire des règles. Le droit du juriste est donc intimement lié à l'État : c'est ce dernier qui est la source du juridique, par ses codes, ses lois, ses règlements ou par ses tribunaux. Des citoyens ou des groupes peuvent engendrer des obligations juridiques, par exemple, en signant un contrat qui les lie. Mais ce contrat n'est valide que s'il ne contrevient pas à des normes ou des règles établies par un code ou des lois émanant de l'état et qui établissent la forme que doit revêtir le contrat, ses limites, certaines règles touchant sa substance.

Le droit positif porte bien son nom, en ce sens qu'il est «posé» ou encore «imposé» par une volonté humaine; il est le produit d'un acte libre, qui pose des droits subjectifs et impose des obligations. En sanctionnant une loi, le législateur pose — et impose — de nouvelles règles et de nouvelles sanctions; en rédigeant un testament ou en signant un contrat, des citoyens s'imposent à eux-mêmes ou imposent à d'autres des obligations tout en produisant des droits subjectifs.

Les limites de la notion de droit positif

La sociologie se doit évidemment de partir de cette notion qu'ont les juristes du droit positif. On peut même croire que le droit positif ainsi conçu est l'objet privilégié d'étude de la sociologie juridique. Par ailleurs, celle-ci ne peut pas non plus se satisfaire de cette notion du droit; elle ne peut s'enfermer à l'intérieur des frontières de ce que les juristes considèrent comme le seul champ juridique.

Le droit positif présente pour la sociologie deux importantes limites. Tout d'abord, il est trop exclusivement un ensemble de normes, un discours normatif. Si la sociologie s'intéresse à ce discours, ce n'est pas avant tout pour savoir ce qu'il permet ou prohibe, c'est aussi et peut-être surtout pour comprendre quels en sont les processus de production, les modalités d'application, les effets sociaux. Le législateur qui fait des lois, le tribunal qui les interprète ou qui fait du droit nouveau, l'avocat ou le notaire qui dit le droit à ses clients ou qui en réclame une interprétation devant une cour, le fonctionnaire ou le policier qui appliquent la loi ou ses règlements sont au moins aussi importants pour la sociologie que la règle de droit elle-même ou que le discours juridique. Le droit auquel s'intéresse la sociologie, c'est donc le discours juridique dans tout le contexte des appareils ou des agents qui le créent, l'interprètent et l'appliquent. Un concept est alors nécessaire pour

recouvrir cet ensemble, ce «droit en action», ce «droit vivant». La notion de droit positif est trop limitée pour rendre compte de cette totalité.

En second lieu, le droit positif du juriste est lié à l'État et à ses appareils. Le juriste ne reconnaît rien de juridique en dehors de ce que des tribunaux peuvent accepter comme tel. Cette notion du droit est évidemment liée au statut de l'État; elle prévaut dans des périodes historiques, comme celle des temps modernes, où l'État est unifié, centralisé, dominant; elle ne correspond pas à des périodes où l'État central est faible et presque inexistant. Ainsi, l'Europe des XII^e et XIII^e siècles a connu un pouvoir politique éclaté : celui des rois, des seigneurs, des papes, des évêques, des monastères, des villes, des corporations. Ce fut en même temps une période de grands bonds en avant de la pensée jurisprudentielle où s'opéra «la formation de la tradition juridique occidentale». Mais ces progrès se poursuivirent dans un contexte de pluralisme juridique où cohabitaient simultanément plusieurs systèmes juridiques dont les interrelations étaient très complexes : le droit ecclésiastique, qui tenait souvent lieu de droit civil et de droit criminel, le droit seigneurial, le droit des villes, le droit des corporations, le droit du commerce, le droit royal². À cette époque et pendant très longtemps, jusqu'au XIX^e siècle peut-on dire, la problématique du pluralisme juridique était explicitement présente à l'esprit des juristes; à preuve, les débats doctrinaux relatifs au «droit public de l'Église», à la personnalité juridique des corporations municipales et des ordres professionnels et leur relation à l'État, au droit disciplinaire des groupes privés.

Telle n'est plus la situation dans les sociétés contemporaines, occidentales et autres, dont la pensée juridique et politique est dominée par le paradigme du monisme juridique, qui ne reconnaît comme seul droit que celui qui est relié à l'État. L'État moderne a progressivement éliminé, absorbé ou monopolisé tous les pouvoirs politiques, imposant du même coup l'hégémonie et finalement l'exclusivité de son droit sur l'ensemble du territoire qu'il occupe et sur toutes les institutions qui s'y trouvent. Les citoyens du Moyen Âge pouvaient relever juridiquement soit du droit d'une ville, soit de celui d'un fief, soit de l'un des droits de l'Église. Ceux des nations contemporaines relèvent tous — et en principe sur un pied d'égalité — d'un même droit, celui de leur État-Nation. Et la pensée juridique, se modelant sur cette réalité, a adopté le postulat du monisme juridique, c'est-à-dire de l'exclusivité du droit étatique comme seul système juridique.

Pourtant, le fait de la *pluralité* des formes juridiques n'est pas moins présent aujourd'hui qu'autrefois. Mais le *pluralisme* juridique ne fait plus partie non seulement de la conscience des juristes mais des représentations

² Sur cette époque, voir notamment l'ouvrage magistral de Harold J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

sociales communes dans les sociétés modernes. L'idéologie moniste a évacué et occulté le fait du pluralisme juridique. Pour sa part, la sociologie doit échapper à cette idéologie. Elle ne doit pas s'enfermer dans la définition moniste du droit positif, elle doit plutôt la faire éclater. La prédominance et l'omniprésence du droit de l'État cachent l'existence d'autres formes de régulation auxquelles la sociologie a tout avantage à attribuer un caractère que l'on peut appeler juridique — même s'il s'agit d'un juridique que les tribunaux ne reconnaîtraient pas. Mais pour bien affirmer la reconnaissance de ces formes juridiques — non orthodoxes pour le juriste — la sociologie a besoin d'un concept qui s'adresse au phénomène juridique dans sa totalité, et non seulement dans une de ses manifestations sous la forme du droit étatique.

II- LA NOTION D'ORDRE JURIDIQUE

La notion qui peut le mieux servir la sociologie juridique, parce qu'elle permet de dépasser les limites de la notion du droit positif, est celle d'ordre juridique. Cette notion n'est pas très courante, parce que la sociologie juridique ne l'a pas encore reconnue comme son objet d'étude. Les sociologues continuent encore trop à faire de la sociologie juridique selon la définition que les juristes donnent du droit positif relié à l'État, alors que leur véritable objet d'étude devrait couvrir un champ bien plus étendu.

Commençons par explorer les origines de cette notion chez les quelques auteurs qui l'ont utilisée, pour ensuite la définir pour nous-mêmes. En réalité, trois auteurs ont tenté de la cerner d'une manière rigoureuse : Max Weber, Santi Romano et Jacques Chevallier.

L'ordre juridique selon Max Weber

La notion d'ordre juridique apparaît dans la sociologie du droit de Max Weber, bien que celui-ci n'en fasse finalement pas grand usage. Il est cependant utile de partir de la distinction qu'il fait entre deux notions d'ordre juridique. Celle du juriste d'abord, lorsque celui-ci donne des diverses dispositions juridiques «une interprétation telle qu'elles puissent être amalgamées en un système logiquement cohérent. Ce système est l'"ordre juridique", dans le sens juridique du mot»³. Pour Weber, l'ordre juridique du juriste, c'est-à-dire entendu au sens juridique strict, est donc l'ensemble cohérent, logique des règles ou des normes. C'est là la manière la plus simple de parler d'un ordre juridique; on se réfère alors à l'unité, la cohésion, l'organisation interne de l'ensemble des normes et règles juridiques, leur conférant les caractères d'un tout, donc d'un système ou d'un ordre.

³ Max WEBER, *Économie et société*, trad. fr. de Julien Freund et al., sous la direction de Jacques Chavy et Éric de Dampierre, Paris, Plon, 1971, p. 321. Il s'agit du volume I, le second tome n'ayant pas encore vu le jour plus de 15 ans après le premier.

Cette idée d'une idée systémique des règles juridiques n'est pas neuve, elle a été souvent énoncée. On peut même croire qu'elle fait partie de l'idéologie juridique, c'est-à-dire d'une perception du droit comme on voudrait qu'il soit. Car il n'est pas certain que le droit d'une société donnée réponde à une telle vision idéale, qui semble faire abstraction des contradictions et des carences de tous les droits particuliers. Cependant, on peut l'accepter pour des fins analytiques ou heuristiques, comme hypothèse ou encore comme formulation d'un «type idéal»⁴.

La seconde connotation de l'ordre juridique surgit sous la plume de Weber lorsqu'il met le droit en rapport avec l'économie, ce qui était le principal intérêt qu'il poursuivait.

*L'ordre économique et l'ordre juridique sont en rapport l'un avec l'autre de la manière la plus intime, à condition que le second soit envisagé non dans son sens juridique, mais dans son sens sociologique, c'est-à-dire dans son application réelle. Le sens de l'expression «ordre juridique» change alors complètement. Elle ne signifie plus un cosmos de normes dont la logique peut établir la «justesse», mais un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme.*⁵

Pour définir l'ordre juridique dans ce deuxième sens, dans un sens que l'on peut appeler élargi, Weber ne se place plus du côté des normes, mais du côté de l'action humaine, plus précisément du côté des acteurs sociaux. Fidèles à la méthodologie qu'il considère fondamentale en sociologie, Weber pose au départ l'action humaine sociale, c'est-à-dire d'interaction d'acteurs inspirés par des buts choisissant des moyens et recourant pour communiquer entre eux à un univers symbolique de signification. Par là, Weber rejoint la notion du «droit en action» ou du «droit vivant». Aux motifs économiques, politiques, moraux et religieux qui peuvent guider l'action humaine, le droit vient ajouter un autre «ensemble de motifs», ceux qui trouvent leur source dans la règle de droit. L'analyse sociologique que privilégie Weber porte ainsi sur ce que l'on pourrait appeler «l'agir juridique», c'est-à-dire cette catégorie d'actions sociales auxquelles les acteurs accordent une signification

⁴ Dans la méthodologie élaborée par Max Weber, le «type idéal» est un ensemble conceptuel construit à partir de matériaux observés dans diverses situations concrètes, mais qui sont agencés de la manière la plus rationnelle possible pour composer un tout cohérent et unifié. Le type idéal porte ce nom, non pas parce qu'il représente un idéal normatif, un idéal à poursuivre, mais plutôt parce qu'il est la représentation la plus épurée d'une réalité. Il en résulte que le type idéal ne se trouve pas comme tel dans la réalité. C'est ce qui permet au sociologue de l'utiliser comme instrument analytique, notamment pour faire des études comparatives d'une institution (par exemple, la bureaucratie ou le capitalisme) dans des contextes historiques et dans des civilisations ou des cultures différentes.

⁵ M. WEBER, *op. cit.*, note 3, p. 322.

particulière, celle d'être régies par des normes, des règles, des principes appartenant au Droit, donc revêtues d'une signification juridique.

Quelles sont ces règles, parmi toutes celles que l'on trouve dans une société, qui revêtent cette signification particulière d'être juridiques? Quel est, en d'autres termes, le critère de la juridicité? Weber répond sans équivoque lorsqu'il définit le Droit : sont juridiques les règles dont «la validité est garantie extérieurement par la chance d'une **contrainte** (physique ou psychique), grâce à l'activité d'une **instance** humaine, **spécialement** instituée à cet effet, qui force un respect de l'ordre et châtie la violation»⁶. En d'autres termes, le critère de la juridicité des règles qu'adopte Max Weber, c'est leur caractère contraignant particulier découlant du fait que des agents ou des appareils ont comme fonction particulière et reconnue de les faire respecter et de punir au besoin les contrevenants. Ce critère de juridicité constitue à mon avis un apport de grande importance à la sociologie juridique. Mais je considère que Max Weber ne l'a pas assez élaboré pour le rendre vraiment opératoire. Je le reprendrai plus loin, pour le développer et en faire l'assise de la notion d'ordre juridique.

Si Weber n'a pas poussé plus avant sa réflexion sur la spécificité du fait juridique, c'est, à mon avis, qu'il n'a pas vraiment fait usage du concept d'ordre juridique; le reste de son oeuvre porte sur le droit positif de l'État. C'est à un théoricien du droit, beaucoup moins connu que Weber, à vrai dire presque inconnu encore aujourd'hui, Santi Romano, qu'il revient d'avoir développé la notion d'ordre juridique.

L'ordre juridique selon Santi Romano

Santi Romano, juriste italien, fut un contemporain de Weber. Bien que l'ouvrage de Romano soit antérieur à la *Rechtssociologie* de Weber, celui-ci ne le cite pas. Il est cependant difficile de croire qu'il ne l'a pas connu. À la différence de Weber, dont l'oeuvre est immense, toute la pensée de Romano tient dans un petit ouvrage, qui parut en italien, d'abord sous forme d'articles puis en livre en 1917-1918 et qui n'a été traduit en français qu'en 1975⁷. N'ayant pas encore été traduit en anglais, l'ouvrage de Romano demeure à peu près inconnu des juristes et sociologues de langue anglaise⁸.

⁶ *Id.*, p. 33. Les caractères gras sont de Weber.

⁷ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française par Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

⁸ L'exception la plus notable est sans doute Julius STONE qui a consacré plusieurs pages à Romano : *Social Dimensions of Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1966, p. 519. Autre exception notable, puisqu'il s'agit d'un Québécois, Roderick A. MACDONALD : «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"», (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47. Voir sa note 8, p. 49.

Au point de départ de sa réflexion, Romano constate que :

*la nécessité de considérer un ordre juridique comme une unité [...] a été maintes fois relevée. Elle est même devenue une sorte de lieu commun des théories de l'interprétation des lois; mais il est étrange qu'elle n'ait jamais été utilisée et poussée jusqu'à ses conséquences logiques pour la définition du droit.*⁹

Ce qu'il appelle les «conséquences logiques» de l'unité de l'ordre juridique consistent en réalité à faire éclater le cadre trop étroit qui réduit le droit aux seules normes et règles juridiques. Car ce que Romano conteste, c'est précisément une conception du droit qu'il juge trop restreinte, celle qui définit le droit comme étant essentiellement composé de normes. Pour Romano, les normes ne sont qu'un élément du droit; le droit dans sa totalité est plus que les normes, il les dépasse et les englobe. Comme le note à ce sujet Ph. Francescakis dans l'«Introduction à l'édition française» de *L'ordre juridique* :

*Santi Romano est l'anti-Kelsen, en ce sens que, contrairement à lui, il croit que le droit n'est pas normes mais totalité dépassant la somme des normes et contenant encore bien d'autres choses que des normes [...] Pour Santi Romano, le droit ne doit pas être pensé à partir du concept de normes. Il est, on vient de le rappeler, plus qu'un ensemble de norme. Il est même plus qu'un système de normes, si le mot système devait être pris dans un sens qui renverrait à une quelconque idée de cohérence logique, même si le droit peut, mais dans une vue seulement partielle, être également perçu comme un système ainsi entendu».*¹⁰

Ce qui confère au droit l'unité d'un système, selon Romano, ce ne sont pas les règles et normes elles-mêmes; c'est plutôt que celles-ci sont faites et appliquées par des agents, des personnes, des corps qui veulent leur donner une certaine unité, une logique interne. Ce sont ces personnes, ces agents, ces corps qui sont importants pour comprendre le contenu, l'histoire, la vie du droit. Les normes ne sont, pour Romano, qu'un élément du droit; définir le droit comme un ensemble de normes, c'est définir le droit d'une manière partielle, incomplète. Qu'est-ce donc que le droit dans sa totalité? Un ordre, c'est-à-dire une institution, répond Romano. Qu'est-ce à dire?

Pour comprendre pourquoi Romano identifie ordre et institution, il faut se rappeler qu'il publiait ses articles en 1917-1918, à l'époque des débuts de la pensée sociologique. C'est le moment où quelques juristes français traçaient les premiers sillons d'une sociologie juridique inspirée des travaux d'Émile Durkheim, à qui ils avaient emprunté la notion d'institution.

⁹ S. ROMANO, *op. cit.*, note 7, p. 8.

¹⁰ *Id.*, pp. VI-VII.

Romano se réclame expressément de cette école «institutionnaliste», illustrée en France notamment par Hauriou, Duguit, Renard.

Romano a une conception très concrète de l'institution. Elle est, dit-il, «un corps social», doté d'une «existence objective et concrète», ayant une individualité «apparente, visible»¹¹. Elle est «stable et permanente»¹²; elle peut être composée de personnes formant un groupe, une association, mais elle transcende ces personnes, leur individualité, leur existence. Bref, l'institution est une organisation de rapports sociaux formant «une entité close, pouvant être considérée en soi et pour soi»¹³. Romano donne quelques exemples d'institutions : les écoles, les académies, les établissements de tous genres, les communes, les provinces, divers organes administratifs. Certaines institutions sont simples, d'autres sont «des institutions d'institutions»¹⁴.

C'est cette notion concrète de l'institution qui va donner corps à l'ordre juridique, tel que conçu par Romano. L'ordre juridique se compose, bien sûr, d'un ensemble ordonné et structuré de normes, de règles, de principes. Mais il comprend aussi «les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci. En d'autres termes, l'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure. Sous certains angles, on peut même dire que les normes apparaissent comme des reflets des traits essentiels d'un ordre juridique»¹⁵.

Il découle de ce texte que, pour Romano, l'ordre juridique est une totalité institutionnelle comprenant non seulement les règles, mais tous ceux qui les «créent, modifient, appliquent, font respecter». Les «instances» que Weber n'a pas spécifiées dans sa notion sociologique de l'ordre juridique, voilà qu'elles se trouvent explicitées par Romano. Elles peuvent se ramener à deux catégories, dans l'esprit de Romano : celles qui élaborent le droit — le créent, le modifient — celles qui le mettent en oeuvre — l'appliquent, le font respecter.

11 *Id.*, p. 25.

12 *Id.*, p. 28.

13 *Id.*, p. 27.

14 *Id.*

15 *Id.*, p. 10.

On peut dire que Romano déplace vigoureusement l'accent, le faisant porter non sur les normes du droit, mais sur «l'organisation» qui produit et applique ces normes. Cette décentralisation des normes qu'opère Romano provient de la conception profondément sociologique qu'il a de l'ordre juridique. Lorsqu'il tente de cerner le concept de droit, Romano pose certaines règles :

Il faut avant tout le rapporter [le concept de droit] au concept de société [...] Le concept de droit comporte nécessairement l'idée de l'ordre social [...] L'ordre social posé par le droit n'est pas celui qui résulte de l'existence de normes de toutes provenances réglant les rapports sociaux : il n'exclut pas ces normes, il s'en sert même, les intégrant à sa sphère, mais il ne les en précède et ne les en domine pas moins. Cela veut dire que le droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même.¹⁶

Cette conception du droit distingue nettement Romano de Kelsen, Hart et de tout le courant contemporain de la philosophie et de la théorie du droit, qui a recherché la nature du droit dans les règles, les normes. Tout en prenant en compte les règles qui composent le droit, Romano les situe dans un contexte élargi. En ce sens, bien que Romano ne se réclame pas de la sociologie, sa théorie du droit est de fait une théorie sociologique du droit. On doit même considérer son petit ouvrage comme un des premiers et des plus lumineux traités de théorie sociologique du droit. Le peu que je viens d'en dire ne rend d'ailleurs pas entièrement justice à la notion d'ordre juridique élaborée par Romano; je reviendrai plus loin sur d'autres aspects.

L'ordre juridique selon Jacques Chevallier

La conception du droit de Romano n'a guère été reprise. L'oeuvre de Romano est même tombée dans un oubli à peu près complet pendant une longue période de temps, avant d'être récemment redécouverte; il a fallu plus de cinquante ans pour que son ouvrage soit traduit en français et il ne l'est pas encore en anglais.

Tout récemment, Jacques Chevallier a repris l'idée de «l'ordre juridique»¹⁷, dans une perspective qui s'inspire de Romano, des institutionnalistes français, de Gurvitch et d'autres; mais d'une manière

¹⁶ *Id.*, pp. 17-19.

¹⁷ Jacques CHEVALLIER, «L'ordre juridique», dans *Le Droit en procès*, ouvrage collectif du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.I.R.A.P.P.), Paris, P.U.F., 1983, pp. 7-49.

différente et originale. L'ordre juridique, dit-il, peut être entendu en deux sens différents.

Par ordre, on peut entendre d'abord l'agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible [...] Or, le propre des règles juridiques est précisément qu'elles sont, à l'intérieur d'un même espace social, liées et interdépendantes [...] Mais par ordre, on peut entendre aussi un certain mode d'action et d'emprise sociale : conçu comme synonyme de commandement, l'ordre traduit alors une manifestation d'autorité. Or, la règle de droit s'exprime essentiellement à l'impératif [...] Le droit est donc un ordre à la fois en tant qu'il est «systématique» et en tant qu'il est «normatif»; et ces deux aspects, non seulement sont indissolublement liés, mais encore se confortent réciproquement.¹⁸

Partant de cette dualité, Chevallier analyse l'ordre juridique d'abord «comme système de normes», puis «comme dispositif normatif». En tant que système de normes, l'analyse qu'en fait Chevallier est double : comme ordre «statique», puis comme ordre «dynamique». Cette distinction, dont on peut dire qu'elle remonte au fondateur de la sociologie, Auguste Comte, mais qui a été peu utilisée depuis, sert à Chevallier à distinguer entre, d'une part, la production et la reproduction des normes juridiques (leur «dynamique»), et, d'autre part, la cohésion et la hiérarchie qui caractérisent leur structuration interne. Cette dernière — l'analyse statique — met l'accent sur l'univers des normes juridiques conçu comme un système complet en lui-même. Par contre, l'analyse dynamique ouvre des perspectives sur les rapports entre droit et société, qui feront cependant surtout l'objet de l'analyse de l'ordre juridique «comme dispositif normatif». Double volet ici encore, où Chevallier met en rapport d'abord l'ordre juridique et l'ordre social, puis l'ordre juridique et l'organisation sociale.

Jacques Chevallier est sensible aux renversements de perspectives dans l'analyse de l'ordre juridique. Ainsi il montre, d'une part, comment l'ordre juridique est «socialisé», c'est-à-dire structuré et informé par l'ordre social auquel il appartient et dont il est un «sous-ensemble» ou un sous-système. D'autre part, la structuration de l'ordre social est de son côté marquée par le rôle institutionnalisant de l'ordre juridique, surtout dans les sociétés contemporaines où l'on a assisté à une «explosion du droit» sans mener, note cependant Chevallier, jusqu'au «pan-juridisme».

Poursuivant dans la même veine de paradoxes, Chevallier souligne l'unité de l'ordre juridique en même temps que la pluralité des ordres juridiques. Au sujet de celle-ci, Chevallier s'inspire explicitement de Santi Romano et de Georges Gurvitch. Comme eux, il met en lumière que «la

¹⁸ *Id.*, pp. 7 et 8.

mise en évidence de leurs interrelations (entre les ordres juridiques) est de nature à éclairer les processus de production du droit». Et en même temps, fidèle à son idée d'unité et de cohésion des ordres juridiques, il insiste pour dire que «[l]e pluralisme des ordres juridiques n'est donc nullement synonyme de dispersion anarchique»¹⁹.

On le voit tout de suite, la notion d'ordre juridique de Chevallier reprend sur plusieurs points celle de Romano. Par ailleurs, elle est plus centrée que celle-ci sur les normes et les règles, car elle ne reprend pas la notion d'institution, si caractéristique chez Romano. De plus, alors que l'ordre juridique est un fait d'observation pour Romano, il devient chez Chevallier à la fois un procédé heuristique et un idéal.

*[L]e concept d'ordre juridique n'a de valeur qu'heuristique, ou opératoire, en permettant de dévoiler certains traits du phénomène juridique [...] L'ordre n'est en fait qu'un idéal auquel le droit tend de toutes ses forces.*²⁰

III- DÉFINITION DE L'ORDRE JURIDIQUE

Éclairée par les auteurs que je viens d'évoquer, la conception de l'ordre juridique que je propose comme objet d'étude élargi de la sociologie juridique se rapproche de celle de Weber et surtout de celle de Romano²¹.

Dans l'ensemble du tissu social, un ordre juridique se reconnaît aux critères suivants :

- 1° un ensemble de règles, de normes sont acceptées comme au moins théoriquement contraignantes par les membres d'une unité sociale particulière, qu'il s'agisse d'une nation, d'une société, d'une organisation, d'un groupe, etc.;

¹⁹ *Id.*, p. 48.

²⁰ *Id.*, pp. 48 et 49. Les caractères gras sont de Chevallier.

²¹ Il importe peut-être de préciser ici, à l'intention du lecteur juriste qui serait peu familier avec la méthodologie sociologique, que la définition en sociologie n'a pas la même fonction qu'en droit, ni par conséquent le même usage : elle est de caractère **conventionnel et opératoire** et l'usage qui en est fait est explicatif plutôt que normatif. Elle s'apparente souvent à une description, en ce sens que le sociologue définit rarement un objet en une seule phrase. La définition sociologique ressemble davantage à la construction du type pur de Max Weber (voir *supra*, note 4) qu'à la définition familière aux juristes.

- 2° des agents ou des appareils sont reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour :
- élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent;
 - interpréter les règles existantes;
 - les appliquer et les faire respecter;
- 3° l'intervention des appareils ou agents est fondée sur une légitimité, c'est-à-dire que les membres de l'unité sociale considèrent que l'action de ces agents ou appareils est justifiée, parce qu'ils leur reconnaissent l'autorité nécessaire pour faire, ou interpréter, ou appliquer les règles; concrètement, cela signifie que les membres de l'unité sociale ont une **conscience** des rapports entre les règles et les appareils ou agents;
- 4° les trois fonctions énumérées en 2° peuvent être remplies par des agents ou des appareils différents, ou par les mêmes. Ce qui est important cependant pour reconnaître l'existence d'un ordre juridique, c'est que ces trois fonctions — et non seulement une ou deux — soient exercées;
- 5° les règles et les agents ou appareils doivent faire preuve de stabilité dans le temps, d'une relative permanence. Ces règles ne doivent pas varier sans cesse et les agents être constamment relayés.

Ordre juridique et ordre normatif

Les cinq critères qu'on vient d'énoncer doivent se retrouver pour qu'on puisse parler d'un ordre juridique. Ce sont ces cinq critères qui distinguent l'ordre juridique de tout autre ordre normatif.

La notion d'ordre normatif est en effet beaucoup plus large que celle d'ordre juridique. Des règles qui ne sont pas juridiques peuvent constituer un discours normatif efficace, comme c'est le cas, par exemple, de règles morales ou de traditions hautement respectées. Ces règles non juridiques peuvent même être plus efficaces que les règles juridiques. Mais elles constituent un discours normatif d'une autre nature que le droit.

Nous touchons ici un point fondamental. Ce n'est pas parce qu'elles sont efficaces, ou plus ou moins efficaces que d'autres, que des règles sont juridiques. Ce n'est pas non plus parce qu'elles sont plus ou moins coercitives, ou qu'elles le sont différemment, que des règles sont juridiques. Ce n'est pas non plus parce que des règles se doublent de sanctions qu'elles sont juridiques. Rien de tout cela ne distingue les règles juridiques des règles non juridiques.

Du point de vue sociologique, ce n'est pas dans l'univers des règles elles-mêmes qu'on peut déceler ce qui distingue le juridique du non juridique, le droit du non-droit. *Ce qui fait qu'un ensemble de règles appartient au droit, c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique.* Plus précisément, c'est qu'elles émanent d'un agent ou organisme autorisé, qu'elles peuvent être soumises à un agent ou organisme habilité à les interpréter, qu'elles peuvent être mises en oeuvre par des agents revêtus de l'autorité nécessaire pour le faire.

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.

D'où provient alors cette autorité de l'appareil pour faire et gérer des normes? C'est toute la question de la *légitimité* de l'ordre juridique qui se pose ici. L'autorité de l'appareil peut reposer sur la seule force physique. Mais c'est alors la règle de la peur ou de la terreur. Comme l'a montré Max Weber, l'autorité fondée sur la force et la terreur n'a pas de caractère légitime. Il y a plutôt, selon Weber²², trois fondements de l'autorité légitime : la *tradition* qui remonte à un lointain passé et qu'on continue à respecter; le *charisme* d'une personne à qui on reconnaît des vertus, des qualités hors du commun et qui l'autorisent à commander; enfin, des *dispositions* positives, c'est-à-dire une légalité qu'on accepte de reconnaître et de respecter, par exemple, la constitution d'un État ou la charte d'une entreprise ou d'une association.

Une première conclusion se dégage donc ici. Le concept d'ordre juridique apporte à la sociologie une contribution fondamentale : il permet de discerner, dans l'ensemble de la normativité et du contrôle social d'une société, des unités d'action sociale *présentant exactement les mêmes traits structuraux, le même fonctionnement et les mêmes fonctions que l'ordre juridique étatique.* Partant de ce dernier, tellement visible et omniprésent dans les sociétés modernes qu'il paraît occuper tout le champ du juridique, la sociologie découvre progressivement *d'autres ensembles d'action sociale qui peuvent être découpés dans l'univers normatif global de la société et être analysés comme des ordres juridiques, sur le modèle de l'ordre juridique étatique.* La sociologie du droit — celle qui fait l'analyse du droit de l'État — débouche sur la sociologie juridique : elle fournit à celle-ci un matériau empirique fortement structuré et construit (l'ordre juridique étatique des sociétés modernes) pour élaborer un type pur de l'ordre juridique, rendu

²² M. WEBER, *op. cit.*, note 3, pp. 219-273.

aisément opératoire grâce aux cinq critères énumérés plus haut. *La notion d'ordre juridique, issue de la sociologie du droit, devient ainsi un concept de la sociologie juridique.* Elle peut être utilisée comme instrument conceptuel et analytique pour discerner dans la réalité une grande variété de situations empiriques que ni les juristes ni les sociologues n'ont jusqu'à présent appréhendées comme présentant des caractéristiques juridiques analogues à celles de l'ordre juridique étatique. On rejoint ainsi la dimension pluraliste de la notion sociologique de l'ordre sociologique, que l'on retrouvera un peu plus loin.

Les emprunts

On reconnaîtra, dans la notion de l'ordre juridique qui vient d'être présentée, les emprunts évidents à Weber et Romano. C'est d'ailleurs à l'un et à l'autre qu'on doit cette notion à l'origine. Les différences et les nuances entre la conception de l'un et de l'autre sont cependant importantes, tout au moins pour indiquer comment j'ai opté entre les deux.

Weber, pour sa part, a voulu distinguer entre l'ordre juridique du juriste, entendant par là l'ensemble des normes et règles du droit perçu comme un système, et l'ordre juridique sociologique. Romano ignore une telle distinction : dans sa conception, le système des normes est intégré à l'ordre juridique. Mieux encore : des règles deviennent juridiques dans la mesure où elles appartiennent à un ordre juridique. Il est donc analytiquement impossible de détacher les normes et règles du droit de l'ordre juridique. On aura constaté que c'est aussi la conception que j'ai présentée de l'ordre juridique. Je considère avec Romano que des normes et règles de conduite sont d'une autre nature que juridique si elles ne sont pas intégrées à un ordre juridique. Il est donc essentiel de réserver le vocable d'ordre juridique pour ne désigner que la totalité formée par les règles, leurs appareils et leur base de légitimité.

On a vu, par ailleurs, que Weber n'a pas beaucoup élaboré sa notion d'ordre juridique. On peut même se demander s'il ne l'avait pas empruntée à Romano, sans voir cependant tout l'usage qui pouvait en être fait. C'est Romano qui a le mieux explicité la structure de l'ordre juridique, c'est-à-dire les appareils chargés de produire et d'appliquer les normes et les règles. Romano a cependant omis un ensemble d'appareils, pourtant essentiel : celui qui interprète le droit, composé notamment des tribunaux et des professionnels du droit. Si Romano et Weber n'ont pas accordé une grande attention aux tribunaux (en tout cas bien moins que la sociologie du droit américaine ne l'a fait par la suite), Weber a cependant bien vu l'important rôle des interprètes du droit, qu'ils soient des «honoratoires» ou «notables» (rois, seigneurs, pontifes, chefs de village), ou des «notables de la robe» ou

professionnels du droit (juges, avocats, notaires, professeurs de droit)²³. Weber a aussi bien perçu l'importance du passage du premier type d'interprètes au second, à la fois dans l'évolution du droit lui-même, du statut que la société lui reconnaît et de son rôle historique. La fonction des interprètes a malheureusement été négligée par Romano. Il est pourtant essentiel que cet appareil que forme l'ensemble des interprètes du droit soit clairement identifié dans la définition de l'ordre juridique.

Autre élément de l'ordre juridique négligé par Romano : les fondements de la légitimité. On a vu plus haut que Weber a donné à cette question un éclairage auquel on se réfère encore, même si des auteurs ont pu considérer que les distinctions de Weber avaient besoin d'être raffinées ou complétées. Sans élaborer sur un type ou l'autre de fondement de la légitimité, cette dernière est essentielle à l'existence de l'ordre juridique.

Enfin, Weber et Romano ont tous deux reconnu la pluralité des ordres juridiques, dont on va maintenant parler. Mais on verra que c'est Romano qui l'a analysée le plus en profondeur.

IV- LA PLURALITÉ DES ORDRES JURIDIQUES

Si la notion de l'ordre juridique, telle qu'elle vient d'être définie, permet de cerner l'objet d'étude de la sociologie juridique, elle permet aussi d'en étendre le champ d'observation. Car si l'on prête attention aux critères que j'ai avancés pour définir l'ordre juridique, on verra qu'ils ne s'appliquent pas qu'au droit étatique. Telle est la seconde conclusion qu'il importe maintenant d'explicitier.

Les critères énoncés s'appliquent évidemment très bien à l'ordre juridique étatique. On peut même dire que c'est de ce dernier qu'ils sont inspirés avant tout. Cela vient sans doute de ce que l'ordre juridique étatique occupe, comme je le soulignais plus haut, une place et un statut prépondérants dans les sociétés modernes. On peut reconnaître en lui l'*archétype* de tout ordre juridique. Le droit de l'État est sans doute l'ordre juridique le plus élaboré, poussé à sa mesure (ou démesure) extrême. C'est lui qui se rapproche le plus de ce que j'ai appelé plus haut — reprenant la terminologie de Max Weber — le type pur de l'ordre juridique. Non seulement les règles y sont-elles toutes écrites, mais elles sont conçues de manière à composer un ensemble logique rationnel et clos. Les appareils chargés de créer ces règles (le pouvoir législatif), de les interpréter (le pouvoir judiciaire) et d'en gérer l'application (le pouvoir exécutif, administratif et répressif) sont très élaborés, très formalisés. Une profession

²³ Max WEBER, *Sociologie du droit*, traduction française de Jacques Grosclaude, Paris, P.U.F., 1986, notamment aux pages 142-161.

détient même un véritable monopole de l'interprétation de ce droit (les juristes), tandis que d'autres s'emploient à l'administrer, à l'appliquer et à le faire respecter (fonctionnaires, policiers). Les règles secondaires — telles que définies par H.L.A. Hart²⁴ — pour l'interprétation et l'application des règles primaires sont nombreuses et explicites. Enfin, l'autorité des règles primaires et secondaires du droit s'appuient sur le pouvoir politique dont la légitimité est constamment réaffirmée. Bref, tous les éléments d'un ordre juridique sont bien visibles et aisément discernables dans l'ordre juridique étatique.

Mais toute société — les sociétés modernes comprises — comporte un grand nombre d'autres ordres juridiques. Il faut cependant leur prêter une plus grande attention pour les discerner et les reconnaître. Donnons rapidement trois exemples d'ordres juridiques non étatiques, dans trois sphères différentes d'activités sociales.

Les ordres juridiques religieux

Les religions s'institutionnalisent sous la forme soit d'églises, soit de sectes. Selon la distinction classique établie entre église et secte, la première est plus organisée que la seconde, et aussi plus intégrée aux structures de la société globale. On peut dire que l'église a un ordre juridique plus formalisé, plus complexe, plus élaboré que la secte. Ce qui n'exclut pas que cette dernière ait aussi son ordre juridique, même s'il est plus rudimentaire.

L'ordre juridique ecclésiastique comprend des normes prévoyant notamment les conditions à remplir pour être admis dans l'église ou la secte, les raisons et les modalités d'exclusion, les règles de vie et les pratiques cérémonielles, rituelles, sacramentelles à observer, les postes d'autorité et les voies d'accès à ces postes, les sanctions applicables aux différents manquements, et ainsi de suite. Tel est l'univers des normes et règles régissant l'église ou la secte, son organisation et son fonctionnement, ses fidèles, son clergé s'il y en a un, sa hiérarchie, etc. Mais ce qui fait que ces normes et règles appartiennent à un ordre juridique, c'est que chaque église ou secte précise qui a ou a eu le pouvoir de faire les règles, à qui on reconnaît l'autorité de les interpréter et de qui en relève l'application. De plus, les règles et les appareils s'appuient sur une légitimité dont la source est généralement une révélation d'un dieu ou de dieux à un médium privilégié (Moïse, les Prophètes, les rédacteurs des Livres sacrés, etc.).

L'archétype occidental de l'ordre juridique ecclésiastique est sans doute celui de l'Église catholique. Celle-ci a hérité du système juridique que les grands réformateurs de l'Église ont élaboré aux XI^e et XII^e siècles et qui demeure encore aujourd'hui l'armature de l'organisation de l'Église

²⁴ Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, traduction française de Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

catholique. Le droit canon, unifié et codifié à cette époque à partir des éléments juridiques hérités du droit romain et de la pratique des siècles antérieurs, a servi à structurer l'Église et assurer son fonctionnement jusqu'à aujourd'hui. C'est d'ailleurs parce que le droit canon met en place un ordre juridique interne à l'Église qu'il a eu une telle influence historique. C'est en effet par le droit canon qu'ont été précisés les divers paliers de pouvoir législatif dans l'Église, mis en place les tribunaux qui connaissent d'une grande variété de questions (annulations de mariage, délits de membres du clergé, excommunications, béatifications et canonisations, etc.) et attribués des pouvoirs de répression et de sanctions. Cet ordre juridique ecclésiastique a été si bien pensé par les juristes canonistes de l'Église catholique des XII^e et XIII^e siècles qu'il a servi par la suite de modèle au développement et à la formalisation de l'ordre juridique des États occidentaux à partir du XIV^e siècle.

Un ordre juridique de même nature, bien que généralement moins élaboré, est assez aisément observable dans toutes — ou presque toutes — les églises, sinon les sectes.

Les ordres juridiques ludiques

Le jeu, dès qu'il implique la participation de deux personnes ou plus, appelle une réglementation, qu'il s'agisse d'une partie de cartes à laquelle participent deux, trois, quatre joueurs ou plus, ou de sports comme le football, le baseball, le hockey, ou encore les compétitions sportives en ski, en patin, sur des trapèzes. Tous les jeux exigent en effet que les participants connaissent les règles du jeu, les observent; cela suppose aussi que ces règles aient été édictées par quelque autorité, qu'un arbitre ou un juge soit autorisé à les interpréter au besoin et qu'une autorité puisse les faire respecter et imposer des sanctions. C'est dire que le jeu appelle un ordre juridique propre.

L'ordre juridique ludique peut être très simple. Quatre personnes s'attablent pour une partie de cartes. L'une d'elles peut être acceptée comme celle qui connaît les règles, les interprète et les applique. À l'autre pôle, les quatre joueurs peuvent se comporter comme le législateur qui définit les règles et le tribunal qui les interprète et les applique. S'il n'y a pas un accord, au moins implicite, sur un tel ordre juridique, les joueurs risquent d'être confrontés rapidement à des problèmes insolubles; la partie ne pourra durer très longtemps. Par exemple, si deux joueurs s'érigent tous les deux en législateurs et en juges, mais se réfèrent à des règles différentes, l'ordre juridique sera trop conflictuel pour fonder un club de cartes stable. La stabilité d'un club de cartes dépend de la reconnaissance par tous ses membres de l'ordre juridique qui les régit.

L'exemple du club de joueurs de cartes se situe peut-être à la limite de l'existence d'un ordre juridique; il peut servir à illustrer l'ordre juridique le plus simple ou le plus élémentaire que l'on puisse trouver. Par ailleurs, tous les sports, surtout les sports publics, ont un ordre juridique beaucoup plus

complexe qu'un club de cartes. Il suffit de penser à des sports comme le hockey, le baseball, le football, ou encore aux grandes compétitions sportives, les Jeux Olympiques ou les joutes pour une coupe internationale ou nationale. On y observe un droit privé qui définit très explicitement, par écrit, les règles primaires à observer dans le jeu. Il précise également les règles secondaires : à qui sont confiées les fonctions de législateur, d'interprète, de juge, de policier et comment chacun de ceux-ci doit exercer ses fonctions. C'est en vertu de cet ordre juridique interne, non étatique, que des joueurs délinquants sont, par exemple, exclus du jeu pour quelques minutes ou condamnés à une sorte d'exil pour plusieurs parties, voire à payer des amendes²⁵.

Les ordres juridiques marginaux

Nous entendons par milieux marginaux des zones de vie et d'interactions sociales qui sont, comme le dit le terme, à la marge d'une société, c'est-à-dire qui sont peu ou ne sont pas intégrés à une société. Les raisons de la marginalisation peuvent être bien nombreuses; la marginalisation peut être recherchée ou endurée par ceux qui la vivent, elle peut résulter d'un choix des marginaux ou être imposée par la société.

Donnons deux exemples bien différents. Toutes les études sur les communautés ethniques des grandes villes nord-américaines ont montré que ces communautés gardent — certaines plus que d'autres — une certaine marginalité. Celle-ci se manifeste notamment en ce que les membres de ces communautés ont moins de propension que les citoyens de vieille souche à recourir à l'ordre juridique étatique pour régler leurs problèmes et leurs conflits internes. Leur communauté a son propre ordre juridique, ses règles et normes, et certains membres de la communauté sont reconnus plus ou moins explicitement comme interprètes de ces règles et comme médiateurs, négociateurs ou juges pour régler les conflits, les disputes, les mésententes. Il existe ainsi un ordre juridique interne à ces communautés, qui ne vaut que pour leurs membres et que pour régler les interactions qu'ils ont entre eux²⁶.

25 Voir notamment, sur la régulation des sports, le numéro 1 de (1973) 38 *Law and Contemporary Problems* consacré à «Athletics» et en particulier dans ce numéro l'article de Harry M. CROSS, «The College Athlete and the Institution», pp. 151-171.

26 Un cas intéressant et particulièrement riche nous en est fourni par le fonctionnement des tribunaux rabbiniques pour les communautés juives : «Rabbinical Courts : Modern Day Solomons», (1970) 6 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 49-75.

Autre exemple, bien différent du premier. Adam Podgorecki²⁷ rapporte des études faites dans des milieux carcéraux en Pologne où l'on découvrirait ce qu'il appelle «une deuxième vie». En marge des normes et règles officielles s'est instauré un deuxième ensemble de normes et de règles mis en place par des détenus et qui régissent la vie de ceux-ci tout autant, sinon plus, que le règlement officiel de la prison. Comme le dit Podgorecki, cette «deuxième vie» se retrouve dans des milieux carcéraux fermés, déjà marginalisés, et qui n'ont aucune fonction sociale à remplir. Les détenus ne sont occupés qu'à «faire leur temps», selon la formule consacrée. Ce sont donc des conditions propices à l'éclosion d'une «deuxième vie», qui n'a elle-même pas plus de fonctionnalité que la première.

Ce droit caché règle les rapports entre les détenus, établit entre eux une hiérarchie, fixe des normes de comportement, prévoit des sanctions. Il n'est évidemment pas écrit, se transmet oralement, d'autant qu'il ne comprend que des règles simples. Ce «droit» ne peut cependant exister et survivre que dans la mesure où il s'intègre à un ordre juridique spécifique, extrêmement simple lui aussi. Celui-ci peut être basé sur l'autorité reconnue à un ou quelques détenus de légiférer, d'adjudger, tous les détenus participant par ailleurs aux sanctions.

Cet ordre juridique ressemble assez à celui du «gang» criminel, par les normes qu'il instaure, le secret dont il s'entoure, les sanctions qu'il applique, l'appareil qui le fait fonctionner. Dans une certaine mesure, l'ordre juridique des détenus est la continuation de l'ordre juridique criminel, mais transposé dans les conditions particulières de la prison.

Alors, tout ne devient-il pas juridique?

Les trois exemples que je viens d'élaborer rapidement posent le problème central de la notion d'ordre juridique : à savoir la pluralité des ordres juridiques. Parler d'ordre juridique pour désigner le droit étatique n'étonne pas trop. Il n'en va plus de même lorsqu'on utilise le même concept pour désigner des ordres normatifs que le juriste ne reconnaît pas comme juridiques. N'y a-t-il pas abus de langage à parler d'un ordre *juridique* dans le cas d'un club de joueurs de cartes ou d'un gang criminel? N'est-ce pas faire outrage au juridique que d'en étendre ainsi l'acception? Ne risque-t-on pas de banaliser le juridique en y faisant entrer ainsi une pluralité de phénomènes sociaux? N'en arrive-t-on pas à ce que tout soit juridique finalement?

Il est normal — il est même nécessaire — que le juriste continue à ne considérer comme juridique, de son point de vue, que ce qui est reconnu tel par les appareils de l'État (législateur, tribunaux). Il est essentiel de

²⁷ Adam PODGORECKI, *Law and Society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1974, pp. 137-148, 269 et 270.

distinguer l'ordre juridique étatique des ordres juridiques non étatiques. Par ailleurs, pour la sociologie, les ordres juridiques non étatiques appartiennent à la même classe d'institutions ou d'action sociale que l'ordre juridique étatique; ils répondent aux mêmes critères, ils se caractérisent tous de la même manière au sein de l'ordre normatif général.

Cela ne veut pas dire pour autant que «tout devient juridique». Au contraire, la notion d'ordre juridique telle que je l'ai définie plus haut discrimine clairement le «juridique» (entendu dans le sens sociologique élargi) du non juridique, en permettant de discerner d'une manière opératoire la «juridicité» (encore au sens large) d'un ensemble d'actions sociales particulier au sein du phénomène social total. En effet, les critères par lesquels j'ai défini l'ordre juridique nous servent de guide pour distinguer entre un ordre normatif à caractère juridique et un ordre normatif sans caractère juridique. Le juridique est étendu, mais il est en même temps délimité. Un exemple peut ici nous servir. Les règles de politesse en usage dans nos sociétés ne font pas partie d'un ordre juridique, parce qu'elles ne sont pas édictées par un législateur particulier et reconnu, ni interprétées par une autorité dont on accepte le jugement. Il est bien difficile de dire par qui et comment sont produites les règles de politesse; on peut par ailleurs croire que chacun de nous les interprète à sa manière et surtout que chacun est, en cette matière, le censeur des autres, en ce sens, que chacun participe à l'application de ces règles.

Par contre, on peut dire des règles du protocole qui entourent un personnage de rang élevé qu'elles forment un ordre juridique. Il y a souvent dans le personnel d'un tel personnage un «chef de protocole» qui interprète les règles existantes pour décider, par exemple, l'ordre de présentation d'invités, le costume que ceux-ci doivent porter, la manière de s'adresser au haut personnage et à ses proches, les places à table, etc. Il peut lui arriver de faire des règles, dans des circonstances non prévues par son code; il peut lui arriver aussi d'appliquer des sanctions. Le chef de protocole peut donc remplir tout à la fois les fonctions de législateur, d'interprète et de policier du protocole. Il n'importe que ce soit par une seule instance ou plusieurs; l'essentiel est que toutes ces fonctions soient remplies par un organe ou un agent spécialisé et nanti de l'autorité nécessaire.

Le pluralisme juridique : une tradition

Cette conception pluraliste des ordres juridiques a déjà une longue tradition et est partagée par un nombre croissant de chercheurs contemporains en sociologie juridique. Il n'est évidemment pas question d'en faire ici un inventaire exhaustif. On ne peut en indiquer que certains repères principaux.

Revenons d'abord à Weber et Romano. Le premier s'exprime très clairement : «Nous repoussons évidemment le point de vue selon lequel on ne peut parler de "droit" que là où existe une perspective de contrainte juridique garantie par le pouvoir politique... Nous parlerons d'"ordre

juridique" partout où il faut compter avec l'emploi de moyens de coercition quelconque, physiques ou psychiques, et si cet emploi est entre les mains d'un *appareil* de coercition.»²⁸ Pour sa part, Santi Romano va bien plus loin que Weber : il consacre la moitié de son ouvrage à analyser «la pluralité des ordres juridiques et leurs relations», développant une série d'exemples et présentant un schéma analytique des différents types de rapports pouvant exister entre les ordres juridiques²⁹. Pour Romano, les rapports entre le droit de l'État et d'autres ordres normatifs sont vraiment des *rapports entre divers ordres juridiques*. Il rompt ainsi radicalement avec le monisme et le dogmatisme juridiques. Pour analyser ces rapports, il a créé et largement utilisé une notion originale, celle de *relevance juridique* selon laquelle «l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre (est) conforme aux conditions mises par un autre ordre»³⁰. Cette notion lui permet d'élaborer les différents types de rapports de hiérarchie, de succession, de dépendance, d'influence entre les ordres juridiques. Elle lui permet aussi, à l'opposé, d'analyser les états *d'irrelevance* entre ordres juridiques. Celle-ci peut être partielle ou totale, réciproque ou unilatérale. Ainsi, le droit de l'État peut entretenir des rapports non seulement avec des ordres juridiques qu'il considère «*relevants*» (celui des Églises, ou des ordres professionnels, ou de corporations privées) mais aussi — parfois sans s'en rendre compte ou même en refusant de le reconnaître — avec des ordres juridiques qu'il considère «*irrelevants*» (des sociétés secrètes, des groupements révolutionnaires, des «gangs» marginaux criminels).

Plus près de nous, le pluralisme juridique ainsi entendu a été repris en particulier par William M. Evan qui, dans son ouvrage de 1962, poursuit une analyse très fine des rapports entre ce qu'il appelle les systèmes juridiques privés et le système juridique public³¹. Le philosophe et théoricien du droit Lon L. Fuller a aussi fondé sa réflexion sur une conception élargie du droit, dont il dit qu'il «inclut non seulement les systèmes juridiques des états et des nations, mais aussi les systèmes plus petits — ressemblant au droit par leur structure et leur fonction — que l'on trouve dans les unions ouvrières, les associations professionnelles, les clubs, les églises, les universités»³². Il appelle ces derniers des «systèmes juridiques miniatures». Déjà dans son

28 M. WEBER, *op. cit.*, note 3, p. 327. Le caractère italique est de nous.

29 S. ROMANO, *op. cit.*, note 7, pp. 77-163.

30 *Id.*, p. 106.

31 William M. EVAN, «Public and Private Legal Systems», dans William M. EVAN (dir.), *Law and Sociology. Exploratory Essays*, New York, The Free Press of Glencoe, 1962, pp. 165-184.

32 Lon L. FULLER, «Law and Human Interaction», (1969) 14 *The American Journal of Jurisprudence*, reproduit dans Harry M. JOHNSON (dir.), *Social System and the Legal Process*, San Francisco, Jossey-Bass, 1978, p. 59.

ouvrage de 1964, Fuller avait évoqué la présence de «centaines de milliers» de systèmes juridiques dans la société américaine³³.

Dans une veine un peu différente, Jean Carbonnier reconnaît la tradition pluraliste en sociologie soulignant «qu'il n'existe pas un pluralisme, mais des phénomènes de pluralisme, d'une extrême diversité»³⁴. Reprenant à son compte ce point de vue, André-Jean Arnaud distingue entre le droit et le juridique, ce dernier étant beaucoup plus étendu et englobant que le premier. «Le droit, écrit-il, est un système juridique; mais il n'est que l'un des systèmes juridiques, celui qui, parmi tous les "possibles", a été *posé* et *imposé* par un auteur investi du pouvoir de dire le droit, en un lieu et en un temps précis, et pour un groupe déterminé.» Ce qui l'amène à souligner qu'«il convient, dans chaque étude de sociologie juridique, d'en situer la matière par rapport aux systèmes considérés et de définir ces derniers comme relevant du *droit* ou simplement du *juridique*»³⁵. Par ailleurs, c'est au sociologue britannique Stuart Henry que l'on doit l'étude à la fois empirique et théorique la plus élaborée sur les rapports entre ordres juridiques privé et public, dans un ouvrage qui mérite bien plus d'attention que celle qu'on ne lui a encore accordée dans les milieux francophones³⁶.

C'est finalement peut-être à Jean-Guy Belley que l'on doit l'analyse la plus détaillée et la plus approfondie des sources et de la problématique du pluralisme juridique. Il en a cerné la présence à travers des expressions différentes, chez les fondateurs européens de la sociologie du droit : Eugen Ehrlich, Leon Petrazycki, Max Weber et Georges Gurvitch³⁷. Il en retrouve l'idée dans «la sociologie du droit institutionnalisée» des années 1940 à

³³ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, édition révisée, New Haven, Yale University Press, 1964, 1969, p. 125.

³⁴ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p. 210. Voir aussi du même auteur *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1979, pages 12-19. Je dois cependant dire que je n'aime pas le vocable d'«infra-droit» que monsieur Carbonnier a popularisé chez les juristes pour désigner des normes et règles qui ne sont pas reconnues par le droit de l'État. Non seulement ce terme laisse-t-il entendre qu'il existe une hiérarchie des normes, les plus nobles passant de l'infra-droit au vrai droit, mais elle est surtout trop vague pour être opératoire, car elle confond dans un même ensemble toutes les normes et règles non reconnues par le droit étatique, ce que ne fait précisément pas la notion d'ordre juridique.

³⁵ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. I: *Où va la sociologie du droit?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 20.

³⁶ Stuart HENRY, *Private Justice. Towards Integrated Theorising in the Sociology of Law*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1983.

³⁷ Jean-Guy BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977. Thèse de doctorat non publiée.

1980³⁸. Et il en vient à proposer quelques «éléments pour une problématique du pluralisme juridique», pour asseoir ce qu'il appelle «une problématique scientifique du pluralisme juridique»³⁹. Les propositions qu'avance Belley et la perspective que j'ai ici adoptée se recoupent. Je crois cependant que les propositions générales de Belley demandent à être précisées et rendues opératoires, par la recherche d'une problématique plus rigoureuse qu'on ne l'a fait jusqu'à présent de la régulation non étatique. C'est précisément cette voie qu'ouvre, à mon avis, le recours au concept d'ordre juridique.

V- LES RAPPORTS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES

Le grand avantage pour la sociologie juridique de reconnaître la pluralité des ordres juridiques, c'est de permettre d'explorer la dynamique des rapports d'influence entre les ordres juridiques, notamment entre l'ordre juridique étatique et les autres. On sait, bien sûr, et le juriste mieux que les autres, que l'élaboration, l'interprétation et l'application des règles de droit ne se font pas suivant la seule logique juridique, ni à l'intérieur du seul droit. Elles sont influencées par des normes, des règles, des principes venant de l'extérieur du droit⁴⁰. Mais c'est une chose de le savoir, c'en est une autre d'explorer d'une manière systématique et scientifique ces rapports d'influence. Un cadre conceptuel assez rigoureux est alors nécessaire, que la conception pluraliste des ordres juridiques peut au moins contribuer à apporter, comme a notamment cherché à le faire Santi Romano.

Pour étayer cette affirmation à l'aide d'une illustration, rappelons que l'analyse des rapports entre droit et changement social est particulièrement difficile et ouverte à l'arbitraire. Dans sa revue de la littérature sociologique sur le droit, Roman Tomasic le souligne :

*On a accordé étonnamment peu d'attention [...] à l'explication du changement social par l'action du droit. Sur ce thème, on semble n'avoir fait que bien peu de progrès au-delà de la discussion de Roscoe Pound de 1916 touchant «Les limites de l'action effective du droit».*⁴¹

³⁸ Jean-Guy BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11-31. Voir en particulier pages 18-26.

³⁹ *Id.*, 26-31.

⁴⁰ Voir notamment là-dessus l'article de Roderick A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 8.

⁴¹ Roman TOMASIC, *The Sociology of Law*, London, Beverly Hills, New Delhi, Sage Publications, 1985, p. 99.

C'est pourtant là une des questions les plus importantes parmi celles qui sont posées à la sociologie juridique. Une approche en termes d'ordres juridiques pluralistes peut aider à élaborer une conceptualisation appropriée.

Le droit et les changements technologiques

Prenons le cas du droit et des changements technologiques. Voici un ensemble de problèmes où des changements extrêmement rapides dans les sciences et les techniques (l'informatisation, par exemple, ou encore le génie génétique ou les connaissances scientifiques sur l'énergie) posent au droit une série de problèmes nouveaux et souvent urgents. Ces problèmes se ramènent tous à préciser quel type de régulation (législation, règlements, contrats, etc.) et quelles normes peuvent le mieux contrôler ces développements, protéger les individus, l'environnement, sans nuire par ailleurs au progrès scientifique et technologique.

Une analyse de la question dans la perspective de la pluralité des ordres juridiques permet d'assister à ce qu'on appelle «l'émergence de normes» hors du droit, dans divers milieux. Mais ces normes n'émergent pas n'importe où, n'importe comment et par n'importe qui. Elles prennent naissance et s'affirment parce que des personnes, des groupes directement impliqués dans l'innovation et/ou la diffusion de la connaissance scientifique et des technologies nouvelles s'interrogent sur les contrôles nécessaires. Résumant une série de recherches sociologiques sur les effets sociaux des changements technologiques, Paul Bernard et Louis Maheu écrivent : «La technologie cristallise, en un point donné de l'histoire, les rapports sociaux de la société qui l'a vue naître ou de celle qui l'a adoptée. À cause de cela même, elle contribue à imposer une direction à l'évolution ultérieure de ces rapports sociaux, l'organisation sociale elle-même prenant ainsi forme dans la continuité et dans les contradictions...»⁴²

Si la technologie a cet effet «cristallisant» sur les rapports sociaux, si elle exerce cette influence sur l'organisation sociale et son évolution, ce n'est évidemment pas d'elle-même, mais par l'usage que des personnes, des groupes en font. Plus précisément encore, ce sont les règles que des personnes, des groupes se donnent dans l'usage des technologies qui «cristallisent» des rapports sociaux et l'évolution d'une organisation sociale. Un cas typique est celui de techniques et technologies de la santé et de la vie utilisées en médecine⁴³. La profession médicale a derrière elle une très

⁴² Paul BERNARD et Louis MAHEU, «Les sciences sociales et les transformations technologiques : confrontation de perspectives», dans Paul BERNARD et Édouard CLOUTIER, *Sciences sociales et transformations technologiques*, Document n° 87-02, Québec, Conseil de la science et de la technologie, juin 1987, p. 22.

⁴³ Une équipe du C.R.D.P. est précisément engagée dans un projet de recherche sur la normativité qui préside à l'acquisition et à l'utilisation de technologies

longue tradition d'auto-régulation de ses membres. Elle est à cet égard un très ancien ordre juridique non étatique. En l'absence de législation ou de jurisprudence, le Collège des médecins a lui-même établi des règles ou normes, un code de déontologie qui tiennent lieu de droit pour les membres de la corporation. Dans les hôpitaux, les médecins, par des comités d'éthique, des comités de discipline ou autrement, produisent des normes régissant leur conduite et leurs rapports avec leurs patients (et avec d'autres membres du personnel médical). La profession médicale est un cas typique où des agents ou appareils ont eu une autorité reconnue pour élaborer, interpréter et appliquer des règles ayant tous les caractères du juridique, sans relever de l'État⁴⁴.

On peut observer la même émergence de normes non étatiques dans bien d'autres secteurs où l'on retrouve l'équivalent d'ordres juridiques : l'industrie qui introduit une banque de données personnelles de ses employés⁴⁵; l'entreprise qui met des micro-processeurs sur le marché; le laboratoire qui fait des recherches sur la fertilisation *in vitro*, etc. Bref, la technologie influence la vie économique, sociale, culturelle en passant par le prisme de la régulation que produisent à son sujet une série d'ordres juridiques non étatiques.

Tout cela n'exclut évidemment pas qu'intervienne la régulation par l'État. Ce qu'il est important d'analyser alors, c'est la source précise de cette régulation étatique : quel ordre juridique non étatique jouit du crédit, du pouvoir, de l'influence nécessaires pour faire accepter ses normes? Quel compromis la régulation étatique (celle du législateur ou celle d'un tribunal) réalisera-t-elle entre les normes de plusieurs ordres juridiques non étatiques concurrents?

Déréglementation et autorégulation

Les questions qu'on vient de poser rejoignent une préoccupation contemporaine : celle de la déréglementation, très à la mode dans notre pays comme ailleurs, bien qu'on commence à prendre conscience des illusions qu'elle porte et des limites et des dangers qu'elle recèle.

nouvelles dans les hôpitaux du Québec. Ce projet s'insère à son tour dans un vaste programme de recherche du Centre sur «les dimensions juridiques des changements technologiques».

44 Pour le Québec, et touchant particulièrement le rôle normatif de l'ordre professionnel des médecins, voir l'article de Denise COUTURE, «La réforme du droit professionnel au Québec : le cas de la Corporation professionnelle des médecins», (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 97-112.

45 La régulation et l'absence de régulation des banques privées de données personnelles ont été analysées à fond par le GROUPE DE RECHERCHE INFORMATIQUE ET DROIT (GRID), *L'identité piratée*, Montréal, Société québécoise d'information juridique, 1986.

La déréglementation ne signifie pas élimination et absence de toute norme et de toute règle. Elle implique plutôt un retrait opéré par l'État dans des domaines où il avait pris l'habitude d'intervenir par des lois et des règlements. Mais quand l'État ne réglemente plus, d'autres s'empressent de le faire à sa place. Le vide laissé par l'État est rapidement comblé. Ce qui importe, d'un point de vue sociologique et aussi politique, est de savoir qui réglemente à la place de l'État, pour quels motifs ou intérêts, selon quels procédés et avec quelles conséquences.

L'autorégulation — qui théoriquement remplace la réglementation étatique — est loin d'être un phénomène simple. Elle peut revêtir bien des formes et avoir des effets bien divers. On l'invoque souvent, mais on l'a jusqu'à présent trop peu analysée. Dans la perspective que je propose d'adopter, la déréglementation et l'autorégulation entrent tout à fait dans le champ de la sociologie juridique — ce qui n'est pas le cas lorsqu'on restreint celle-ci à l'analyse du seul droit étatique. Mieux encore, la sociologie juridique, telle que je la vois, tient en main, avec le concept des ordres juridiques et de leurs interactions et «relevances», un modèle conceptuel susceptible d'éclairer l'activité autorégulatoire. Celle-ci apparaît en effet comme l'action d'ordres juridiques dont l'organisation et les processus de fonctionnement peuvent être observés et analysés d'une manière systématique (voire systémique) et rigoureuse.

Prenons un exemple d'actualité. Les bourses sont une institution où l'autorégulation s'est exercée d'une manière très libre. Selon les pays, mais d'une manière générale, les cambistes se sont employés à réglementer eux-mêmes le fonctionnement des bourses et à mettre en place les appareils d'un véritable ordre juridique. Selon les pays encore, l'intervention de l'État a été plus ou moins marquée; là où l'État est intervenu, il n'a nulle part remplacé l'ordre juridique privé de la bourse.

L'auteur de l'une des rares analyses ayant porté sur l'auto-régulation des marchés financiers en Angleterre conclut en se demandant si «les contrôles externes, y compris le contrôle gouvernemental, qui peuvent s'exercer sur l'auto-régulation sont suffisants» dans la perspective de la responsabilité sociale («*accountability*») dont on se préoccupe plus qu'auparavant en ces matières⁴⁶. La crise boursière a évidemment fait surgir rapidement le même questionnement. Au moment de la grande panique, un journaliste canadien se demande «qui surveille ce marché?». Il recueille alors le témoignage de courtiers, qui tout à coup réclament des contrôles plus étendus et plus fermes de la part du gouvernement canadien⁴⁷. Voilà un beau phénomène de

⁴⁶ Alan C. PAGE, «Self-Regulation : the Constitutional Dimension», (1986) 49 *The Modern Law Review* 141-167. La citation est à la page 166.

⁴⁷ Peter C. NEWMAN, «Who is Watching the Traders?», *Maclean's*, 26 octobre 1987, p. 42.

transfert et d'aller-retour de juridiction entre l'ordre juridique étatique et un ordre juridique privé.

CONCLUSION

Il est certain que la sociologie juridique s'emploie à analyser et à expliquer le droit positif en le situant dans le contexte social où il prend forme. On a déjà, par exemple, beaucoup pris en compte le rôle des groupes d'intérêts, groupes de pression et «lobbies» sur l'élaboration du droit. Mais une sociologie des ordres juridiques apporte une dimension analytique supplémentaire importante : elle permet de suivre l'élaboration et la mise en oeuvre des différents types de normes juridiques d'une manière plus rigoureuse, en identifiant les mécanismes et les processus lointains de production de ces normes. Ces mécanismes et processus ont une logique et une proportion de rationalité et de non-rationalité qui ne sont pas moindres que celles des appareils d'État. Le préjugé qui attribue plus de rationalité au droit étatique qu'aux normes non étatiques provient précisément de ce qu'on n'a pas perçu l'existence et l'activité des autres ordres juridiques, avec les contraintes de leur rationalité propre et les exigences de leur logique interne.

Il est cependant évident qu'une telle problématique remet en question une sociologie juridique (ou plutôt du droit) jusqu'à maintenant trop soumise au point de vue du juriste. Elle oblige à sortir du paradigme du monisme juridique. Plus précisément encore : elle fait éclater le pluralisme pratiqué dans la seule *perspective juridique*, pour le situer dans une perspective sociologique. Le pluralisme d'inspiration exclusivement juridique consiste à reconnaître d'autres formes de régulation extérieures à l'État et susceptibles d'influencer le droit de l'État, mais seulement comme des *faits sociaux* extérieurs au droit et n'ayant rien à voir avec la nature de l'institution juridique. Ainsi, le juriste peut s'interroger sur l'opportunité d'accorder ou non un certain statut à une régulation «privée», ou de la consacrer officiellement juridique en lui reconnaissant le caractère de la «règle de droit». La perspective sociologique, pour sa part, étend la notion du juridique à des formes de régulation qui n'entrent pas dans le champ juridique du juriste, à la fois pour mieux analyser des phénomènes sociaux dans cette perspective et pour mieux mettre en lumière les rapports d'interaction entre les faits sociaux et le droit étatique. La notion d'ordre juridique, entendue dans ce sens, forme le pivot central de cette perception étendue du phénomène juridique.

CHAPITRE 8

LE DROIT ET LES JURISTES DANS UNE «SOCIÉTÉ LIBRE ET DÉMOCRATIQUE», SELON ALEXIS DE TOCQUEVILLE*

La «société libre et démocratique» est une de ces «notions floues» que le droit canadien, depuis 1982, cherche maintenant à assimiler. Le problème est particulièrement posé aux tribunaux qui ont à délimiter et interpréter cette notion nouvelle. Au cours des dernières années où il exerça ses fonctions à la Cour suprême du Canada, le juge Jean Beetz eut quelques occasions de réfléchir à l'interprétation de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* où a été déposée cette formulation.

En apparence simple et limpide, cette notion cache bien des problèmes qu'elle ne révèle pas au premier regard. L'une et l'autre des deux notions, la liberté et la démocratie, sont complexes en elles-mêmes. Chacune a fait l'objet de nombreux débats théoriques et pratiques, depuis la Grèce classique jusqu'à nos jours. Et le fait de les accoupler et d'en faire d'un même souffle les traits caractéristiques d'une «société» vient ajouter encore à la complexité du sujet.

Dans ce contexte juridique nouveau, auquel fut confronté Jean Beetz, il ne paraît pas hors de propos d'évoquer les travaux d'un juriste et penseur du XIX^e siècle qui compte parmi ceux qui ont le plus contribué à la réflexion sur la liberté et sur la démocratie, Alexis de Tocqueville (1805-1859). Celui-ci est avant tout connu par ses deux ouvrages principaux : *De la démocratie en Amérique* (paru en deux tomes en 1835 et 1840) qui le rendit déjà célèbre au début de la trentaine, et *L'Ancien régime et la révolution* (paru en 1856). Aujourd'hui, l'ensemble de ses *Oeuvres complètes*, comprenant ses discours, ses souvenirs, ses notes de voyage, sa correspondance nous est maintenant accessible¹. Sa biographie est bien connue² et son oeuvre a fait l'objet d'un grand nombre d'analyses³.

* Ce texte a initialement été publié dans : (1994) 28 *R.J.T.* 1011 ainsi que dans l'ouvrage collectif en hommage à l'Honorable Jean Beetz, juge à la Cour suprême du Canada, *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 901.

¹ Alexis de TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes* en 13 tomes et 21 volumes, sous la direction de J.-P. Mayer, Paris, Gallimard, 1951. C'est d'après cette édition que seront cités tous les extraits des écrits de Tocqueville.

² Il existe en français deux biographies de Tocqueville : Xavier de la FOURNIÈRE, *Alexis de Tocqueville, un monarchiste indépendant*, Paris,

Déjà en 1959, à l'occasion des manifestations qui marquèrent le centenaire de la mort de Tocqueville, René Rémond disait : « Depuis bientôt cent-vingt-cinq ans que les commentateurs célèbrent à l'envi la nouveauté de l'oeuvre de Tocqueville, on n'a plus guère de chance d'être original en affirmant son originalité. »⁴ Et depuis lors, les travaux sur Tocqueville n'ont cessé de se multiplier. Il peut paraître audacieux d'ajouter encore. Pourtant, cette oeuvre riche et subtile mérite toujours qu'on y revienne, car on ne cesse d'y découvrir d'autres facettes et de nouvelles dimensions.

C'est la sociologie du droit inscrite dans l'oeuvre de Tocqueville que je voudrais ici mettre en lumière. Si l'on considère Tocqueville comme un des pères de la sociologie, on n'a pas l'habitude de le ranger parmi les fondateurs de la sociologie du droit. Il y a pourtant dans l'oeuvre de Tocqueville, surtout dans son analyse de la démocratie américaine, les éléments d'une théorie et d'une méthode de la sociologie du droit. Nous allons tenter de les dégager.

Comme Montesquieu, qui fut une de ses principales sources d'inspiration — comme on le verra plus loin —, Alexis de Tocqueville étudia

Perrin, 1981; André JARDIN, *Alexis de Tocqueville (1805-1859)*, Paris, Hachette, 1984. La première est menée sur un ton trop exclusivement élogieux; la seconde peut être considérée comme la biographie la plus complète et définitive.

³ Négligeons les très nombreux articles, répartis dans diverses revues. Parmi les ouvrages, mentionnons les suivants selon la langue, parmi les plus importants. En anglais : Jack LIVELY, *The Social and Political Thought of Alexis de Tocqueville*, Oxford, Clarendon Press, 1965; Seymour DRESHER, *Dilemmas of Democracy. Tocqueville and Modernization*, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 1968; James T. SCHLEIFER, *The Making of Tocqueville's «Democracy in America»*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1980; I. ZEITLIN, *Liberty, Equality and Revolution in Alexis de Tocqueville*, Boston, Brown and Cie, 1971; Marvin ZETTERBAUM, *Tocqueville and the Problem of Democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1967. En français : Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de Tocqueville*, Paris, Presses universitaires de France, 1970; Jean-Claude LAMBERTI, *La notion d'individualisme chez Tocqueville*, Paris, Presses universitaires de France, 1970; du même, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, Presses universitaires de France, 1983; Antoine LECA, *Lecture critique d'Alexis de Tocqueville*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988; Pierre MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Julliard, 1982; J. NANTET, *Tocqueville*, Paris, Seghers, 1971; C. POLIN, *De la démocratie en Amérique. Profil d'une oeuvre*, Paris, Hatier, 1973; ouvrage collectif, *Alexis de Tocqueville. Livre du Centenaire 1859-1959*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1960; ouvrage collectif, *Analyses et réflexions sur Tocqueville. De la démocratie en Amérique*, Paris, Éditions Marketing, 1985.

⁴ René RÉMOND, «Tocqueville et la démocratie en Amérique», dans *Alexis de Tocqueville. Livre du Centenaire 1859-1959, op. cit.*, note 3, p. 181.

le droit. Il le pratiqua très sérieusement au début de sa carrière, avant d'entrer dans une vie politique assez agitée et d'entreprendre entre-temps des travaux de recherche qui occupèrent une importante partie de sa vie. Si ces travaux de recherche ont mérité à Tocqueville d'être compté parmi les précurseurs de la sociologie (un terme qu'il n'a lui-même jamais employé), il est indubitable qu'ils portent l'empreinte de ses études juridiques et de sa pratique du droit.

Cependant, pour bien comprendre la sociologie du droit de Tocqueville, il y a lieu de préciser d'abord quelles furent les convictions profondes de Tocqueville à l'égard de la démocratie et de la liberté. Nous pourrions ensuite faire état de la manière dont la sociologie lui a servi à éclairer les conditions favorables et défavorables à l'émergence et au maintien d'une société libre et démocratique.

La liberté et la démocratie, selon Tocqueville

Dans la hiérarchie des valeurs de Tocqueville, la liberté vient en tout premier lieu. Elle prime tout, elle est le coeur, elle est le noyau central des aspirations essentielles des hommes. Il dit d'elle : «La liberté est, en vérité, une chose **sainte**. Il n'y a qu'une autre qui mérite mieux ce nom : c'est la vertu. Encore qu'est-ce que la vertu, sinon le choix **libre** de ce qui est bien?»⁵ Liberté n'est cependant pas licence, aux yeux de Tocqueville : elle ne s'exerce et ne se réalise que dans la reconnaissance et le respect de la justice et la poursuite de l'égalité, à l'intérieur d'un ordre social et moral. C'est l'équilibre délicat et toujours incertain entre la liberté, la tyrannie et la révolution qui a préoccupé Tocqueville tout le long de sa vie et dont on retrouve maints échos dans toute son oeuvre. Un des meilleurs analystes de la pensée de Tocqueville écrit à son sujet :

La liberté est la première de ses valeurs politiques, mais il ne la conçoit pas comme une indépendance totale, mais plutôt à la façon des Anciens ou de Montesquieu, comme une liberté réglée par de justes lois [...] Dans l'ordre moral, comme dans l'ordre social et politique, il existe des normes objectives qui s'imposent au respect des hommes. Mais cette idée de l'ordre n'exclut nullement la liberté, selon Tocqueville.⁶

François Bourricaud note, de son côté, l'ambiguïté de la notion de liberté chez Tocqueville. Celle-ci apparaît «sous trois aspects qui ne sont pas

⁵ A. de TOCQUEVILLE, «Voyage en Angleterre et en Irlande en 1835», dans *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 1, t. V, vol. 2, p. 91. Les caractères gras sont de Tocqueville lui-même.

⁶ Jean-Claude LAMBERTI, «La liberté et les illusions individualistes selon Tocqueville», (1986-87) 8 *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville* 160 et 161.

contradictoires, mais qui doivent être conciliés : la liberté aristocratique, la liberté bourgeoise et la liberté civique. Cette dernière, c'est «celle du citoyen qui obéit à la loi parce que c'est lui qui l'a faite, non pas tout seul et pour lui-même, mais avec d'autres et selon des procédures convenues». Et il ajoute qu'une des propositions qui caractérisent le libéralisme de Tocqueville, c'est la conviction que «l'individu ne réalise complètement sa liberté qu'en participant à la vie politique»⁷.

C'est évidemment dans cette perspective que la démocratie a pu apparaître à Tocqueville comme le type d'organisation politique et sociale le plus favorable à cette «liberté civique» qu'il privilégie. Il faut cependant reconnaître qu'à l'endroit de la démocratie, son adhésion est moins, dirait-on, philosophique que sociologique. Il en perçoit la montée irrésistible, qu'il décrit bien dans un texte de 1833 :

*Le siècle est éminemment démocratique. La démocratie ressemble à la mer qui monte : elle ne recule que pour revenir avec plus de force sur ses pas; et au bout d'un certain temps, on aperçoit qu'au milieu de ses fluctuations, elle n'a cessé de gagner du terrain. L'avenir prochain de la société européenne est tout démocratique : c'est ce dont on ne saurait douter.*⁸

Mais si elle est inéluctable, la démocratie n'est pas une donnée : elle est une oeuvre à travailler, une utopie à poursuivre, à travers les vicissitudes de l'histoire humaine. Elle représente une entreprise à laquelle Tocqueville convie ses contemporains. Une entreprise délicate, difficile, incertaine, qu'il décrit ainsi dans l'Introduction de *De la démocratie en Amérique* :

*Instruire la démocratie, ranimer s'il se peut ses croyances, purifier ses moeurs, régler ses mouvements, substituer peu à peu la science des affaires à son inexpérience, la connaissance de ses vrais intérêts à ses aveugles instincts; adapter son gouvernement aux temps et aux lieux; le modifier suivant les circonstances et les hommes : tel est le premier des devoirs imposé de nos jours à ceux qui dirigent la société. Il faut une science politique nouvelle à un monde tout nouveau.*⁹

L'égalité aussi est une valeur positive dans la pensée de Tocqueville, dans la mesure où elle est associée à la démocratisation de la société. Mais,

⁷ François BOURRICAUD, «Les "convictions" de M. de Tocqueville», (1985-86) *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville* 112 et 113.

⁸ A. de TOCQUEVILLE, «Voyage en Angleterre de 1833», dans *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 1, t. V, vol. 2, p. 37.

⁹ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *id.*, t. I, vol. 1, p. 5.

comme la démocratie, «dans l'échelle des valeurs toquevilliennes, l'égalité est subordonnée à la liberté [...] L'égalité n'est valorisée qu'autant qu'elle constitue une des conditions, d'ailleurs nécessaire, de la liberté»¹⁰.

Tocqueville est à la fois libéral et démocrate. Mais il est profondément et presque viscéralement libéral; en revanche, il est démocrate par raison et par réflexion. À ses yeux, liberté, démocratie et égalité ne sont donc pas sur un même pied. La liberté est le principe de la conception humaniste qu'il se fait de la vie humaine individuelle et sociale; la démocratie et l'égalité sont un produit historique, une réalité nouvelle qui émerge des sociétés de l'Ancien régime et s'impose désormais aux sociétés modernes. L'aristocrate Tocqueville s'incline devant une évolution irréversible, dont il s'agit de tirer le meilleur parti possible. Sa conviction de démocrate ne s'alimente donc pas aux mêmes sources que sa conviction libérale.

C'est peut-être précisément cette tension chez lui entre ce en quoi il croit et ce qu'il voit, ses aspirations et ses observations, qui explique que son oeuvre, malgré ses faiblesses, ait traversé le temps et nous parle encore aujourd'hui. Le génie de Tocqueville fut de dégager de la conjoncture de son époque une oeuvre qui demeure d'une grande actualité plus d'un siècle et demi plus tard. Ce coup de génie s'explique en partie par l'esprit d'analyse et d'abstraction dont il fit preuve. François Furet remarque avec raison qu'en comparaison des philosophes et historiens de son époque, «la supériorité de Tocqueville fut une supériorité d'abstraction»: tout en cherchant à comprendre la Révolution française, il a su s'en abstraire pour explorer le type de démocratie qui en résultait¹¹. Et il le fit d'une manière moins historique que sociologique, en élaborant une méthode sociologique, qu'il sut bien mettre à profit.

La méthode sociologique de Tocqueville

En ce qui a trait à la méthode de Tocqueville, elle est essentiellement comparatiste. Dans *L'Esprit des lois*, Montesquieu avait eu recours, comme plusieurs autres philosophes de son temps, à des faits et observations tirés de différentes époques et de différents pays. Mais ils lui servaient avant tout d'illustrations dans ses exposés. Tocqueville s'est employé à comparer les faits et données qu'il avait devant lui d'une manière rigoureuse et systématique, tenant compte de leur contexte général pour chercher à isoler les éléments comparables et dégager une conclusion de leur mise en rapport. C'est particulièrement dans *La démocratie en Amérique* qu'il fit un grand usage de la méthode comparative. De nombreuses pages y sont consacrées à

¹⁰ F. BOURRICAUD, *loc. cit.*, note 7, 114.

¹¹ François FURET, «The Intellectual Origins of Tocqueville's Thought», (1985-86) *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville* 123.

comparer différents aspects de la démocratie dans les trois principaux pays où elle était instaurée : les États-Unis, la France et l'Angleterre.

La seconde méthode à laquelle eut recours Tocqueville est celle du «type pur», que Max Weber allait systématiser quelque cinquante ans plus tard. Très brièvement, cette méthode consiste à construire, à partir d'éléments cueillis dans la réalité, le portrait le plus complet possible d'une institution, d'un régime, en en dégagant les traits essentiels. On appelle ce portrait un «type pur» parce qu'il ne se retrouve nulle part tel quel dans la réalité. Mais le type pur n'est pas normatif, il est logique : il n'est pas l'expression d'un vœu, c'est un concept élaboré à partir de tous les éléments qui peuvent logiquement en faire partie. Il est abstrait, en ce sens qu'il est dégagé de toutes les impuretés que la réalité peut comporter. Mais précisément parce qu'il est ainsi poussé jusqu'à sa perfection logique, le type pur peut ensuite être confronté à différentes réalités et servir d'étalon pour faire ressortir diverses variations. Conjugué à la méthode comparative, le type pur a fait la preuve de sa grande utilité. Nous verrons plus loin, au sujet des juristes, un exemple de l'usage qu'a fait Tocqueville de la conjugaison de ces deux méthodes.

L'exemple classique de l'utilisation du type pur est celle qu'en fit Max Weber, notamment pour étudier la bureaucratie. Tocqueville fit usage de cette méthode cinquante ans plus tôt, pour comparer la démocratie aux États-Unis, en France et en Angleterre. Le type pur de la démocratie lui permit de mettre en lumière les points de ressemblance et de dissemblance entre les régimes politiques et sociaux des trois pays qui faisaient alors l'expérience de la démocratie.

Le modèle théorique : de Montesquieu à Tocqueville

Pour ce qui est du modèle théorique qui lui a servi de guide, c'est de l'oeuvre de Montesquieu que Tocqueville s'est inspiré. La distinction que Montesquieu avait empruntée aux penseurs grecs entre la démocratie, la monarchie et le despotisme lui sert de point de départ et de cadre général. Mais c'est surtout la société démocratique qui va l'intéresser et qu'il va approfondir. Au début du XVIII^e siècle, Montesquieu ne pouvait observer aucune démocratie vivante. Il ne pouvait se référer qu'à celles du passé, celles de la cité grecque et de l'empire romain, telles qu'elles avaient été décrites par les auteurs de l'époque. Un siècle plus tard, Tocqueville a sous les yeux trois cas de régimes démocratiques, présentant entre eux des différences et des ressemblances. Il lui était donc possible de pousser plus loin, plus en profondeur que ne l'avait fait Montesquieu, l'analyse des régimes et sociétés démocratiques.

Mais plus encore, Tocqueville s'inspire de la vision à la fois synthétique et analytique de Montesquieu. Pour ce dernier, une nation forme une unité, par ce qu'il appelait «l'esprit» qui réunit l'ensemble de ses parties et régit les

rapports entre elles. C'est cet esprit de la nation qui fait aussi l'esprit des lois, leur unité et leur cohésion. De même, Tocqueville recherche ce qui fait l'unité non d'une nation mais d'un type de société, la société démocratique. Et à la différence de Montesquieu, il ne s'attache pas à comprendre l'unité des lois, mais plutôt le rôle que peuvent jouer les lois pour établir et maintenir l'unité de la société démocratique. Alors que le droit est généralement une variable dépendante pour Montesquieu, il est avant tout une variable indépendante chez Tocqueville. La variable dépendante, c'est-à-dire le phénomène que Tocqueville cherche à expliquer, c'est la société démocratique, et il cherche à cerner l'apport du droit, comme une des variables indépendantes parmi d'autres. Ajoutons aussi que Tocqueville est plus sensible que Montesquieu aux contradictions qui accompagnent l'unité d'une société. La méthode du type pur qu'il pratique lui permet de mettre ces contradictions en lumière.

La place du droit comme variable indépendante, en d'autres termes l'influence réelle du droit dans la société, n'est pas facile à mesurer. Tocqueville nous donne ici un avertissement sur lequel tout sociologue du droit et tout juriste ont intérêt à méditer :

Celui qui recherche dans les faits l'influence réelle qu'exercent les lois sur le sort de l'humanité, est exposé à de grandes méprises, car il n'y a rien de si difficile à apprécier qu'un fait.¹²

Difficile sans doute, mais pas impossible. C'est à y réussir que s'emploie Tocqueville : il s'attache à rechercher l'influence du droit dans les différents secteurs de la démocratie américaine. Pour ce faire, il s'inspire directement du modèle analytique de Montesquieu : facteurs physiques, politiques, économiques, sociaux, culturels. Cela est particulièrement le cas dans le premier tome de *La démocratie en Amérique*.

Le droit dans les régimes aristocratiques et les démocraties

La principale raison pour laquelle Tocqueville s'intéresse à la société américaine, c'est qu'il veut comprendre le fonctionnement de ses institutions politiques démocratiques et expliquer le succès qu'on leur reconnaît. Et en tant que juriste, la place et le rôle du droit l'intéressent tout particulièrement. S'inspirant du modèle théorique de Montesquieu, il fait, parmi tous les facteurs possibles, un choix qu'il résume ainsi :

J'ai pensé que toutes les causes qui tendent au maintien de la république démocratique aux États-Unis pourraient se réduire à trois : la situation particulière et accidentelle dans laquelle la Providence a

¹² A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 1, t. I, vol. 1, p. 222.

*placé les Américains forme la première; la deuxième provient des lois; la troisième découle des habitudes et des moeurs.*¹³

Reprenant plus loin ces trois grandes causes, il en vient à les classer par ordre d'influence :

*L'on s'exagère en Europe l'influence qu'exerce la position géographique du pays sur la durée des institutions démocratiques. On attribue trop d'importance aux lois, trop peu aux moeurs. Ces trois grandes causes servent sans doute à régler et à diriger la démocratie américaine; mais s'il fallait les classer, je dirais que les causes physiques y contribuent moins que les lois, et les lois moins que les moeurs. Je suis convaincu que la situation la plus heureuse et les meilleures lois ne peuvent maintenir une constitution en dépit des moeurs, tandis que celles-ci tirent encore parti des positions les plus défavorables et des plus mauvaises lois. L'importance des moeurs est une vérité commune à laquelle l'étude et l'expérience ramènent sans cesse... Si je ne suis point parvenu à faire sentir au lecteur dans le cours de cet ouvrage l'importance que j'attribuais à l'expérience pratique des Américains, à leurs habitudes, à leurs opinions, en un mot à leurs moeurs, dans le maintien de leurs lois, j'ai manqué le but principal que je me proposais en l'écrivant.*¹⁴

Ces deux citations résument bien le cadre analytique utilisé par Tocqueville, et la place qu'il y accordait au droit. En bref, le droit n'a pas d'effet magique. Il n'agit pas de lui-même, mais seulement en interdépendance avec les moeurs d'une société. Et son action est même conditionnée par les moeurs, avec lesquelles il doit en définitive s'harmoniser.

Poussons maintenant un peu plus avant l'analyse que fait Tocqueville du droit, particulièrement du droit américain. Pour Tocqueville, le droit se développe pour répondre aux exigences d'une société qui évolue en devenant plus complexe et où se multiplient les rapports sociaux. Dans les premières pages du premier tome de *La démocratie en Amérique*, il trace un tableau synthétique de l'histoire du pouvoir en France.

La société devenant avec le temps plus civilisée et plus stable, les différents rapports entre les hommes deviennent plus compliqués et plus nombreux. Le besoin des lois civiles se fait vivement sentir. Alors naissent des légistes; ils sortent de l'enceinte obscure des tribunaux et

¹³ *Id.*, p. 289.

¹⁴ *Id.*, pp. 322 et 323.

*du réduit poudreux des greffes, et ils vont siéger dans la cour du prince, à côté des barons féodaux couverts d'hermine et de fer.*¹⁵

Deux idées se côtoient dans ce court paragraphe. La première, que l'évolution du droit est liée à la «civilisation», nous dirions aujourd'hui à l'évolution des sociétés. L'on trouve déjà chez lui cette idée, que reprendront plus tard Herbert Spencer et Emile Durkheim, que l'évolution sociale se produit en passant du simple au complexe, que les sociétés évoluées sont plus complexes que les sociétés archaïques. On reconnaît du même coup la transition décrite par Durkheim de la «solidarité mécanique» caractéristique des sociétés archaïques, associée au droit «répressif», vers la «solidarité organique» des sociétés à division du travail avancée, associée au droit restitutif. La seconde, que la complexité croissante de la société, en rendant nécessaire le développement du droit, a aussi mené les juristes au pouvoir politique où ils deviennent des légistes, des faiseurs de lois.

La position politique des légistes fut cependant, aux yeux de Tocqueville, plus confortable dans le régime aristocratique que dans la société démocratique. Car la situation du droit est bien différente dans l'une et l'autre société. Selon Tocqueville, l'aristocratie savait mieux que la société démocratique faire du droit à long terme, planifier le droit, lui assurer une stabilité et une influence qu'il n'a pas en démocratie.

*L'aristocratie est infiniment plus habile dans la science du législateur que ne saurait l'être la démocratie. Maîtresse d'elle-même, elle n'est point sujette à des entraînements passagers, elle a de longs desseins qu'elle sait mûrir jusqu'à ce que l'occasion favorable se présente. L'aristocratie procède sagement; elle connaît l'art de faire converger en même temps, vers un même point, la force collective de toutes ses lois. Il n'en est pas ainsi de la démocratie : ses lois sont presque toujours défectueuses ou intempestives. Les moyens de la démocratie sont donc plus imparfaits que ceux de l'aristocratie : souvent elle travaille, sans le vouloir, contre elle-même...*¹⁶

On peut soupçonner Tocqueville d'avoir vu sous un jour trop favorable la situation du droit dans la société aristocratique. Mais la comparaison entre les deux types de société lui permet de souligner l'imperfection et l'instabilité des lois de la démocratie. C'est là un thème sur lequel il revient à plusieurs reprises, car il lui apparaît essentiellement lié au mode de gouvernement démocratique : «L'instabilité législative est un mal inhérent au gouvernement démocratique, parce qu'il est de la nature des démocraties d'amener des hommes nouveaux au pouvoir [...] En Amérique, l'action du législateur ne se

¹⁵ *Id.*, p. 2.

¹⁶ *Id.*, p. 242.

ralentit jamais.»¹⁷ C'est là un état de fait, pour Tocqueville, mais un état de fait qu'il juge dangereux. L'imperfection et l'instabilité des lois risquent d'entraîner une indifférence, voire un mépris à l'endroit du législateur et du droit. Cette indifférence et ce mépris risquent à leur tour d'ouvrir la voie à la révolution. Mais Tocqueville se fait quand même rassurant : «Cette époque est encore bien loin de nous.»¹⁸

Contribution du droit au renforcement de la démocratie américaine

Tocqueville peut se faire rassurant parce qu'il constate que les lois américaines, en dépit de leur imperfection et de leur précarité, contribuent au renforcement de la démocratie aux États-Unis. Trois facteurs agissent en ce sens. Tout d'abord, les lois d'une société aristocratique sont faites par une minorité dans l'intérêt de cette minorité. Si elles sont moins «défectueuses ou intempestives» que celles de la démocratie, elles ne bénéficient pas par ailleurs du support populaire sur lequel peuvent prendre appui les lois de la société démocratique. Celles-ci jouissent du respect des citoyens parce qu'elles sont faites par des représentants de la majorité dans l'intérêt de la majorité. Ceux qui ne sont pas satisfaits de ces lois peuvent toujours espérer les modifier. Ceux qui se trouvent dans la minorité respectent les lois même lorsqu'elles ne les favorisent pas, car ils entretiennent l'espoir d'être un jour dans la majorité et de voir leurs lois obéies par la minorité. Les riches sont moins favorisés par les lois démocratiques, faites dans l'intérêt de la majorité, que par les lois aristocratiques :

*Mais la société n'en est pas violemment troublée; car la même raison qui empêche le riche d'accorder sa confiance au législateur l'empêche de braver ses commandements. Il ne fait pas la loi parce qu'il est riche, et il n'ose la violer à cause de sa richesse.*¹⁹

C'est sur ce sujet précisément que Tocqueville évoque les classes sociales, la société de classes, treize ans avant que ne paraisse le *Manifeste communiste* de Marx et Engels, mais dans un esprit bien différent :

On n'a point découvert jusqu'ici de forme politique qui favorisât également le développement et la prospérité de toutes les classes dont la société se compose. Ces classes ont contribué à former comme autant de nations distinctes dans la même nation, et l'expérience a prouvé qu'il était presque aussi dangereux de s'en remettre complètement à aucune d'elles du sort des autres, que de faire d'un peuple l'arbitre des destinées d'un autre peuple. Lorsque les riches

¹⁷ *Id.*, p. 260.

¹⁸ *Id.*, p. 416.

¹⁹ *Id.*, p. 252.

seuls gouvernent, l'intérêt des pauvres est toujours en péril; et lorsque les pauvres font la loi, celui des riches court de grands hasards. Quel est donc l'avantage de la démocratie? L'avantage réel de la démocratie n'est pas, comme on l'a dit, de favoriser la prospérité de tous, mais seulement de servir au bien-être du plus grand nombre.²⁰

Bref, les lois, malgré leur imperfection, assurent le maintien et la stabilité de la démocratie parce qu'elles sont faites par et pour la majorité. Leur instabilité même y contribue aussi, car elle nourrit dans la minorité l'espoir de les voir un jour se changer à son avantage. Enfin, les riches trouvent leur avantage à maintenir la paix sociale et à ne pas s'insurger même contre les lois de la majorité qui les défavorisent.

Le second facteur de paix sociale que Tocqueville trouve dans les lois américaines, c'est qu'elles ont su établir un savant équilibre entre les différents pouvoirs politiques. Elles ont su tempérer et modérer les pouvoirs l'un par l'autre. Cet équilibre des pouvoirs se réalise de diverses manières. Le fédéralisme américain, tout d'abord, en distribuant la juridiction politique entre le gouvernement fédéral et les États, et en juxtaposant le Sénat à la Chambre des représentants, confère aux États-Unis «la puissance d'une grande république et la sécurité d'une petite»²¹. En second lieu, les pouvoirs conférés à la commune (*Township*) par les lois américaines, la liberté dont elle jouit, agissent comme contrepoids du pouvoir de la majorité, représentée au gouvernement fédéral et à celui de l'État. Au surplus, la commune est à la fois une école de liberté et d'initiative politique et le premier lieu d'exercice de cette liberté. En troisième lieu, les lois protégeant le droit d'association et la liberté de la presse viennent contrebalancer la tendance despotique à laquelle peut se laisser entraîner toute majorité. Plus que celles de la France, les lois américaines reconnaissent «l'opinion publique»²². Enfin, le pouvoir judiciaire vient modérer le pouvoir de la majorité et celui des hommes politiques. Aux États-Unis, «les institutions judiciaires [...] tiennent une place très importante parmi les institutions politiques proprement dites»²³. La Cour suprême en particulier a le pouvoir de juger les lois, d'interpréter les traités, d'entendre des causes opposant un État à l'autre, l'État fédéral aux États. Au surplus, l'institution du jury, à laquelle Tocqueville accorde une grande importance, lui apparaît comme une efficace école de civisme, de l'esprit de justice et d'équité²⁴.

²⁰ *Id.*, p. 243.

²¹ *Id.*, p. 300.

²² *Id.*, p. 126.

²³ *Id.*, p. 141.

²⁴ *Id.*, pp. 283-288.

Le troisième facteur de stabilité de la démocratie américaine se trouve dans les moeurs des Américains. Nous avons vu que c'est à celles-ci que Tocqueville accordait le premier rang parmi les trois grands facteurs ou groupes de facteurs qu'il a étudiés. «Les lois sont toujours chancelantes, tant qu'elles ne s'appuient pas sur les moeurs; les moeurs forment la seule puissance résistante et durable chez un peuple.»²⁵ Et Tocqueville prend soin de définir ce qu'il entend par les moeurs :

*J'entends ici l'expression de moeurs dans le sens qu'attachaient les anciens au mot mores; non seulement je l'applique aux moeurs proprement dites, qu'on pourrait appeler les habitudes du coeur, mais aux différentes notions que possèdent les hommes, aux diverses opinions qui ont cours au milieu d'eux, et à l'ensemble des idées dont se forment les habitudes de l'esprit.*²⁶

Nous n'entrerons pas ici dans le détail de la description que fait Tocqueville des moeurs des Américains. Disons seulement qu'il attache une grande importance en particulier à leur esprit religieux, leur esprit de famille, leur caractère travailleur, leur sens de la coopération, la simplicité de leurs manières. Ce qui importe pour nous, c'est la conclusion à laquelle en arrive Tocqueville : prises dans leur ensemble, les lois américaines sont bien adaptées aux moeurs des Américains. La conjugaison des deux explique en définitive le succès de la démocratie en Amérique. L'avenir de la démocratie dans le pays où on l'instaure repose donc moins sur la nature physique, les conditions matérielles et géographiques du pays, que sur une heureuse conjugaison des lois et des moeurs :

*Les lois et les moeurs des anglo-américains forment donc la raison spéciale de leur grandeur et la cause prédominante que je cherche [...] On ne saurait nier que la législation des Américains, prise dans son ensemble, ne soit bien adaptée au génie du peuple qu'elle doit régir et à la nature du pays.*²⁷

Il en découle une conclusion à laquelle Tocqueville tient beaucoup : il ne suffirait pas de transplanter les lois américaines ou de les imiter pour susciter ailleurs la même démocratie. L'harmonisation des lois et des moeurs a été assez bien réussie aux États-Unis et fait le succès de la démocratie américaine. Mais il ne faut pas identifier la démocratie aux lois et moeurs américaines.

²⁵ *Id.*, p. 285.

²⁶ *Id.*, p. 300.

²⁷ *Id.*, p. 321.

*Les moeurs et les lois des Américains ne sont pas les seules qui puissent convenir aux peuples démocratiques; mais les Américains ont montré qu'il ne faut pas désespérer de régler la démocratie à l'aide des lois et des moeurs.*²⁸

D'une manière plus explicite encore, il terminera en 1848 l'«Avertissement de la douzième édition» de *La démocratie en Amérique* sur ces paroles :

*Ne tournons pas nos regards vers l'Amérique pour copier servilement les institutions qu'elle s'est données, mais pour mieux comprendre celles qui nous conviennent, moins pour y puiser des exemples que des enseignements, pour lui emprunter les principes plutôt que les détails de ses lois. Les lois de la République française peuvent et doivent, en bien des cas, être différentes de celles qui régissent les États-Unis, mais les principes sur lesquels les constitutions américaines reposent, ces principes d'ordre, de pondération des pouvoirs, de liberté vraie, de respect sincère et profond du droit sont indispensables à toutes les Républiques.*²⁹

Dans l'esprit de Tocqueville, moralité individuelle, moralité publique et droit sont intimement liés et interdépendants. Il ouvrirait ainsi une porte à ce qu'on appelle aujourd'hui l'internormativité.

Droit et économie

Dans la perspective de Tocqueville, les institutions politiques ne sont pas non plus indépendantes des conditions économiques; celles-ci exercent une influence sur les premières. Par ailleurs, les conditions économiques dépendent à leur tour des institutions politiques. Il y a donc interaction entre l'économie et le politique. Et dans ce jeu d'interinfluence, le droit agit comme une variable intermédiaire.

D'une part, note Tocqueville, «le bien-être matériel dont jouissent les Américains» peut être considéré «comme une des grandes causes du succès de leurs lois»³⁰. Bien d'autres, dit-il, l'ont constaté avant lui. C'est même là une sorte de lieu commun chez les Européens, lorsqu'ils tentent de s'expliquer le succès de la démocratie américaine. Tocqueville partage cette analyse et apporte sa part de preuves pour étayer cette thèse, qui n'a cependant, à ses yeux, rien d'original. Mais il s'emploie à rechercher, d'autre part et en sens inverse, comment les institutions politiques et juridiques ont

28 *Id.*, p. 325.

29 *Id.*, p. XLIV.

30 *Id.*, p. 293.

pu contribuer à la prospérité économique des Américains. Il le fait en développant deux argumentations.

En premier lieu, il a très souvent constaté, au cours de son séjour aux États-Unis, combien l'activité politique locale et nationale occupe une place centrale dans la pensée et la vie quotidienne des Américains. Elle est constamment présente dans leur conversation. Chaque Américain se voit engagé dans des actions collectives, des entreprises communes, des associations et des clubs. Il se sent concerné par les lois que font ou que modifient ceux qu'il a élus. Cette participation active et quotidienne aux diverses institutions politiques lui donne confiance en lui-même; il en «conçoit une certaine estime de lui-même». Mais elle a aussi un effet d'entraînement :

En politique, il prend part à des entreprises qu'il n'a pas conçues, mais qui lui donnent le goût général des entreprises. On lui indique tous les jours de nouvelles améliorations à faire à la propriété commune; et il sent naître le désir d'améliorer celle qui lui est personnelle.³¹

S'opère ainsi un transfert de l'activité politique à l'activité économique, du bien-être collectif au bien-être personnel, de l'altruisme à l'égoïsme.

On ne peut voir dans les lois et les institutions politiques la cause immédiate et directe de la prospérité économique des Américains. Mais le fait de participer activement aux institutions politiques et à l'élaboration et à l'application des lois crée un état d'esprit, une attitude générale propices à l'initiative personnelle. La recherche du bien-être collectif engage à la recherche du bien-être personnel. L'Américain n'est pas plus vertueux que l'Européen; il est plus actif politiquement, ce qui l'amène à s'occuper aussi plus activement de ses propres affaires. Tocqueville résume sa thèse en quelques mots :

Je ne doute pas que les institutions démocratiques, jointes à la nature physique du pays, ne soient la cause, non pas directe, comme tant de gens le disent, mais la cause indirecte du prodigieux mouvement d'industrie qu'on remarque aux États-Unis. Ce ne sont pas les lois qui le font naître, mais le peuple apprend à le produire en faisant la loi.³²

Il est cependant une loi particulière qui plus que toute autre exerce une influence prépondérante sur l'économie, l'organisation sociale et la vie politique : c'est la loi sur les successions. C'est autour de cette loi que Tocqueville expose sa deuxième argumentation. Il s'étonne que «les

³¹ *Id.*, p. 254.

³² *Id.*, p. 255.

publicistes anciens et modernes» ne lui aient pas prêté plus d'attention, car elle exerce une influence profonde et à long terme sur l'économie, les moeurs et les institutions politiques. Selon qu'elle est fondée sur le droit de promogéniture ou sur l'égalité du partage, la loi des successions engendre deux types de société bien différents. La première maintient, nous dirions aujourd'hui, reproduit l'inégalité des fortunes et des statuts; elle entretient le lien entre la famille et la propriété; elle concentre le pouvoir entre les mains d'un nombre limité de personnes. «Elle fait jaillir en quelque sorte l'aristocratie du sol.»³³ Par contre, le principe du partage égal des biens fait éclater la propriété; il dissémine du même coup le pouvoir, nivelle les conditions sociales, les statuts, modifie l'esprit de famille en réduisant au temps présent la suite des générations, réduit le rôle social et politique de la terre et détourne l'activité vers le commerce, l'industrie, les affaires. L'égalité du partage des biens «fit faire à l'égalité son dernier pas»³⁴, c'est-à-dire à l'égalité sociale et politique. Les lois sur les successions «devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression»³⁵. En ce sens, elles sont essentielles à la société démocratique. Elles n'engendrent cependant pas l'égalité économique, mais les inégalités de fortune n'ont plus le même fondement : elles résultent plus de l'intelligence et de l'industrie de chacun que de l'héritage, elles reflètent davantage «l'inégalité naturelle» entre les hommes³⁶.

Bref, la loi sur les successions, selon le principe qu'elle adopte, engendre de soi, et en quelques générations, deux types différents d'économie, de structure sociale, d'institutions politiques. Et l'action de cette loi est en quelque sorte automatique en même temps qu'à très long terme :

*Le législateur règle une fois la succession des citoyens, et il se repose pendant des siècles : le mouvement donné à son oeuvre, il peut en retirer la main; la machine agit par ses propres forces, et se dirige comme d'elle-même vers un but indiqué d'avance.*³⁷

Si on ne peut considérer le partage égal des biens comme une cause directe de la prospérité économique des États-Unis, on doit au moins y voir une condition nécessaire. Liée à la liberté dont y jouissent les citoyens, elle a libéré des énergies et des initiatives, qui se sont déployées dans toutes les directions : politiques, sociales, économiques et culturelles.

³³ *Id.*, p. 47.

³⁴ *Id.*, p. 46.

³⁵ *Id.*, p. 47.

³⁶ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, op. cit., note 1, t. I, vol. II, p. 44.

³⁷ *Id.*, vol. I, p. 47.

Les droits économiques et sociaux

C'est particulièrement ici qu'apparaît et que s'exprime le libéralisme social de Tocqueville.

Quand il n'y a plus de richesses héréditaires [écrit-il], de privilèges de classes et de prérogatives de naissance, et que chacun ne tire plus sa force que de lui-même, il devient visible que ce qui fait la principale différence entre la fortune des hommes, c'est l'intelligence [...] L'utilité du savoir se découvre avec une clarté toute particulière aux yeux mêmes de la foule. Ceux qui ne goûtent point ses charmes prisent ses effets et font quelques efforts pour l'atteindre.³⁸

Profondément libéral, Tocqueville vivait à une époque perturbée et agitée, dans le sillage de la Révolution française, de la Terreur, des révolutions populaires, de la montée du socialisme. C'est à travers ces événements et ces poussées qu'il recherchait son idéal d'une société à la fois stable et juste et qu'il espérait en voir progressivement la réalisation. L'échec de ces aspirations explique une bonne part de l'amertume qu'il exprime à la fin de sa vie dans ses *Souvenirs*.

C'est dans certaines lettres qu'il a exprimé le plus clairement l'idéal libéral qu'il recherchait. Dans l'une d'elles, de 1836, il écrit :

Tu me représentes avec grande raison que des révolutions sont de grands maux et servent rarement à l'éducation d'un peuple; qu'une agitation prolongée est déjà très fâcheuse, et que le respect à la loi ne naît que de la stabilité des lois [...] Toutes choses que je crois profondément. Je ne crois pas qu'il y ait en France un homme moins révolutionnaire que moi, ni qui ait une haine plus profonde pour ce qu'on appelle l'esprit révolutionnaire [...] Ce que je veux, c'est un gouvernement central énergique dans la sphère de son action [...] une action nettement tracée [...] Je veux que les principes généraux du gouvernement soient libéraux, que la part la plus large possible soit laissée à l'action des individus, à l'initiative personnelle [...] Je veux que le gouvernement prépare lui-même les mœurs et les usages à ce qu'on se passe de lui en bien des cas où son intervention est encore nécessaire ou invoquée sans nécessité.³⁹

On ne peut mieux exprimer un credo libéral, dont l'écho se répercute encore aujourd'hui, dans des termes à peu près similaires.

³⁸ *Id.*, t. I, vol. II, pp. 44 et 45.

³⁹ Lettre de Tocqueville à Eugène Stoffels du 5 octobre 1836, citée par J.C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, op. cit., note 3, pp. 160 et 161.

Parlant de ce qu'il appelle les «aversions» ou les «bêtes noires» de Tocqueville, François Bourricaud en mentionne deux : l'esprit révolutionnaire et le socialisme. Le premier avait été, à ses yeux, surtout répandu par les philosophes des Lumières, qui avaient proposé de remplacer la société existante par une nouvelle, fondée sur la Nature et la Raison. Le second se retrouve chez ceux qui demandent à l'État de pourvoir à tous les besoins des citoyens, de les prémunir contre tout risque et tout danger, d'assurer à chacun le bien-être, l'aisance en se substituant à leur initiative.

On pourrait ajouter une troisième «bête noire» de Tocqueville : c'est l'instabilité sociale permanente et l'action illégale. Dans la même lettre citée plus haut, il parle des moyens à prendre pour atteindre les buts recherchés :

Je suis le premier à admettre qu'il faut marcher lentement, avec précaution, dans la légalité [...] Loin de vouloir qu'on viole les lois, je professe un respect presque superstitieux pour les lois [...] En résumé, je conçois nettement l'idéal d'un gouvernement qui n'a rien de révolutionnaire, ni d'agité outre mesure [...] Mais d'un autre côté, je conçois aussi bien que personne qu'un pareil gouvernement [...], pour s'établir, à besoin de moeurs, d'habitudes, de lois qui n'existent pas encore et qui ne peuvent être introduites que lentement et avec de grandes précautions.⁴⁰

Lionel Ponton a bien mis en lumière que, dans la perspective libérale qui était la sienne, Tocqueville était favorable aux libertés individuelles, sociales et politiques, mais qu'il ne pouvait qu'être opposé aux droits économiques et sociaux.

Alexis de Tocqueville est très attaché aux garanties et libertés de la Révolution française : la liberté de la presse, la liberté d'enseignement, la représentation des gouvernés, les libertés locales, c'est-à-dire les droits personnels et politiques. Mais il ne croit pas que les constituants français de 1789 aient voulu mettre de l'avant des droits sociaux et économiques [...] À toute fin utile, il dénonce les droits sociaux et économiques comme des revendications socialistes contraires aux libertés fondamentales et anti-chrétiennes.⁴¹

C'est principalement le droit au travail qui fait l'objet de sa plus vive et véhémence opposition. Il le dénonce comme un projet qui «conduit selon lui à une société sans liberté»⁴². Ce n'est pas que Tocqueville soit insensible

⁴⁰ *Id.*, p. 161.

⁴¹ Lionel PONTON, *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Lévinas*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, p. 94.

⁴² *Id.*, p. 83.

aux inégalités sociales et à la misère des classes pauvres, loin de là. S'il s'oppose à la reconnaissance du droit au travail, il ne s'oppose pas à ce qu'on appelle aujourd'hui des politiques sociales. Il voit dans celles-ci une extension au domaine de la sphère publique de la charité privée prônée par le christianisme. «Le christianisme avait fait de la bienfaisance ou, comme il l'avait appelée, de la charité une vertu privée. Nous en faisons de plus en plus un devoir social, une obligation politique, une vertu publique.»⁴³ Il se refuse cependant à y reconnaître les exigences de la Justice sociale. Bien qu'incroyant lui-même, il persiste plutôt à y voir «la doctrine chrétienne d'une époque très civilisée, très administrative, très démocratique [...] le perfectionnement en un mot de toutes les institutions charitables du christianisme. C'est la justice légale **directe**»⁴⁴.

En lisant ces passages, on peut être assez d'accord avec le jugement que porte Lionel Ponton :

*Plus attaché à la vie rurale qu'à la vie urbaine et persuadé que celle-ci doit se modeler sur la première, Tocqueville s'en tient à un libéralisme mi-campagnard, mi-américain.*⁴⁵

En revanche, Jean-Claude Lamberti a bien montré comment Tocqueville était et se voulait un «libéral d'une espèce nouvelle», comme il l'a écrit de lui-même⁴⁶. Et cela à plusieurs titres. D'abord, s'il croit profondément en la liberté, il porte aussi des jugements très nuancés sur l'individualisme⁴⁷, dont il perçoit les dangers lorsqu'il est repli sur soi et désintéressé de la chose publique. Et puis, surtout, Tocqueville s'est fait le défenseur et le promoteur du droit d'association, qu'a fait disparaître la Révolution française, mais qu'il juge essentiel à la vie démocratique. «Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association me paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir la détruire sans attaquer la société elle-même.»⁴⁸ Cette liberté d'association protège à la fois contre

⁴³ Lettre à Arthur de Gobineau du 5 septembre 1843, *Correspondance entre Alexis de Tocqueville et Arthur de Gobineau* dans *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 1, t. IX, p. 47.

⁴⁴ Lettre à Arthur de Gobineau du 2 octobre 1843, *id.*, p. 60.

⁴⁵ L. PONTON, *op. cit.*, note 41, p. 87.

⁴⁶ Cité par J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties, op. cit.*, note 3, pp. 103 et 159.

⁴⁷ Voir notamment, sur ce thème, J.-C. LAMBERTI, *La notion d'individualisme chez Tocqueville, op. cit.*, note 3 et *loc. cit.*, note 6, 153-164.

⁴⁸ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 1, t. I, vol. I, p. 198.

les excès d'autorité et d'intervention de l'État — Tocqueville craignait déjà l'État-providence — et contre la révolution et l'esprit révolutionnaire⁴⁹. Enfin, Tocqueville considère que l'État a l'obligation d'assurer à tous l'accès à l'enseignement et l'instruction généralisée. Il regarde avec sympathie «les efforts faits par les gouvernements pour répandre l'instruction [...] les règlements, les lois qui ont pour objet de multiplier les écoles, d'en faciliter les abords, d'y donner une instruction d'une nature plus démocratique»⁵⁰. La démocratisation de l'enseignement était sans doute pour Tocqueville une voie obligée à la réalisation de la société démocratique.

Sociologie de la profession juridique

Il reste encore à examiner un dernier volet de la sociologie du droit de Tocqueville : c'est l'analyse qu'il fait de la profession juridique⁵¹. Résumons le portrait que Tocqueville brosse des juristes et de la profession juridique de son époque.

Même dans une société démocratique, c'est, dit Tocqueville, à l'aristocratie que la profession juridique ressemble le plus. Les deux ont plusieurs traits en commun. Comme l'aristocratie, les juristes forment dans la société un *corps* distinctif. Non qu'ils pensent tous de la même manière et s'entendent sur tout. Mais ils ont une même formation intellectuelle, une même perception des choses, une identité d'intérêts. Et ce corps a surtout une mentalité caractéristique, qui le rapproche de l'aristocratie. Comme les nobles, ils sont scrupuleux des formes : la familiarité avec les lois leur a appris à respecter les formes dans lesquelles les choses doivent être dites et faites. Étant des habitués des tribunaux, ayant souvent à modérer des passions et à arbitrer des disputes, étant instruits en une matière où ils sont seuls maîtres et étant souvent les plus instruits parmi les citoyens de leur entourage, ils partagent avec les nobles le mépris du peuple. Ayant à pratiquer les lois faites par le pouvoir politique et étant souvent dans l'obligation de traiter avec des représentants du pouvoir politique, ils méprisent également celui-ci, qu'ils considèrent entre les mains d'ignorants et d'incompétents. Enfin, tous ces traits font des juristes un corps profondément imbu de son importance, de sa dignité, de son pouvoir, de la supériorité naturelle qu'il s'attribue et qu'il considère qu'on doit lui reconnaître. Ils font aussi des juristes un corps essentiellement conservateur,

⁴⁹ F. BOURRICAUD, *loc. cit.*, note 7, 108.

⁵⁰ Lettre à Arthur de Gobineau du 2 octobre 1843, *Correspondance entre Alexis de Tocqueville et Arthur de Gobineau dans Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 1, t. IX, p. 61.

⁵¹ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *id.*, t. I, vol. 1, pp. 274 à 281.

soupçonneux devant toute innovation et toujours acquis à la préservation du *statu quo*, tout comme le sont les nobles.

Les juristes sont aussi très ambitieux. Ils tiennent à s'élever à l'intérieur de la profession et dans la société, jusqu'au faite du pouvoir. Ils sont donc conservateurs dans une société où ils ont leur place reconnue et leurs privilèges établis. Mais dans une société qui les leur refuse, on les voit s'agiter et devenir révolutionnaires. L'histoire fournit des exemples où les juristes se sont mêlés à la révolution et ont participé au renversement de régimes. Mais ils sont révolutionnaires par accident ou par ambition; ils ne le sont pas naturellement.

C'est en Angleterre et aux États-Unis, c'est-à-dire dans les pays de common law, que le caractère aristocratique se retrouve le plus dans la mentalité des juristes. Dans ces pays, le juriste est essentiellement tourné vers les précédents, il entretient les liens et la continuité avec une longue tradition de pensée, il est avant tout préoccupé des formes et de la lettre, et il est passé maître dans l'art de faire du neuf avec l'ancien.

*C'est en Angleterre qu'est né cet esprit légal, qui semble indifférent au fond des choses, pour ne faire attention qu'à la lettre, et qui sortirait plutôt de la raison et de l'humanité que de la loi. La législation anglaise est comme un arbre antique, sur lequel les légistes ont greffé sans cesse les rejetons les plus étrangers, dans l'espérance que, tout en donnant des fruits différents, ils confondront du moins leur feuillage avec la tige vénérable qui les supporte.*⁵²

Aux États-Unis, la profession juridique est «l'unique contrepoids de la démocratie»⁵³. Elle constitue la seule aristocratie qu'on trouve dans ce pays. Elle apparaît comme une sorte d'antithèse de la mentalité américaine. «Lorsque le peuple américain se laisse enivrer par ses passions, ou se livre à l'entraînement de ses idées, les légistes lui font sentir un frein presque invisible qui le modère et l'arrête. À ses instincts démocratiques, ils opposent secrètement leurs penchants aristocratiques; à son amour de la nouveauté, leur respect superstitieux de ce qui est ancien; à l'immensité de ses desseins, leurs vues étroites; à son mépris des règles, leur goût des formes; et à sa fougue, leur habitude de procéder avec lenteur.»⁵⁴

Cependant, les juristes jouissent aux États-Unis d'une position privilégiée de pouvoir. Ils forment «la seule classe éclairée dont le peuple ne

52 *Id.*, p. 279.

53 *Id.*, p. 280.

54 *Ibid.*

se défie point»⁵⁵. On leur confie le soin, en tant que magistrats, d'interpréter la constitution, de déclarer des lois constitutionnelles ou non, d'interpréter les traités, de juger entre les États. Les avocats sont nombreux dans les législatures et les postes administratifs. Ils détiennent une grande part des leviers de l'État. Leur pouvoir s'étend aussi d'une autre manière, plus subtile : à travers l'institution du jury. Par cette institution, la pensée et le langage juridique pénètrent dans le peuple, s'insinuent dans le quotidien :

*L'esprit légiste, né dans l'intérieur des écoles et des tribunaux, se répand donc peu à peu au-delà de leur enceinte; il s'infiltré pour ainsi dire dans toute la société, il descend dans les derniers rangs, et le peuple tout entier finit par contracter une partie des habitudes et des goûts du magistrat.*⁵⁶

Le juriste moderne trouvera probablement caricatural et injuste le portrait que l'un d'eux traçait des membres de son corps professionnel. Peut-être convenait-il mieux aux juristes du début du XIX^e siècle qu'à ceux d'aujourd'hui. Ce que nous voulons surtout souligner ici, c'est l'usage que fait Tocqueville de la méthode comparatiste et celle du type pur. Il dépeint ici ce qu'il appelle lui-même «le type légiste»⁵⁷ qu'il dit trouver à l'état le plus pur en Angleterre. Et il utilise cette construction pour comparer la profession juridique en Angleterre, en France et aux États-Unis, faire ressortir les traits communs qu'elle présente dans ces pays et ceux qui caractérisent dans l'un ou l'autre. C'est la méthode sociologique wébérienne, près de trois quarts de siècle avant que Max Weber ne l'expose d'une manière systématique.

La sociologie du droit de Tocqueville

Peut-on dire finalement que l'on trouve une sociologie du droit dans l'oeuvre de Tocqueville? La réponse est sûrement affirmative, à la condition de bien s'entendre sur ce que nous offre Tocqueville et sur ce qu'il ne faut pas s'attendre de trouver dans son oeuvre.

Tout d'abord, Tocqueville ne fut pas un théoricien ni du droit, ni de la sociologie. Son oeuvre n'est pas à proprement parler une oeuvre théorique. Tocqueville était fasciné par l'évolution de la société occidentale du XIX^e siècle, qui était la sienne. Il cherchait à la comprendre à la fois par son histoire et par les forces contemporaines qui y étaient en action. Il voulait surtout expliquer les régimes démocratiques que son siècle avait reçus en héritage à la suite des Révolutions anglaise, américaine et française.

⁵⁵ *Id.*, p. 281.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Id.*, p. 279.

En second lieu, Tocqueville, à la différence de Montesquieu, ne posait pas le droit comme objet central de sa recherche. Il s'employait plutôt à analyser des sociétés globales : les sociétés américaine, française, anglaise; d'autres également auxquelles il s'est intéressé : l'Algérie, l'Allemagne, la Suisse, l'Irlande, l'Inde. Le droit, qu'il connaissait bien, était pour lui un des facteurs, parmi d'autres, de l'organisation et de l'évolution de ces sociétés. Mais un facteur important, sans être nécessairement dominant. On ne trouvera donc pas chez Tocqueville le cadre général d'une sociologie du droit comme Montesquieu nous en offre un, peut-être précisément parce que Montesquieu l'avait déjà fait et que les intérêts intellectuels, professionnels et politiques de Tocqueville le portaient vers autre chose.

Ceci dit, il est possible de résumer l'apport de Tocqueville à la sociologie du droit en quelques points.

- 1° Nous avons déjà noté l'importance de l'apport méthodologique de Tocqueville. Il a pratiqué la double méthode du type pur et de la comparaison, sans cependant s'arrêter, comme le fera plus tard Max Weber, à expliciter et à systématiser sa méthode. Tocqueville est un remarquable méthodologue par l'exemple, sans avoir jamais pris le temps d'exposer sa méthode. Sa sociologie du droit nous offre une des plus belles illustrations de sa méthode quand il décrit et analyse la profession juridique, pour dégager ce qu'il appelle «l'esprit légiste» ou «le type légiste». On peut y voir la première description sociologique étoffée du juriste, de l'idéologie de la profession juridique, des facteurs favorables au pouvoir politique et social du «corps» des juristes.
- 2° Tocqueville nous offre la première tentative systématique et rigoureuse d'analyse du rôle du droit dans le changement social. Parce qu'il s'intéresse à l'émergence et à l'évolution des démocraties de son époque, Tocqueville recherche les facteurs qui ont exercé une action dynamique, positive ou négative, sur leur histoire. Le droit est aussi analysé dans ce contexte comme un agent de changement des structures politiques, économiques, sociales ainsi que des mentalités et des valeurs. Par là, Tocqueville annonce, un siècle à l'avance, les études contemporaines nombreuses portant sur le droit comme agent ou instrument de changement des sociétés. Il annonce également l'intérêt que peut porter la sociologie contemporaine à l'effectivité du droit : on a vu qu'il lui attribuait une certaine effectivité, mais qui n'est ni absolue ni magique, ni du seul fait de son existence. Sa pensée est peut-être bien résumée dans cette formulation : «Les fictions légales qui ne sont pas toujours aussi impuissantes qu'on le prétend ne peuvent rien quand elles veulent se mettre [...] à la place des faits.»⁵⁸

⁵⁸ Lettre à Arthur de Gobineau du 22 juillet 1854, *Correspondance entre Alexis de Tocqueville et Arthur de Gobineau*, dans *Oeuvres complètes*, op. cit., note 1, t. IX, p. 217.

- 3° Dans toutes ses analyses, où le droit entre comme variable, Tocqueville adopte une perspective que l'on peut appeler multifonctionnelle. Entendons par là qu'il cherche toujours à mettre en lumière les rapports fonctionnels du droit avec les diverses autres composantes de la société globale : institutions politiques de différents niveaux, structures économiques, mentalités, attitudes, valeurs. Et la perspective multifonctionnelle n'est pas à sens unique : Tocqueville considère, selon les besoins de son exposé, l'influence qu'exerce le droit dans ces rapports et, à d'autres moments, l'influence que subit le droit.
- 4° Tout en accordant au droit l'importance sociale qu'il a, Tocqueville en mesure les limites. Il ne se fait pas d'illusion sur le droit : «Je suis du nombre de ceux qui croient qu'il n'y a presque jamais de bonté absolue dans les lois.»⁵⁹ Mais le droit est le principal garant contre le règne de la force et de la violence et l'État de droit est le fondement de la paix sociale. «L'homme qui obéit à la violence se plie et s'abaisse; mais quand il se soumet au droit de commander qu'il reconnaît à son semblable, il s'élève en quelque sorte au-dessus de celui même qui lui commande. Il n'est pas de grands hommes sans vertu; sans respect des droits, il n'y a pas de grand peuple : on peut presque dire qu'il n'y a pas de société.»⁶⁰ Tocqueville n'était pas jusnaturaliste. N'étant pas croyant, il n'attribuait aucune source religieuse au droit. Il ne paraît pas non plus avoir placé sa foi en un droit naturel universel : il était pour cela, comme Montesquieu, trop relativiste. Par ailleurs, il n'était pas non plus un pur positiviste : sa confiance au droit se fondait sur une certaine conception de la Justice, appropriée à une géographie, à une époque et à des mœurs, susceptible d'inspirer et guider les législateurs, les magistrats, les avocats et l'ensemble de l'opinion publique d'une société.
- 5° Enfin, Tocqueville peut être considéré comme le sociologue de l'émergence de la société démocratique. Il observait sa difficile naissance en France et cherchait à discerner les facteurs favorables et défavorables à sa mise en place et sa survie. Ses observations lui ont permis de confirmer la conclusion qu'une société démocratique n'est pas nécessairement la société libre à laquelle il aspirait plus que tout. Une démocratie peut engendrer la fameuse «tyrannie de la majorité» qu'il fut le premier à dénoncer; elle peut aussi être victime d'un excès de pouvoir d'un État omniprésent, favorisé par l'égoïsme, l'individualisme, le manque de souci civique des citoyens et leur désintérêt des affaires publiques. Pour réussir, la «société libre et démocratique» exige la

⁵⁹ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 1, t. I, vol. 1, p. 11.

⁶⁰ *Id.*, p. 248.

réunion d'un certain nombre de conditions, notamment une réelle convergence des moeurs et un système juridique approprié.

Par ailleurs, cette société démocratique, Tocqueville la voyait à travers le prisme d'une idéologie libérale mixte : sa pensée politique se tenait à égale distance entre la conception aristocratique de la société, caractéristique de l'Ancien régime, et la philosophie socialiste et révolutionnaire qu'il avait en horreur. Dans cette optique sociale, le droit était à ses yeux un instrument à la fois de changement et d'ordre social : il pouvait et devait contribuer simultanément aux deux. Ainsi, le droit pouvait servir à réduire les inégalités économiques, à favoriser des rapports collectifs de pouvoir plus égalitaires, notamment en reconnaissant le droit d'association. Celui-ci protégeait la paix sociale en même temps que l'action libre des citoyens. Mais les inégalités individuelles demeurent. Le législateur ne devait donc pas remplacer l'initiative privée des individus par la reconnaissance de droits économiques et sociaux susceptibles de créer des catégories de citoyens dépendants des fonds publics, sauf pour répondre aux exigences humanitaires de la justice publique. Tocqueville était vivement opposé à la montée qu'il semble prévoir de l'État-providence. L'action du droit que Tocqueville privilégiait s'inscrivait donc essentiellement dans le cadre d'une démocratie mise au service de la liberté plutôt que de l'égalité.

CHAPITRE 9

LE DROIT ET LA SOCIOLOGIE DU DROIT CHEZ TALCOTT PARSONS*

L'éventail des thèmes qu'a touchés Talcott Parsons au cours de sa longue carrière est très étendu. Le théoricien qu'il était s'est toujours intéressé à une grande diversité de sujets empiriques, depuis ses premiers écrits jusqu'à la fin de sa vie. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'on lui doive d'avoir ouvert la voie de différentes «sociologies spéciales», qu'il s'agisse de celles de la médecine, des professions, des jeunes, des religions, de la famille, pour n'en nommer que quelques unes. Il y a d'ailleurs toujours eu, chez Parsons, interaction entre sa réflexion sur des thèmes concrets et la poursuite de sa recherche théorique.

Il n'est donc pas étonnant que Parsons ait, à certains moments, réfléchi sur le droit d'une manière toute particulière, dans des articles qu'il lui a consacrés, et ait aussi tenu compte du droit dans divers autres écrits soit sur l'évolution des sociétés, soit sur la société occidentale moderne. Mais cette dimension de l'oeuvre de Parsons n'a pas été, jusqu'à présent, beaucoup explorée. Dans son *Introduction à la sociologie du droit*, le juriste et sociologue britannique, Roger Cotterrell, lui a consacré un certain nombre de pages, fort éclairantes au demeurant¹. Du côté des commentateurs de Parsons, quelques-uns ont, de diverses manières, souligné l'intérêt, pour l'analyse du droit ou de la profession juridique, de certains concepts ou certains schémas parsonniens, ou les ont même utilisés dans des recherches empiriques. C'est le cas notamment de Harry Bredemeier², Dietrich Rueschemeyer³, Leon

* Ce texte a initialement été publié dans : (1989) XXI, n° 1, *Sociologie et Sociétés* 143.

1 Roger COTTERRELL, *The Sociology of Law. An Introduction*, Londres, Butterworth, 1984.

2 Harry C. BREDEMEIER, «Law as an Integrative Mechanism», dans W.M. EVAN (dir.), *Law and Sociology. Exploratory Essays*, New York, Free Press, 1962, p. 73.

3 Dietrich RUESCHEMEYER, «Doctors and Lawyers : A Comment on the Theory of the Professions», (1964) 1 *Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie* 17.

Mayhew⁴, Victor Lidz⁵, David Sciulli⁶. La plupart des autres analystes et critiques de Parsons n'ont pas tenu compte de ce que celui-ci a eu à dire sur le droit et la contribution qu'il a apportée à la sociologie juridique. Le but de cet article est précisément de tenter de souligner et mettre en lumière l'apport de Parsons à la sociologie du droit et des juristes, de retracer les sources de sa pensée et les suites qu'elle a connues. On verra que ce que Parsons a eu à dire sur le droit nous amène à évoquer tout à la fois son cadre théorique du système social, les perspectives historiques et évolutionnistes qu'il a développées et finalement ce que l'on peut appeler ses préoccupations morales.

Un intérêt un peu tardif...

S'il est vrai que Parsons s'est intéressé au droit, il faut cependant reconnaître qu'il a quelque peu tardé à le faire. Ses premiers travaux ne manifestent aucun intérêt particulier pour les règles et l'univers juridiques. À vrai dire, il les néglige et paraît même les ignorer. Ainsi, ses premiers articles publiés dans *The Journal of Political Economy* (1928-1929) et *The Quarterly Journal of Economics* (1931-1932) ne font aucune référence au droit. Pourtant, dans ces articles, extraits de la thèse de doctorat qu'il a soutenue à Heidelberg en 1929, Parsons y traite longuement de la conception du capitalisme chez Max Weber. Mais il ne tient pratiquement aucun compte du rôle que celui-ci attribuait au droit dans le processus de rationalisation caractéristique de l'Occident et dans l'histoire du capitalisme.

On peut dire qu'il en va de même dans le premier grand traité de Parsons, *The Structure of Social Action*⁷. Bien qu'il y soit abondamment question de Durkheim et de Weber, leur contribution à la sociologie du droit n'y est pas soulignée. Tout au plus trouve-t-on la mention plutôt rapide de la place du droit dans la distinction que fait Durkheim entre la solidarité mécanique et la solidarité organique et une faible allusion au rôle que Weber attribue au droit dans le développement du capitalisme. Cette négligence est d'autant plus frappante, notamment pour ce qui est de Weber, qu'on verra

⁴ Leon H. MAYHEN, *Law and Equal Opportunity. A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1968; Leon H. MAYHEN, «Stability and Change in Legal Systems», dans B. BARBER et A. INKEIES (dir.), *Stability and Social Change*, Boston, Little Crown and Company, 1971, p. 187.

⁵ Victor LIDZ, «The Law as Index, Phenomenon, and Element-Conceptual Steps Toward a General Sociology of Law», (1979) 49 *Sociological Inquiry* 5.

⁶ David SCIULLI, «Social Theory and Talcott Parsons in the 1980's», (1985) 11 *Annual Review of Sociology* 369.

⁷ Talcott PARSONS, *The Structure of Social Action*, 2^e éd., New York, McGraw-Hill, Free Press, 1949.

plus loin quelle importance Parsons accordera à la sociologie du droit dans l'ensemble de l'oeuvre de ce dernier.

Les grands traités théoriques des années 1950, qui forment un point tournant de grande importance dans la démarche intellectuelle de Parsons, ne sont pas plus prolixes sur le droit. Celui-ci n'occupe alors aucune place dans le schéma du «système social» (1951), ni dans les écrits qui posaient les bases de la théorie générale du système d'action (1951, 1953), ni dans l'analyse des rapports entre économie et société menée avec Neil Smelser (1956).

Il semble que trois événements ont contribué à amener Parsons à regarder le droit de plus près. Le premier fut une invitation à participer, en décembre 1952, au symposium qui marquait le 50^e anniversaire de la Faculté de droit de l'Université de Chicago. Le texte de la conférence que prononça alors Parsons fait partie des additions que l'on trouve dans la seconde édition des *Essays in Sociological Theory*⁸. Cette communication — qui s'adressait à un auditoire de juristes — porte surtout sur la profession juridique, et à travers elle sur le droit. On y retrouve l'intérêt que Parsons a toujours accordé aux professions dans l'analyse des sociétés modernes, inspiré évidemment en cela par Durkheim. C'est en ce sens qu'il se propose dans cette conférence, dit-il, de présenter «quelques considérations sur la profession juridique américaine contemporaine, dans le contexte de la place générale qu'occupent les professions dans notre société»⁹. Prenant appui sur l'analyse de la profession médicale qu'il avait menée dans les années 1930, il souligne en particulier un certain nombre de «tensions» que connaît l'avocat dans ses relations avec ses clients, pour conclure que «la profession juridique, par son action, est un des plus importants mécanismes par lequel se maintient une relative stabilité dans une société dynamique, dont l'équilibre est plutôt précaire»¹⁰.

Le deuxième événement fut un Séminaire portant sur les rapports entre le droit et la sociologie qu'organisa en 1956 la Faculté de droit de l'Université Rutgers, conjointement avec le département de sociologie de la même Université. Parsons y fut invité; il y participa et présenta une communication sous le titre «The Place of Law in Social Systems». Ce Séminaire aboutit à la publication en 1962, sous la direction de William Evan, de l'ouvrage *Law and Sociology* qui constitue un remarquable jalon dans l'évolution de la

⁸ Talcott PARSONS, «A Sociologist Looks at the Legal Profession», dans *Essays in Sociological Theory*, 2^e ed., New York, Free Press, ch. XVIII, 1954, p. 370.

⁹ *Id.*, p. 372.

¹⁰ *Id.*, p. 385.

sociologie juridique américaine. La communication de Parsons y apparaît sous le titre «Law and Social Control» sur laquelle on reviendra plus loin¹¹.

Le troisième événement a été la rédaction d'un ouvrage sur la société américaine dans laquelle Parsons s'engagea, en collaboration avec Winston White et avec l'assistance de Leon Mayhew. La préparation de cet ouvrage fut pour Parsons, comme il le dit lui-même, l'occasion de «traiter d'une manière extensive de la place du système juridique dans la société américaine, y compris du rôle qu'y joue la profession juridique»¹². Cette recherche sur la société américaine s'inscrit dans la réflexion que Parsons a menée dans la seconde moitié de la décennie 1950 sur les sociétés modernes, pour actualiser et pour nourrir l'intense réflexion théorique qu'il avait poursuivie au début des années 1950 et qu'il poursuivait toujours. «La place du droit» dans la société américaine et dans les sociétés contemporaines en général, particulièrement lorsqu'il s'agit de la common law lui a été suggérée notamment, dit-il¹³, par deux articles sur le concept du droit, publiés dans le *Cambridge Law Journal*, où l'auteur, Bryant King, fait référence de son côté aux ouvrages récents de Parsons¹⁴. Le livre projeté sur la société américaine ne fut cependant jamais publié. Le manuscrit fait partie des archives encore inédites de Parsons à l'Université Harvard dont fait mention David Sciulli, à partir du témoignage de Victor Lidz¹⁵. Par ailleurs, des textes inspirés par la recherche poursuivie avec White et Mayhew ont nourri l'ouvrage que Parsons publia en 1960 sous le titre *Structure and Process in Modern Societies*. C'est dans cet ouvrage que le droit prend, pour la première fois, une certaine place dans la sociologie parsonnienne¹⁶.

Durant toute cette période de la fin des années 1950, Parsons a été très occupé à cerner et analyser les rapports entre l'économie, le politique et le système social conçu comme un ensemble. La place et les rapports du sous-système économique dans le système social s'étaient précisés dans *Economy and Society*¹⁷. Le modèle analytique que Parsons avait dégagé dans ce

11 Talcott PARSONS, «The Law and Social Control», dans W.M. EVAN (dir.), *Law and Sociology : Exploratory Essays*, Glencoe, Illinois, Free Press, 1962, p. 56.

12 *Id.*

13 Talcott PARSONS, *Structure and Process in Modern Societies*, Illinois, Free Press, 1960, p. 325.

14 Bryant KING, «The Concept of a Lawyer's Jurisprudence», (1952-53) 11 *The Cambridge Law Journal* 229-239 et 404-420.

15 D. SCIULLI, *loc. cit.*, note 6, 371.

16 T. PARSONS, *op. cit.*, note 13.

17 Talcott PARSONS, *Economy and Society : A Study in the Integration of Economic and Social Theory*, Glencoe, Free Press, 1956.

dernier ouvrage lui est apparu valable pour l'analyse du sous-système politique, ses rapports avec l'économie, d'une part, et l'ensemble du système social, d'autre part. C'est dans ce double contexte que le droit apparaît dans la réflexion de Parsons. Il prend une place même assez importante dans *Structure and Process in Modern Societies*, soit sous la forme du contrat et de ses diverses fonctions, soit sous la forme de la régulation sociale par le politique, ou encore de l'institutionnalisation de normes, de règles et de sanctions servant à l'intégration sociale. Nous aurons l'occasion plus loin de revenir sur diverses parties de cet ouvrage.

L'année 1962 fut particulièrement marquante. Parsons publia cette année-là deux articles importants sur le droit : celui mentionné plus haut, «The Law and Social Control», dans l'ouvrage préparé par William Evan, *Law and Society*¹⁸; le second, rarement cité mais pourtant très important, un compte rendu très élaboré que Parsons a publié dans le *Journal of the History of Ideas* de l'ouvrage de l'historien du droit américain James W. Hurst, *Law and Social Process in United States History*¹⁹. C'est principalement dans ces deux articles et dans *Structure and Process in Modern Societies* que Parsons a précisé et clarifié sa notion du droit.

Comme point d'entrée de la sociologie juridique de Parsons, partons précisément de la définition du droit qu'il s'est donnée, telle qu'on peut la cerner dans ces écrits. Ce sera l'objet de la première partie de cet article. Nous pourrons mieux ensuite, dans la partie suivante, comprendre la place et les fonctions qu'il lui a attribuées, avant de rechercher, dans la troisième partie, les sources de la sociologie du droit de Parsons, d'en faire une évaluation critique et d'évoquer les suites que certains auteurs ont pu lui donner.

I- LA NOTION DU DROIT CHEZ PARSONS

Les éléments fondamentaux de la notion du droit apparaissent dans l'extrait suivant, qui se présente comme une première définition du droit : «Le droit [...] est un ensemble de règles, qui sont renforcées par certains types de sanctions, qui sont légitimées de certaines manières et appliquées de certaines manières.»²⁰ On notera le caractère volontairement vague de cette définition, qui appelle nécessairement des précisions. On y trouve cependant déjà les éléments qui, analysés plus en détail dans le reste du texte, spécifient le droit, aux yeux de Parsons.

¹⁸ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 11.

¹⁹ Talcott PARSONS, «Book Review : Hurst's Law and Social Process in U.S. History», (1962) 23 *Journal of the History of Ideas* 558.

²⁰ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 11, 57.

- 1° Et d'abord, bien sûr, un ensemble de «modèles, de normes et de règles»²¹. Au départ, Parsons ne voit pas le droit à travers les conduites concrètes, mais avant tout dans l'univers normatif d'une société. S'inspirant sans doute de la tradition durkheimienne, Parsons perçoit le droit comme «un phénomène institutionnel», en ce sens qu'il est composé au départ de normes et de règles qui servent à encadrer et à mouler des conduites, les réguler et leur conférer ainsi un caractère social ou collectif.
- 2° Ces règles s'appuient sur des sanctions qui, pour Parsons, sont aussi bien incitatives que répressives : elles forment un continuum étendu, allant de l'octroi de divers avantages à titre de récompenses, jusqu'à la contrainte physique par l'usage de la force.
- 3° Règles et sanctions n'ont d'efficacité que dans la mesure où elles s'appuient sur une légitimité. Exprimée simplement, celle-ci est la réponse à la question : pourquoi devons-nous obéir à ces règles? sur quelle justification se fonde le pouvoir de recourir à des sanctions? Les sources de cette légitimité sont variables : elles peuvent se trouver aussi bien en Dieu qu'en des construits humains comme la Constitution d'un pays. Parsons souligne qu'en dernier ressort, la légitimité du droit relie celui-ci aux «valeurs ultimes» d'une société ou d'un groupe, «soit aux questions religieuses, soit à des questions qui sont fonctionnellement équivalentes à la religion»²².
- 4° Les règles juridiques doivent avoir un caractère universaliste, c'est-à-dire qu'elles doivent s'adresser à un ensemble d'acteurs, être les mêmes pour tous et s'appliquer à tous de la même manière, y compris à celui qui en est l'auteur²³.
- 5° Ce critère d'universalisme en appelle corrélativement un autre, celui d'une juridiction précise, généralement territoriale. Un ensemble de règles juridiques est reconnu comme tel à l'intérieur de frontières, physiques et parfois sociales, qui délimitent ceux à qui elles s'imposent et ceux à qui elles ne s'imposent pas²⁴.
- 6° Parce qu'elles ont un caractère universaliste, les règles juridiques demandent à être interprétées²⁵. L'interprétation peut aller dans deux

21 *Id.*, 56.

22 *Id.*, 62.

23 T. PARSONS, *op. cit.*, note 13, p. 143.

24 *Id.*, pp. 258-262.

25 *Id.*, p. 264.

directions. Elle peut s'adresser à l'intégrité, à l'unité, à la logique du système de normes; elle est alors centrée sur la norme («*rule-focused*»), on pourrait dire au service de la règle. Elle peut par ailleurs être faite à l'intention du justiciable, du client, du citoyen; elle est alors au service du client («*client-focused*»)²⁶.

- 7° La règle juridique est interprétée par des «agents» qui ont l'autorité reconnue, légitime pour le faire, tout comme les mêmes agents ou d'autres ont l'autorité légitime d'appliquer les règles. Les professionnels du droit servent ainsi d'interprètes du droit, principalement au service de clients plutôt qu'au service des normes. Par ailleurs, d'autres organes, généralement créés par le pouvoir politique, ont la responsabilité d'interpréter le droit à la fois au service de clients et au service des règles : telle est la responsabilité de tribunaux créés par l'État²⁷.

Tels sont les critères ou les traits qui font qu'on peut considérer un ensemble de normes, de règles et de principes comme un système normatif spécifiquement juridique. De toute évidence, Parsons s'est interrogé sur la spécificité de la règle juridique, même si cette interrogation n'est pas explicite dans ses écrits. Il ressort de cette réflexion une notion bien précise du «système juridique». Celle-ci ne range évidemment pas Parsons dans la tradition du réalisme juridique américain, affirmée notamment par le juge Holmes et par Karl Llewellyn; ce grand courant de pensée refusait de partir des règles pour définir le droit, et adoptait plutôt comme point de départ les décisions des tribunaux et leurs conséquences concrètes. En réalité, c'est plutôt à Roscoe Pound, à sa théorie sociologique du droit («*sociological jurisprudence*»), que l'on peut rattacher la notion du droit qu'on trouve chez Parsons. Il n'y a pas là une simple coïncidence : on verra plus loin l'influence qu'a exercée Pound sur Parsons.

Une notion pluraliste du droit

La notion du droit qu'on vient d'évoquer ne serait cependant pas complète si on n'y ajoutait la dimension pluraliste que Parsons a esquissée, sans cependant la développer pleinement. On la trouve notamment dans le chapitre 8 de *Structure and Process in Modern Societies* dans lequel Parsons a traité de l'analyse de la «communauté», dans le sens américain de *community*, c'est-à-dire «cet aspect de la structure des systèmes sociaux qui se réfèrent à la location territoriale des personnes et de leurs activités»²⁸. Parsons est ici amené à donner une deuxième définition du droit, plus précise que celle évoquée plus haut, et aussi plus explicitement pluraliste : «Dans le

²⁶ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 11, 62.

²⁷ T. PARSONS, *op. cit.*, note 13, p. 264.

²⁸ *Id.*, p. 250.

sens sociologique le plus général, on peut dire que le droit est tout ensemble relativement formalisé et intégré de règles, qui impose des obligations aux personnes remplissant des rôles particuliers dans des collectivités particulières.»²⁹ Parson spécifie bien qu'il s'agit d'une définition du droit qui veut répondre aux besoins non pas du juriste, mais plutôt du sociologue, le droit étant ici entendu «dans le sens sociologique le plus général». Ainsi, une église, une organisation bureaucratique, une université, une association volontaire ont chacune leur droit «privé», lorsqu'on peut y identifier des règles qui répondent à cette définition.

Parson prend cependant soin d'ajouter trois critères qui permettront d'éviter toute confusion entre les règles qui peuvent être considérées comme juridiques et celles qui ne le sont pas. «Une telle conception implique qu'il y ait un appareil ("*machinery*") doté de l'autorité d'interpréter les règles, c'est-à-dire quelque chose d'analogue à un système de tribunaux, et un appareil chargé de définir et appliquer les sanctions, et une forme relativement claire de légitimité.»³⁰ Ainsi, tout ensemble de règles qui correspond à la définition ci-haut et qui répond à ces trois critères peut être considéré comme un «système juridique». Et cela, aussi bien lorsqu'il s'agit d'un système juridique non étatique, c'est-à-dire «privé» que du système juridique relevant de l'État. Il est frappant qu'on débouche ici sur la notion pluraliste des «ordres juridiques» qu'avait élaborée Santi Romano dès les années 1917-1918 et qui, à mon avis, devrait être le véritable objet d'étude et de recherche de la sociologie juridique³¹.

Comme le souligne par ailleurs Parson, le droit de l'État se distingue des ordres juridiques non étatiques à un double titre. Tout d'abord, le droit émanant de l'État s'adresse à l'ensemble des membres d'une société globale, d'une société-nation. En second lieu, dans les sociétés modernes, ce droit s'appuie en définitive sur le recours à la force physique, puisque dans ces sociétés l'État monopolise l'usage légitime de la sanction physique (emprisonnement et, dans certains pays, peine du fouet, amputations, peine capitale). Les autres ordres juridiques ne disposant pas de sanctions physiques, ont comme dernier recours celui de l'expulsion des cadres d'un groupe, d'une association, d'une organisation³².

On comprendra mieux la conception pluraliste du droit de Parson lorsqu'on situera celle-ci dans le contexte de sa théorie du système social, comme on va maintenant le faire.

29 *Id.*, p. 264.

30 *Id.*

31 Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *Les C. de D.* 91; *supra*, p. 123.

32 T. PARSONS, *op. cit.*, note 13, pp. 260 et 261.

II- LE DROIT DANS LA PENSÉE DE PARSONS

On peut assez facilement découper quatre angles sous lesquels le droit apparaît dans la pensée de Parsons : sa place dans le cadre conceptuel du système social; le rôle que Parsons lui attribue dans l'évolution des sociétés vers la société moderne; l'analyse qu'il fait de la pratique de la profession juridique; enfin le contexte que l'on peut appeler celui des préoccupations morales dans lequel il situe le droit. Ces quatre perspectives sont cependant, comme on le verra, étroitement interreliées.

Place et fonctions du droit dans le système social

On sait la place que le politique («*polity*») occupe dans la théorie du système social de Parsons. Il lui a consacré plusieurs écrits et y est revenu dans de nombreux autres. On se serait attendu à ce que Parsons situe le droit dans ce sous-système, puisque le droit de l'État occupe une place privilégiée dans les sociétés modernes. Tel n'est pourtant pas le cas : il le situe plutôt dans le sous-système des institutions intégratives du système social, c'est-à-dire le sous-système de la «communauté sociétale».

Bien sûr, il existe une relation privilégiée entre le politique et le droit; aux yeux de Parsons, elle tient surtout au fait que les agences qui appliquent le droit appartiennent à l'État : administration publique, tribunaux, police. Par ailleurs, une grande partie de l'application du droit échappe à l'État. Et cela pour trois raisons. Tout d'abord, s'il est vrai que les tribunaux exercent une autorité qui leur vient de l'État et qui s'appuie sur les pouvoirs de l'État, par ailleurs, ils jouissent, à tout le moins dans les sociétés occidentales modernes, d'une complète indépendance à l'endroit de l'État. Les hommes politiques et les fonctionnaires du gouvernement ne peuvent intervenir dans l'administration de la justice par les tribunaux sans provoquer ou risquer de provoquer un scandale politique. Dans ces sociétés, les tribunaux occupent donc une position «interstitielle» entre le politique et le reste du système social.

En second lieu, la profession juridique composée des avocats, notaires ou autres, interprète et applique quotidiennement le droit à l'intention de ses clients. Avocats et notaires peuvent même agir contre l'État, pour protéger leurs clients contre les actions de l'État. La profession juridique, plus encore que les tribunaux, tient le droit à distance du pouvoir politique, en direction de l'application «privée» du droit, au profit de la clientèle de la profession³³. Une profession juridique très développée insère le droit dans la société civile et lui assure ainsi une plus grande autonomie à l'endroit de l'État.

³³ *Id.*, pp. 190-192.

Mais la raison la plus profonde pour laquelle, selon Parsons, le droit réside dans le sous-système de l'intégration sociale plutôt que du politique tient aux fonctions qu'il remplit. Le droit ne participe qu'indirectement, d'une manière instrumentale, à la fonction de «poursuite des buts» («*goal-attainment*») d'une collectivité, qui est en propre la fonction du politique. Le droit remplit plutôt une fonction intégrative et se rattache ainsi au sous-système de la «communauté sociétale» : il minimise les conflits, il les canalise, il contribue à les résoudre. Par ses règles et ses sanctions, le droit participe au maintien ou au rétablissement de la paix sociale.

Bref, pour Parsons, le droit se rattache à la grande famille des «mécanismes de contrôle social»³⁴. Et cela d'une double manière. D'une part, le droit comporte un aspect de «contrainte» ou encore un «caractère exécutoire», par les sanctions qu'il comporte — surtout les sanctions négatives — et, en dernier ressort, l'ouverture qu'il permet au recours à la force physique pour se faire obéir. Dans cette première perspective, le droit est associé «principalement au gouvernement et à l'État»³⁵. Il y a, d'autre part, une seconde perspective d'analyse du droit qui «insiste sur les éléments consensuels de la validité normative du droit; ce thème permet d'accentuer l'importance de sa légitimation morale»³⁶. Cette seconde perspective renvoie à la fois au droit constitutionnel, qui fonde les droits des citoyens tout autant qu'il établit les structures de l'État, et aux «considérations morales» sur lesquelles s'appuie en définitive toute légitimation de pouvoir ou d'autorité. C'est par cette double perspective que le droit constitue une composante si importante, aux yeux de Parsons, de «l'ordre normatif sociétal». Il va jusqu'à écrire que «l'ordre normatif sociétal se rapproche beaucoup de ce que l'on entend en général par le concept de droit»³⁷. On ne s'étonnera pas alors d'entendre Parsons dire, au moment où il fait état des sources de sa démarche théorique, qu'il a accordé «une importance particulière au droit»³⁸.

La sociologie du droit de Parsons offre donc cette originalité de ne pas rattacher le droit exclusivement à l'État et de ne pas voir le droit seulement comme une extension de l'État. Le cadre d'analyse systémique qu'utilise Parsons l'amène plutôt à insister sur la distance et même l'antagonisme que le droit entretient à l'endroit de l'État. Cette perspective présente un avantage et un inconvénient. Du côté positif, c'est sans doute cette perception non exclusivement étatique du droit qui légitime le pluralisme juridique de Parsons. Parce qu'il n'est pas étroitement lié à l'État, le droit peut exister

³⁴ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 11.

³⁵ Talcott PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, traduit par G. Melleray, Paris, Dunod, 1973, p. 19.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*, p. 155.

pour Parsons sous différentes formes, pourvu qu'on retrouve les traits énumérés plus haut. De plus, la pluralité de la notion de système social chez Parsons permet de percevoir du droit (non étatique), par exemple, dans l'organisation bureaucratique, dans l'église ou la secte, dans l'institution d'enseignement. Du côté négatif, Parsons a détaché le droit de l'État au point de négliger les rapports entre les deux, ce qui représente une assez grave omission chez un sociologue qui s'est occupé avant tout de comprendre la société moderne. C'est un point sur lequel on reviendra plus loin.

Le droit, l'évolution des sociétés et la modernité

Dans l'esprit de Parsons, le modèle conceptuel et théorique qu'il a élaboré n'est pas indépendant du schéma évolutionniste qu'il a par ailleurs développé. Les commentateurs et particulièrement les critiques de Parsons n'ont pas toujours compris la complémentarité des deux. L'analyse de la place du droit dans la pensée de Parsons permet d'éclairer quelque peu ce lien.

Parsons fait lui-même état de «l'intérêt constant (qu'il a) attaché au schéma de l'évolution sociale»³⁹. Cet intérêt avait chez lui un double fondement. Il avait son origine la plus lointaine dans la place qu'a occupée la biologie dans sa pensée, depuis son adolescence et durant toute sa vie; l'on pourrait même parler de la fascination que la biologie exerçait sur lui. Le passage de l'évolutionnisme biologique à l'évolutionnisme social lui paraissait épistémologiquement et méthodologiquement légitime⁴⁰. En second lieu, comme chez tous les évolutionnistes, c'est le besoin de comprendre les sociétés modernes qui l'entraînait à situer celles-ci dans le contexte de celles qui les ont précédées et préparées. Le regard porté sur l'évolution des sociétés antérieures rendait plus perçante, plus aigüe la perception des traits caractéristiques des sociétés contemporaines. C'est ainsi que pour Parsons, qui a cherché toute sa vie à comprendre et expliquer les sociétés contemporaines, la perspective évolutionniste s'inscrivait tout naturellement dans sa démarche analytique.

Dans le passage des sociétés archaïques vers les sociétés modernes, Parsons accorde au droit un rôle majeur. Il associe écriture et droit; l'une et l'autre ont contribué à promouvoir la stabilité et l'autonomie des composantes essentielles de la culture des sociétés. «Alors que le langage écrit assure **l'indépendance** du système culturel par rapport aux exigences conditionnelles du système social, le droit, lorsqu'il atteint un certain niveau de développement, assure l'indépendance des composantes normatives de la structure sociale vis-à-vis des exigences des intérêts politiques et économiques et des facteurs personnels, organiques et physiques qui opèrent

³⁹ *Id.*, p. 154.

⁴⁰ Valerie A. HAINES, «Biology and Social Theory : Pearson's Evolutionary Theme», (1987) 21 *Sociology* 19-39.

par leur intermédiaire.»⁴¹ Le droit a pu exercer cette action en développant deux caractères : celui d'être composé de règles, normes et principes dégagés de leur ancien caractère particulariste, pour revêtir de plus en plus le caractère universaliste qui en fait des règles, normes et principes s'appliquant également à tous les membres d'un même ensemble social; celui, en second lieu, d'être composé de règles de procédure distinctes des règles substantives. L'obligation de suivre des règles de procédure réduit le risque d'arbitraire dans l'élaboration, l'interprétation et l'application des règles substantives. «Il n'y a qu'un primat de la procédure qui permette au système (juridique) de faire face à une large variété de circonstances et de types de cas sans avoir préjugé des solutions précises.»⁴² Ces deux traits s'allient à un troisième, qui est d'ailleurs la condition essentielle d'émergence des deux premiers : c'est la différenciation qui doit s'opérer entre, d'une part, le système juridique et, d'autre part, le pouvoir politique et d'autres ordres normatifs, en particulier l'ordre normatif religieux. Aussi longtemps que subsiste une confusion ou une mixité des ordres religieux, politiques et juridiques, aussi longtemps que les tribunaux et les juristes n'ont pas acquis une complète autonomie dans l'interprétation et l'application des règles juridiques, celles-ci ne peuvent que garder leur caractère particulariste.

L'absence de ces trois éléments essentiels fait la différence entre le droit ayant existé dans des sociétés telles que la Chine classique, l'Égypte, l'empire mésopotamien, l'empire islamique, Israël et même l'empire romain et le droit des sociétés démocratiques modernes. Ce n'est que dans ces dernières, et c'est là un de leurs traits les plus marquants, que le droit a développé des règles universalistes, à la fois substantives et de procédure, et qu'il a gagné une grande autonomie à l'endroit du pouvoir politique et des autres composantes de l'ordre normatif sociétal. Les sociétés totalitaires, de droite et de gauche, opèrent un retour en arrière, une régression historique : elles conscrivent le système juridique, notamment les tribunaux, la profession juridique, la police, au service de l'idéologie et des politiques de l'État.

Dans la transition qui s'est opérée des sociétés anciennes ou intermédiaires vers les sociétés modernes, le droit a donc joué un rôle essentiel : il a servi à mettre en place de nouveaux modes d'intégration sociale, fondés sur la rationalité formelle plutôt que sur la force, le charisme ou la tradition. Mais il est un autre rôle non moins essentiel que le droit a rempli dans cette évolution vers la modernité : ce fut celui de permettre l'élaboration de nouvelles structures économiques. La principale de ces structures nouvelles fut l'émergence et l'extension d'un «système du marché», que Parsons considère comme «la clé structurelle de la révolution

⁴¹ Talcott PARSONS, *Sociétés. Essai sur leur évolution comparée*, traduit par G. PRUNIER, Paris, Dunods, 1973, p. 35.

⁴² *Id.*

(industrielle)»⁴³. Les modes de production économique se sont modifiés dans la mesure où non seulement la technologie le permettait mais aussi où le marché des biens produits s'élargissait sans cesse. Or, ce système de marché a pu s'étendre parce que «les cadres juridiques de la propriété et du contrat favorisaient l'extension des entreprises commerciales»⁴⁴. La notion de contrat agit alors comme un élément particulièrement important pour assurer la sécurité nécessaire à la dynamique des investissements industriels et commerciaux.

La profession juridique

Dans la perspective évolutionniste que l'on vient d'évoquer, Parsons insiste sur un autre facteur de changement : la profession juridique. En réalité, Parsons a traité de la profession juridique de deux manières bien différentes : d'une manière que l'on peut appeler macrosociologique, portant sur le rôle historique des juristes; d'une manière microsociologique en analysant la pratique des avocats et leurs rapports avec leurs clients.

Max Weber, on le sait, a accordé une grande importance à l'action historique des producteurs et des interprètes du droit, qu'il s'agisse de ceux qu'il a appelés les «honoratoires» — pontifes, prêtres, etc. — ou des juristes professionnels. Dans ses analyses évolutionnistes et historiques, à un niveau macrosociologique, Parsons s'est beaucoup inspiré de la pensée de Weber, sinon de ses études même. L'autonomie croissante de la profession juridique à l'endroit des autorités religieuses et politiques lui apparaissait comme un facteur important de modernisation. Et dans ce processus, la mise en place de structures de formation des juristes, particulièrement au niveau universitaire, était à son tour un facteur ayant servi à accélérer l'autonomisation du droit. Tout ce qui a contribué à donner un caractère «professionnel» à la pratique du droit servait du même coup à l'autonomiser.

C'est cependant, à mon avis, dans son analyse microsociologique plus que dans son analyse macrosociologique de la profession juridique que Parsons a fait preuve d'originalité. Soulignons d'abord l'intéressante analogie qu'a faite Parsons entre la méthodologie du juriste de la common law et celle qu'il a lui-même pratiquée en tant que théoricien. Comme l'écrit François Bourricaud, «ce rapprochement entre le juge et le sociologue a de quoi surprendre»⁴⁵, mais il s'explique bien. Un droit fondé sur les «cas» et les précédents, comme l'est la common law, n'est ni arbitraire ni aléatoire,

⁴³ T. PARSONS, *op. cit.*, note 35.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ François BOURRICAUD, *L'individualisme institutionnel. Essai sur la sociologie de Talcott Parsons*, Paris, Presses universitaires de France, 1977, p. 12.

soutient Parsons, contrairement à l'image qu'on peut en avoir. Il comporte nécessairement un certain nombre de principes généraux, énoncés surtout par les tribunaux d'appel, à la lumière desquels les juges peuvent justifier leurs décisions. C'est ainsi que la *Common law* se «systématise» et que le juriste réfléchit selon la même méthode inductive que Parsons lui-même considère avoir suivie dans l'élaboration de sa théorie. Contrairement à ce que certains voudraient, et Parsons nomme en particulier George Homans, une théorie ne s'édifie pas à partir de principes posés au départ, mais découvre progressivement des principes à partir de l'analyse de données. C'est ce que fait le juriste de la *common law*; c'est ce que Parsons dit avoir fait lui-même dans *The Structure of Social Action*⁴⁶.

Par ailleurs, on connaît l'intérêt que Parsons portait aux professions dans les sociétés modernes, inspiré probablement en cela par Durkheim. La profession médicale a été l'objet de sa première recherche empirique, celle à partir de laquelle il a commencé à élaborer ses «*pattern variables*»; il lui a consacré un important chapitre de *The Social System*, faute de publier le rapport complet de sa recherche. Il n'a pas pu accorder la même attention à la profession juridique. Il l'a fait principalement en deux endroits de son oeuvre. D'abord, dans la conférence de 1952 à l'occasion du cinquantenaire de la Faculté de droit de l'Université de Chicago, à laquelle nous avons déjà fait référence⁴⁷. En second lieu, il a traité d'une manière assez extensive de la place de la profession juridique dans la société américaine, dans l'ouvrage qu'il devait publier au début des années 1960 sur les États-Unis, en collaboration avec Winston White, mais qui demeure encore parmi les manuscrits inédits de Parsons. On trouve un certain résumé de cette analyse dans «*The Law and Social Control*»⁴⁸.

Le point de référence qu'utilise ici Parsons est son analyse de la profession médicale. C'est en recherchant les ressemblances et dissemblances avec la profession médicale que Parsons aborde la profession juridique. Parsons met particulièrement l'accent sur les «tensions» («*strains*») propres à la pratique juridique, dont il souligne trois sources. La première provient du fait que le droit est un ensemble de règles dont la cohérence interne demeure toujours mouvante; elle se refait sans cesse. Cela est particulièrement vrai du droit des pays anglo-saxons, qui repose largement sur les décisions judiciaires, les précédents. La décision que rendra un tribunal demeure toujours, pour un avocat, entourée d'une marge d'incertitude. La «bonne» réponse à donner aux clients, le «bon» avis ne sont pas toujours très clairs. À la différence de l'homme de science, et donc du

46 Talcott PARSONS, «On Building Social System Theory : A Personal History», (1970) *Daedalus* 867-868.

47 T. PARSONS, *loc. cit.*, note 8.

48 T. PARSONS, *loc. cit.*, note 11, 64-70.

médecin à ce titre, l'avocat ne peut s'appuyer sur un ensemble de connaissances stables et assurées; son univers de connaissances est moins fermement établi, et c'est là pour lui une première source de tension. Celle-ci peut entraîner trois formes de déviance caractéristiques de la profession juridique. L'une consiste pour l'avocat à tirer avantage de cette situation d'incertitude pour son profit personnel; c'est le cas de l'avocat qui s'enrichit aux dépens de ses clients ou qui va dans le sens des demandes et pressions de ses clients. L'autre consiste au contraire à se réfugier dans le formalisme juridique rigide; c'est la déviance de la compulsivité rassurante. La troisième est l'identification exagérée aux intérêts de son client, au point de plaider, par exemple, pour des dédommagements que l'avocat jugerait lui-même exagérés, s'il en jugeait froidement; c'est la déviance de la «sentimentalité».

Une seconde source de tension tient au fait que l'avocat sert d'intermédiaire entre le droit et ses clients, c'est-à-dire entre l'autorité publique que représente le droit et le secteur privé des clients. Il lui faut défendre dans toute la mesure du possible les intérêts de ses clients, tout en respectant l'intérêt public que le droit a aussi mission de protéger. Comme les deux ne concordent pas nécessairement, l'avocat subit souvent la tension du conflit qui en résulte pour lui.

Une troisième source de tension résulte de la permissivité et du support que le client peut attendre dans sa relation avec l'avocat. Parsons reprend ici ce que l'analyse des fonctions psychothérapeutiques de la pratique médicale lui avait appris. Il est dans la nature de la relation professionnelle, comme c'est le cas du patient avec son médecin, que le client puisse se confier à son avocat en toute confiance et être assuré tout à la fois de sa confidentialité, de sa compréhension et de son support. Il peut compter que son avocat ne s'étonnera pas, ne se choquera ni ne se scandalisera. Il trouvera en celui-ci, comme en son médecin ou en son psychothérapeute, un confident sûr et au surplus efficace. Mais, de son côté, l'avocat a aussi une responsabilité à l'endroit du système juridique; il doit savoir prendre le parti du droit tout autant que le parti de son client, c'est-à-dire éclairer celui-ci sur les limites et les contraintes du droit, les sanctions qu'il risque d'encourir, les responsabilités qu'il doit porter, etc. Il y a là une source de tension que le médecin et le psychothérapeute connaissent beaucoup moins que l'avocat.

À travers ces différentes tensions, la profession juridique apparaît à Parsons, comme toutes les autres professions, comme un des mécanismes de contrôle social : elle a des fonctions éducatives et intégratives, prévenant ou amenuisant les conflits et corrigeant les déviances, tout comme fait le médecin qui cherche à rétablir le patient, perçu par Parsons comme déviant, dans l'état «normal» de la santé. Mais, contrairement à l'image que l'on a trop souvent donnée de Parsons, celui-ci ne considère pas l'ordre social ou l'équilibre du système social comme un acquis, mais plutôt comme un problème qui surgit sans cesse et qui appelle sans relâche une nouvelle solution. C'est cette idée sur laquelle il conclut son analyse de la profession

juridique en soulignant que «le sociologue doit considérer les activités de la profession juridique comme l'un des plus importants mécanismes par lequel un état relatif de stabilité ("*a relative balance of stability*") est maintenu, dans une société dynamique et connaissant un équilibre plutôt précaire ("*rather precariously balanced society*")»⁴⁹.

Les fonctions morales du droit

Ces dernières considérations nous ramènent à la fois au cadre théorique du système social et à ce que nous avons appelé au début de cet article les préoccupations morales de Parsons. En effet, en tant qu'«analyste théoricien des sociétés modernes», comme Parsons dit de lui-même, l'un des thèmes majeurs de ses interrogations a porté sur «les problèmes d'intégration de ces sociétés» et par conséquent sur «la relation entre la collectivité comme communauté morale et le statut de l'individu»⁵⁰. C'est dans ce contexte que se situe sa réflexion sur le droit.

Émile Durkheim a mieux que tout autre sociologue, estime Parsons, posé le problème central des sociétés modernes : celui de leur intégration. Le problème soulevé par Hobbes de l'existence d'un ordre social, maintes fois évoqué par Parsons, est proprement un problème des sociétés modernes, comme l'a bien montré Durkheim. La cohésion, la stabilité et le fonctionnement des sociétés modernes sont constamment problématiques à cause des forces désintégrantes qu'elles recèlent et qui y sont en action. Celles-ci sont notamment : la division du travail et l'économie de marché; la différenciation et la diversification des intérêts professionnels et économiques; l'individualisme, que Durkheim a identifié sous la forme de la poussée de la conscience individuelle aux dépens de la conscience collective. Il en résulte nécessairement que ces sociétés recèlent un potentiel considérable de conflits, à tout le moins latents sinon actifs.

C'est une des tâches de la sociologie, comme l'a comprise Durkheim et comme Parsons a voulu la poursuivre, de chercher à expliquer par quelles institutions et par quels mécanismes les sociétés modernes contrebalancent les tendances désintégrantes, assurent la cohésion toujours précaire de l'ensemble, règlent ou atténuent les conflits, et aussi comment il arrive qu'elles n'y réussissent pas et qu'elles doivent alors traverser des périodes de luttes et de conflits, de changements et même une révolution, et parfois connaître un état de domination totalitaire. L'intelligence de cette dynamique des sociétés modernes passe par la recherche des valeurs fondamentales de la

⁴⁹ *Id.*, 70.

⁵⁰ Talcott PARSONS, «Law as an Intellectual Stepchild», (1977) 47 *Sociological Inquiry* 51-53. Ce numéro double de la revue a été republié : Harry M. JOHNSON (dir.), *Social System and Legal Process*, San Francisco, Jossey-Bass.

culture, l'ordre moral d'une société; mais aussi par la connaissance des institutions qui contribuent à la solidarité organique décrite par Durkheim.

Il semble bien qu'influencé par ses propres origines familiales et culturelles et par une certaine lecture de Weber et Durkheim, Parsons ait commencé par reconnaître dans la religion la principale institution intégrative de la société. Mais ses observations et sa réflexion plus poussées sur les sociétés modernes, jointes à l'influence qu'exercèrent sur lui, par exemple, les écrits de Robert Bellah et ceux de juristes comme Lon Fuller, l'amènent à opérer une relecture de Weber — dont on reparlera plus loin — et à découvrir le rôle du droit comme l'institution intégrative typique des sociétés démocratiques contemporaines. C'est ainsi qu'on peut lire dans son dernier article — un article très important — sur le droit : «C'est ma conviction que le système juridique [...] constitue ce qui est probablement la seule clé institutionnelle de très grande importance pour comprendre les problèmes de l'intégration sociétale.»⁵¹ Le droit remplit cette fonction fondamentale de diverses manières : par les moyens qu'il offre de diminuer ou de régler les conflits; par la légitimité qu'il assure aux autorités politiques; par la constitution et les procédures qui fondent l'ordre politique; par la sanction des déviances; par la prédictabilité qu'il autorise dans les rapports économiques et sociaux.

C'est ainsi que l'on peut considérer le droit comme un des mécanismes principaux à travers lesquels s'établissent, dans les sociétés modernes, les rapports entre l'individu et la société. Si la socialisation de la personne assure l'intégration des personnes par l'intériorisation des valeurs, des normes et des institutions d'une société, le droit fonde cette même intégration par la régulation qu'il établit et de la collectivité elle-même et des réseaux d'interactions des membres de la société entre eux et avec la collectivité.

Cette fonction du droit revêt une importance d'autant plus grande que Parsons voit dans l'individualisme non seulement un fait caractéristique des sociétés modernes, mais une valeur positive dans l'histoire de l'humanité. L'on rejoint ici l'un des problèmes philosophiques de la modernité sur lequel Parsons avait de fermes convictions morales personnelles. Parsons était moralement et idéologiquement un individualiste. Mais comme il l'a bien clairement spécifié, il considérait qu'il avait hérité de Durkheim ce qu'il appelait un «individualisme institutionnalisé» qu'il opposait à l'individualisme utilitariste. François Bourricaud l'a bien montré dans sa grande étude sur la pensée de Parsons, cette formule dépeint parfaitement la philosophie sociale et morale de Parsons⁵². Et le droit comptait précisément, selon Parsons, parmi les principaux mécanismes servant d'encadrement institutionnel de l'individualisme, dans les sociétés démocratiques modernes.

51 *Id.*, 52.

52 F. BOURRICAUD, *op. cit.*, note 45.

Le droit tel qu'on le connaît maintenant dans ces sociétés permet un individualisme qui n'est pas une menace à la cohésion de l'ensemble; l'individualisme est balisé en même temps que protégé par le droit. Le droit contribue à faire la différence entre l'individualisme purement utilitaire et l'individualisme institutionnalisé.

C'est faute d'avoir vu cette importante distinction que les sociologues se sont désintéressés du droit, soutient Parsons⁵³. Les sociologues contemporains constatent comme un fait que l'individualisme est un trait caractéristique des sociétés modernes. Mais ils jugent ce fait d'une manière négative à cause, dit Parsons, de leur «romantisme *gemeinschaft*»⁵⁴ qui leur fait voir toute forme d'individualisme comme anti-social. C'est ce qui a entraîné bien des sociologues à mettre l'accent sur les conflits et à négliger le rôle que joue le droit comme mécanisme de solution et de contrôle de ces conflits. Le droit est ainsi demeuré le parent pauvre de la sociologie contemporaine («*an intellectual stepchild*»), alors que Weber et Durkheim lui avaient accordé une place importante⁵⁵. Parsons ne nie évidemment pas que les conflits existent. Mais il considère qu'existent aussi des mécanismes qui institutionnalisent ces conflits, leurs modes d'expression et leur solution. Le droit est un de ces mécanismes, sinon le plus important. Et son action est efficace : que ce soit sous la forme de lois, de décisions judiciaires ou d'interprétations d'avocats à l'intention de leurs clients, le droit agit généralement d'une manière assez efficace pour conserver ou rétablir la paix sociale, refroidir des esprits échauffés et des passions violentes, corriger ou réduire des inégalités et des injustices⁵⁶.

Ainsi, l'action intégrative du droit dans la société moderne exerce-t-elle une sorte de fonction morale, qui répond à la philosophie sociale à travers laquelle Parsons jugeait et la société contemporaine et les analystes de cette société.

III- LA SOCIOLOGIE DU DROIT DE PARSONS : SOURCES, ÉVALUATION ET SUITES

Pour mieux comprendre et finalement évaluer la pensée de Parsons sur le droit, il est important de retracer les sources qui l'ont inspirée. Cinq noms apparaissent dominants : ce sont ceux de Roscoe Pound, Max Weber, Émile Durkheim, Lon Fuller et James Hurst. Nous avons déjà évoqué plus haut celui de Bryant King, dont Parsons disait s'être inspiré.

53 T. PARSONS, *loc. cit.*, note 50.

54 *Id.*, 11.

55 *Id.*, 11-13.

56 *Id.*, 12 et 13.

Roscoe Pound peut être considéré comme le véritable fondateur de la sociologie juridique étatsunienne. Juriste de formation, homme d'une vaste culture philosophique, lisant l'allemand et le français autant que l'anglais, il fut le premier à lever l'étendard de la révolte contre le formalisme juridique qui régnait dans l'enseignement du droit aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle. Il entreprit de renouveler la théorie du droit en travaillant à l'élaboration d'une «jurisprudence» dans le sens anglo-saxon du terme, dont un volet consistait à rechercher les liens et l'interaction entre le droit et la société. S'inspirant de la sociologie du début du siècle, celle de Simmel quelque peu mais surtout celle de Edward A. Ross, il élabora ce qu'il appela la *Sociological Jurisprudence*.

C'est à Roscoe Pound que Parsons doit d'avoir été initié au droit, et tout particulièrement à la common law. Il dit de l'ouvrage de Pound, *The Spirit of the Common Law*, qu'il fit sur lui une forte impression («a lasting impression») ⁵⁷. Il raconte avoir également participé, au cours des années 1930, à un séminaire de Pound sur la philosophie du droit, dont il disait plus de trente ans plus tard que ce fut «a memorable experience» ⁵⁸. On peut constater d'ailleurs cette influence de Pound sur Parsons : il est le premier juriste que Parsons ait cité ⁵⁹ et auquel il se réfère encore dans ses derniers écrits lorsqu'il évoque la common law ⁶⁰. Cependant, on peut avoir le net sentiment que Parsons a considéré Pound comme un juriste, à la fois historien et surtout philosophe du droit, mais pas vraiment comme un sociologue et sans doute pas comme le premier sociologue du droit étatsunien. Il juge plutôt la *Sociological Jurisprudence* de Pound comme étant «quelque peu prématurée» ⁶¹. S'il évoque les débuts de la sociologie juridique, il constate qu'on ne les retrouve pas dans les pays anglo-saxons, ni aux États-Unis ni en Grande-Bretagne, mais dans les pays de droit civil codifié : l'Allemagne et l'Autriche avec Eugen Ehrlich, Max Weber, Hans Kelsen, la Russie et la Pologne avec Leon Petrazycki, la France avec Émile Durkheim ⁶².

57 Talcott PARSONS, «Law and Sociology : A Promising Courtship?», dans Arthur E. SUTHERLAND (dir.), *The Path of the Law from 1967*, Cambridge, Mass., Harvard Law School, 1968, p. 47, à la page 50.

58 *Id.*

59 T. PARSONS, *op. cit.*, note 13, pp. 107, 144, 264; Talcott PARSONS, «The Political Aspect of Social Structure and Process», dans David EASTON (dir.), *Varieties of Political Theory*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1966, ch. 4, p. 71, à la page 72.

60 T. PARSONS, *loc. cit.*, note 50, 21, 53.

61 T. PARSONS, *loc. cit.*, note 57, à la page 48.

62 *Id.*, 50.

C'est donc parmi ces Européens que se retrouvent les deux autres sources de Parsons : Weber et Durkheim. Le premier surtout, juriste lui-même et qui a accordé au droit une place très importante dans l'ensemble de son oeuvre, y compris sa monumentale *Rechtssoziologie*. Cependant, il est particulièrement intéressant de signaler que Parsons n'a que progressivement et presque tardivement pris conscience de cette place du droit dans la pensée de Weber. La *Rechtssoziologie* n'apparaît pas dans *The Structure of Social Action*, ni non plus le rôle que Weber avait attribué au droit dans ses grandes analyses historiques. Et encore en 1963, dans l'Introduction qu'il rédigea pour la traduction anglaise de *The Sociology of Religion* de Weber, Parsons considère que la sociologie de la religion est «l'axe le plus central» («*the most central focus*») de toute la pensée de Weber⁶³. Mais ayant été sensibilisé au droit, notamment par Lon Fuller, comme on le verra plus loin, il revoit Weber dans une autre perspective. À telle enseigne qu'il a pu déclarer en 1964 : «J'aimerais suggérer avec force que le noyau ("*core*") de la sociologie substantive de Weber ne réside ni dans son traitement des problèmes économiques et politiques, ni dans sa sociologie de la religion, mais dans sa sociologie du droit.»⁶⁴ Cette importante mise au point, faite dans un moment solennel, le Symposium international marquant le centième anniversaire de la naissance de Max Weber, devant un imposant auditoire, suppose que Parsons avait révisé profondément son interprétation de la pensée de Weber, au point d'en déplacer l'axe central de la religion vers le droit. Et à la fin de sa vie, Parsons écrit qu'«ayant eu plusieurs années pour y réfléchir, (il était) prêt à soutenir la même affirmation»⁶⁵.

La relation entre Parsons et Durkheim fut plus simple qu'avec Weber. Parsons connaissait bien les grands ouvrages de Durkheim, mais il n'a pas vraiment fréquenté la collection de l'*Année sociologique*, où plusieurs collaborateurs ont écrit sur le droit dans des perspectives sociologiques.

⁶³ Talcott PARSONS, «Introduction» à la traduction anglaise de Max WEBER, *The Sociology of Religion*, Boston, Beacon Press, XIX.

⁶⁴ Talcott PARSONS, «Value-Freedom and Objectivity», dans Otto STAMMER (dir.), *Max Weber and Sociology Today*, New York, Harper and Row, 1971, p. 27, à la page 40. Cette communication a d'abord été publiée dans une traduction allemande en 1965, dans les Actes du Colloque du centenaire de la naissance de Max Weber qui s'était tenu à Heidelberg en avril 1964. La même année, la version originale anglaise et une traduction française ont paru dans : UNESCO, «Evaluation and Objectivity in Social Science : A Interpretation of Max Weber's Contributions»/«Évaluation et objectivité dans le domaine des sciences sociales : une interprétation des travaux de Max Weber», (1965) 17 *International Social Science Journal/Revue internationale des sciences sociales*, n° 1. Elle a également été publiée par Parsons lui-même dans son recueil : Talcott PARSONS, *Sociological Theory and Modern Society*, New York, The Free Press, 1967, ch. 3.

⁶⁵ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 50, à la page 23.

Parsons a été très tôt frappé par l'usage qu'a fait Durkheim du droit comme indice pour distinguer la solidarité mécanique (droit répressif) de la solidarité organique (droit restitutif)⁶⁶. Il a aussi retenu le rôle que Durkheim attribuait au droit restitutif dans la transition des sociétés archaïques vers les sociétés modernes⁶⁷. C'est d'ailleurs toujours à Durkheim que se reporte Parsons lorsqu'il évoque l'importance de la notion moderne de contrat et la protection juridique de la propriété dans les sociétés modernes⁶⁸.

Mais c'est indubitablement à Weber que Parsons revenait le plus volontiers et chez qui il a le plus puisé d'éléments d'une sociologie du droit. En particulier, c'est à travers Weber que Parsons a perçu les liens entre droit et rationalité, droit et autorité, droit et bureaucratie; c'est à Weber qu'il doit l'accent mis sur les fondements juridiques de la légitimité du pouvoir et de la domination; c'est à Weber qu'il doit son intérêt pour la profession juridique; Weber enfin l'a éclairé sur le rôle du droit dans l'évolution du capitalisme.

Parsons ne semble pas avoir connu *L'Esprit des lois* de Montesquieu, qui fut sans doute le premier grand traité de sociologie juridique. Il fait donc remonter celle-ci à Durkheim et Weber, ainsi qu'à Ehrlich et Petrazycki. Mais c'est ici qu'apparaît une quatrième figure importante, celle de Lon Fuller. Juriste et philosophe du droit, professeur à la Faculté de droit de l'Université Harvard, il a activement contribué à éclairer Parsons sur le droit, notamment la common law, et sur les rapports entre droit et société. Parsons connaissait et citait les deux grands ouvrages de Fuller publiés dans les années 1960 : *The Morality of Law* (1964) et *The Anatomy of Law* (1968). Si Pound avait initié Parsons à la common law, c'est à travers Lon Fuller, et aussi James Hurst dont on parlera dans un moment, que Parsons a approfondi la connaissance et la compréhension qu'il a pu avoir du droit anglo-américain. De plus, au cours des années 1960, Parsons a donné durant deux ans à Harvard un séminaire conjoint avec Fuller sur les rapports entre droit et sociologie. Et ce séminaire a été marquant dans la démarche de Parsons⁶⁹. C'est, je crois, la fréquentation de Fuller qui a amené Parsons à réviser sa lecture de Weber et à y découvrir le rôle-clé du droit. C'est probablement aussi avec Fuller que Parsons a clarifié ses idées sur la place du droit dans l'ensemble de l'ordre normatif sociétal. Enfin, Fuller a très certainement sensibilisé Parsons à ce que lui-même a appelé «l'espèce de mystère de la négligence dont ont fait preuve les sciences sociales et particulièrement la sociologie, à l'endroit du droit et des systèmes juridiques, après le brillant départ opéré par Durkheim et Weber»⁷⁰. On doit à David Sciulli d'avoir

⁶⁶ T. PARSONS, *op. cit.*, note 9, p. 318.

⁶⁷ T. PARSONS, *op. cit.*, note 13, pp. 37, 179, 325.

⁶⁸ T. PARSONS, *op. cit.*, note 35.

⁶⁹ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 47, 867 et 868.

⁷⁰ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 50, 11.

particulièrement bien mis en lumière les rapports intellectuels entre Parsons et Fuller⁷¹.

Soulignons enfin l'intérêt que Parsons a pris aux travaux d'histoire du droit étatsunien de James W. Hurst. Il fit même une longue recension des conférences que celui-ci publia en 1960 sous le titre *Law and Social Process in United States History*⁷². Il y dit avoir déjà lu en 1956 «l'analyse très éclairante (que faisait Hurst dans un ouvrage précédent, *Law and Conditions of Freedom*) des principales tendances et des points centraux (*foci*) du développement du droit aux États-Unis». C'est peut-être chez Hurst, aussi bien que chez Fuller, qu'il découvrit un aspect du droit qui devint important dans sa pensée, la dimension des procédures, leur importance pour établir l'universalisme de la règle juridique substantive et pour assurer l'autonomie du droit.

Évaluation critique

On a pu le constater, Parsons a manifesté un intérêt tardif mais croissant pour le droit. La relecture qu'il fit de Weber et le dernier article qu'il publia sur le droit deux ans avant son décès⁷³ témoignent du fait qu'il accorda une place de plus en plus grande au droit et qu'il regrettait que la sociologie contemporaine n'ait pas poursuivi dans la foulée ouverte par Durkheim et Weber. Cependant, Parsons lui-même n'a finalement laissé que quelques esquisses d'une sociologie juridique, à travers quelques rares articles touchant le droit et un certain nombre de références au droit dans divers articles ou chapitres. S'il a contribué à ouvrir certains champs d'étude de la sociologie, auxquels il a apporté une contribution originale et marquante, comme par exemple la sociologie de la maladie et de la médecine, des organisations, de la jeunesse, de la famille, on ne peut pas dire qu'il ait autant contribué à ouvrir le champ de la sociologie du droit.

Par ailleurs, compte tenu de l'absence d'intérêt à peu près généralisé pour le droit dans la sociologie américaine des années 1950 et 1960, on doit mettre au compte des intuitions qui ont marqué l'oeuvre de Parsons qu'il se soit intéressé au droit, à l'histoire et à la philosophie du droit et qu'il ait intégré le droit dans son schème théorique de l'action sociale. À cet égard, Parsons annonçait les développements qu'a connus la sociologie juridique au cours des années 1970 et 1980.

Ceci dit, les vues de Parsons sur le droit appellent certaines réserves et critiques.

⁷¹ D. SCULLI, *loc. cit.*, note 31, 753-756.

⁷² T. PARSONS, *loc. cit.*, note 19.

⁷³ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 64.

Notons d'abord que si Parsons a entrouvert la porte du pluralisme juridique, il n'est pas allé plus loin. Nous avons vu que la manière dont il intégrait le droit dans la théorie de l'action sociale lui inspirait une notion très nettement pluraliste du droit. Mais Parsons n'a pas tiré avantage de cette ouverture. S'il a pris connaissance, semble-t-il, de la sociologie juridique d'Eugen Ehrlich et de Georges Gurvitch, s'il a de toute évidence été sensible au pluralisme juridique de William Evan avec qui il participa au séminaire de l'Université Rutgers en 1956⁷⁴, il ne paraît pas avoir compris ce que le pluralisme recelait de possibilités pour la sociologie juridique. Le droit dont il parle est finalement toujours exclusivement le droit des juristes. On retrouve ici chez lui la même limitation que chez Max Weber⁷⁵.

Par ailleurs, ce droit des juristes, que l'on peut appeler le droit de l'État, Parsons a été bien loin d'en explorer tous les rapports qu'il entretient avec l'État — et c'est là une deuxième et importante réserve. Le problème ici est que Parsons ne s'est jamais vraiment attaché à l'analyse de l'État. Il n'y a pas dans son oeuvre de sociologie de l'État. Cela est d'autant plus paradoxal que le pouvoir et le politique occupent une place importante dans son schème théorique. Mais le politique est défini d'une manière étendue, on pourrait dire pluraliste, ce qui est une source de grande richesse. Parsons a ainsi pu montrer comment le politique, entendu comme mobilisation de ressources à la poursuite de buts collectifs, se retrouve dans tout système social, et non seulement de la société. L'État n'est qu'une des formes du politique, celle qui se trouve dans le système social de la société globale.

Cette perspective originale sur le politique a malheureusement entraîné Parsons à négliger le gouvernement. Il y a sans doute là aussi un effet de l'idéologie de Parsons et de sa culture politique étatsunienne. Parsons fut avant tout un sociologue de la société civile. L'État lui apparaissait, ainsi qu'aux libéraux américains de sa génération, comme une institution toujours suspecte d'autoritarisme, d'interventionnisme excessif, comme une menace aux citoyens, à leurs droits et libertés.

Il était un tenant du *New Deal* de Franklin D. Roosevelt, qu'il considérait comme une politique foncièrement démocratique. Mais il était en même temps méfiant de la bureaucratisation qu'engendre l'État-providence. Cette attitude ambivalente l'a retenu d'analyser en profondeur le Welfare State des sociétés occidentales de son époque et a, par conséquent, inhibé sa sociologie de l'État. Comme il n'a fait porter ses analyses que sur le droit des juristes, la vision qu'il en a eue s'en est trouvée gravement handicapée. Ainsi, on ne trouve pas chez Parsons une analyse de la place faite au droit

⁷⁴ WILLIAM M. EVAN, «Public and Private Legal Systems», dans William M. EVAN (dir.), *Law and Sociology Exploratory Essays*, The Free Press of Glencoe, 1962.

⁷⁵ G. ROCHER, *loc. cit.*, note 31, 97 et 98; *supra*, p. 123.

public dans l'État-providence, ni de la contribution du droit et des juristes à l'élaboration et à la mise en place des politiques sociales des États contemporains. Toute cette dimension active, dynamique de droit des sociétés contemporaines lui échappait.

Au lieu de cela, ce qui attirait l'attention de Parsons, dans une perspective typiquement libérale, c'était plutôt le rôle du droit dans la défense de la personne contre l'État. Cela est particulièrement clair dans l'analyse que fait Parsons de «la nature du pluralisme américain»⁷⁶. Il constate la croissance du gouvernement américain, en particulier l'extension des pouvoirs du gouvernement fédéral aux dépens des gouvernements locaux et des gouvernements des États. Dans ce contexte, «le développement du système juridique» qui le frappe le plus est que «dans un domaine après l'autre, les tribunaux — et dans une certaine mesure les législatures — ont renforcé la protection des droits des individus et des collectivités privées contre l'intervention gouvernementale [...] De ce point de vue, le système juridique est la structure-frontière entre le gouvernement et le secteur privé de la société»⁷⁷. Cette fonction tampon du droit apparaissait à Parsons d'autant plus importante qu'il avait «la conviction, en tant qu'analyste de la société américaine, que la ligne de partage entre les sphères publiques et privées d'intérêt est de soi délicate en général, mais plus particulièrement encore dans la phase actuelle de développement de notre société»⁷⁸.

Une autre importante réserve se situe dans la même veine. La principale révolution à laquelle Parsons relie le droit est la révolution industrielle. Les rapports entre le droit et les grandes révolutions politiques lui échappent. Cela est d'autant plus étonnant et paradoxal qu'il était imbu de la culture politique américaine et qu'il a tout particulièrement étudié l'histoire du droit américain. Les effets de la Révolution américaine sur la common law de ce pays n'ont pas attiré son attention. Il en va de même d'autres révolutions, notamment la révolution soviétique. Il cite bien, parmi les ouvrages dont il dit s'être inspiré et dont il propose la lecture, à la fin du *Système des sociétés modernes*⁷⁹, l'étude de Harold Berman sur le droit soviétique⁸⁰. Mais il n'a pas effectivement utilisé l'abondant matériel que lui fournissait Berman, notamment, sur la fonction «parentale» que le droit soviétique a exercée à la suite de la Révolution pour éduquer et former le

⁷⁶ Talcott PARSONS, «The Nature of American Pluralism», dans Theodore SIZER, *Religion and Public Education*, Boston, Houghton Mifflin, ch. 13, 1967, p. 249.

⁷⁷ *Id.*, 260.

⁷⁸ *Id.*, 261.

⁷⁹ T. PARSONS, *op. cit.*, note 35, p. 157.

⁸⁰ Harold J. BERMAN, *Justice in U.S.S.R. An Interpretation of Soviet Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963.

nouveau citoyen de la société et de la culture socialistes. Il y avait pourtant là une riche matière à réflexion sur le rôle instrumental du droit au service d'une fin politique explicite et ouvertement affirmée.

Une dernière réserve s'impose enfin. Avec sa théorie générale de l'action et son cadre conceptuel du système social, Parsons avait les éléments nécessaires pour pousser beaucoup plus avant qu'il ne l'a fait son analyse du droit. D'autres se sont employés à le faire, vers lesquels on peut maintenant se tourner.

Au-delà de Parsons : Harry Bredemeier, Leon Mayhew et Victor Lidz

Les quelques éléments de sociologie juridique qu'a fournis Parsons ont été repris et poussés plus loin notamment par trois chercheurs, Harry Bredemeier, Leon Mayhew et Victor Lidz. Leur apport est une importante contribution à la sociologie parsonnienne du droit.

Pour sa part, Bredemeier⁸¹ s'inspire du cadre théorique des quatre sous-systèmes fonctionnels, que l'on trouve présenté pour la première fois par Parsons, en collaboration avec Neil Smelser, dans leur ouvrage conjoint *Economy and Society* (1956). Dans ce schéma général, Bredemeier identifie le droit à la fonction intégrative, dans la mesure où le droit sert à éviter les conflits, à amenuiser et à régler ceux qui surgissent. Le droit agit ainsi comme agent de solidarité sociale ou, comme le dit Bredemeier, de «coordination» dans la société. Partant de là, il cherche à dresser le tableau de la dynamique de cette fonction intégrative du droit, sous la forme d'échanges entre le sous-système intégratif et les trois autres sous-systèmes fonctionnels. Utilisant la terminologie cybernétique, il recherche les «*output*» du sous-système intégratif, à travers le droit, vers les autres sous-systèmes, et les «*input*» en provenance de ceux-ci. Ainsi, le sous-système politique fournit les buts politiques et les mécanismes d'application du droit; en échange, le sous-système intégratif fournit au politique la légitimité de son pouvoir et l'interprétation des règles juridiques. Le sous-système adaptatif est interprété par Bredemeier comme étant constitué empiriquement par la science et la technologie plutôt que par l'économie. Ce sous-système adaptatif apporte de la connaissance et des directives de recherche, tandis que le droit contribue un mode d'organisation de cette connaissance en même temps qu'une demande de connaissance. Le sous-système de la latence apporte des conflits et ce que Bredemeier appelle «l'estime», en échange de la recherche de la justice à travers la résolution des conflits.

Pour compléter et nourrir cette vision bien abstraite de la fonction intégrative du droit, Bredemeier a exploré un certain nombre de facteurs

⁸¹ H.C. BREDEMEIER, *loc. cit.*, note 2.

d'instabilité dans ce système d'échanges. Il souligne en particulier un fait que la sociologie juridique n'a pas vraiment étudié jusqu'à présent, à savoir que le droit peut développer des notions et des conceptions qui ne sont pas congruentes avec les buts du sous-système politique. Il montre également que les tribunaux chargés de la solution de conflits sont souvent handicapés par la communication de renseignements incomplets ou faussés.

À l'époque où il a fait cette analyse, Bredemeier devançait des orientations théoriques que Parsons devait reprendre par la suite, notamment celle du système des échanges entre les sous-systèmes. La contribution de Bredemeier constituait à l'époque une percée originale.

Leon Mayhew est, parmi les élèves de Parsons, un de ceux à qui on doit les commentaires les plus éclairants et les plus approfondis sur l'œuvre du maître, tout en y apportant une analyse critique particulièrement perspicace. Son analyse des notions d'institution et d'institutionnalisation chez Parsons et leurs rapports à la théorie parsonnienne de l'évolution et du changement, demeure le texte fondamental sur cette question⁸². C'est d'ailleurs précisément la notion parsonnienne d'institutionnalisation qu'a utilisée Mayhew comme principal cadre théorique dans la recherche qu'il mena au début des années 1960 sur l'histoire, le fonctionnement et l'évolution de la «Massachusetts Commission Against Discrimination», un corps public chargé de l'application de la législation de cet État contre la discrimination raciale dans l'emploi et le logement⁸³. Cet ouvrage demeure une des contributions les plus importantes à la sociologie du droit aux États-Unis. Comme il le rapporte lui-même dans la préface de cet ouvrage, Mayhew était étudiant en sociologie à l'Université Harvard lorsqu'il commença à «développer un intérêt pour les relations entre le droit et la sociologie», intérêt qui fut à l'origine de cette recherche. Par ailleurs, nous avons noté plus haut que Leon Mayhew fut l'assistant de Talcott Parsons lorsque celui-ci travaillait à son ouvrage, demeuré inédit, sur la société américaine. Il n'a probablement pas été étranger à ce que Parsons y accorde, comme il l'a lui-même souligné, une place importante au droit et à la profession juridique dans son interprétation de la société américaine.

L'analyse la plus parsonnienne du droit qu'ait faite Leon Mayhew se trouve sans doute dans le chapitre qui constitue sa contribution à l'ouvrage collectif en hommage à Parsons, préparé par les soins de Bernard Barber et Alex Inkeles⁸⁴. Ceux-ci avaient proposé à leurs collaborateurs de traiter leur

82 Leon H. MAYHEW, «Introduction», dans Leon H. MAYHEW, *Talcott Parsons. On Institutions and Social Evolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982, p. 1.

83 L.H. MAYHEW, *op. cit.*, note 4.

84 L.H. MAYHEW, *loc. cit.*, note 4.

sujet sous le thème de «la stabilité et le changement social», à un moment précisément où l'on reprochait à Parsons d'ignorer le changement social ou du moins de ne pas lui faire de place dans sa théorie du système social. Mayhew, pour sa part, utilise la «hiérarchie cybernétique» du système social qui, dans la théorie de Parsons, se veut explicative à la fois de l'intégration et du changement social⁸⁵. On a eu rarement recours à cet élément de la théorie parsonnienne. Il représente pourtant une réponse importante non seulement à ceux qui n'ont pas vu les aspects dynamiques de la sociologie de Parsons, mais aussi à ceux qui croient que Parsons accordait aux valeurs une vertu toute-puissante. Dans la hiérarchie cybernétique, Parsons a voulu montrer le jeu à la fois complémentaire et parfois contradictoire des «facteurs de conditionnement» émanant de l'infrastructure du système social et des «facteurs de contrôle» à partir de la superstructure.

La place du droit dans ce cadre théorique, entre les valeurs, les collectivités et les rôles, met en lumière, comme le montre Mayhew, la fonction «stabilisatrice» du droit dans la solution des problèmes et des conflits, par l'inspiration qu'il reçoit des valeurs, et sa fonction dynamique dans le changement social, par la pression qu'il subit de la part des collectivités. En ce qui concerne ces dernières, l'efficacité du droit, particulièrement pour s'attaquer aux inégalités sociales et contribuer à l'égalité des chances, dépend notamment des interconnexions du droit avec les «élites», d'une part, et avec les mouvements de réforme sociale, d'autre part. Mais Mayhew constate que le recours au droit, particulièrement à travers l'appareil judiciaire et les Commissions contre la discrimination, n'a pas réussi à faire progresser «l'inclusion» dans la société américaine des couches sociales défavorisées. Il en conclut que la hiérarchie cybernétique n'a pas fonctionné comme Parsons semblait le croire et que c'est plutôt le modèle, également parsonnien, de l'indépendance relative des sous-systèmes fonctionnels — y compris celui du sous-système juridique — qui explique le maintien des inégalités, malgré les lois et les arrêts des tribunaux.

C'est sans doute finalement à Victor Lidz⁸⁶ qu'on doit d'avoir mené le plus loin et de la manière la plus originale le dessein d'une sociologie juridique insérée dans le cadre théorique de Parsons. L'article où Lidz a poursuivi cette entreprise constitue d'ailleurs l'une des plus riches contributions aux fondements théoriques de la sociologie juridique que l'on puisse trouver dans la littérature anglo-américaine. Sans prétendre rendre compte ici de toute la substance de l'analyse de Lidz, reprenons-en quelques éléments. Il faut nécessairement omettre l'usage que fait Lidz des analyses de Weber, Durkheim, W.I. Thomas, pour concentrer sur les fondements d'une sociologie du droit qu'il tire de Parsons.

⁸⁵ Guy ROCHER, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1972, pp. 74-76.

⁸⁶ V. LIDZ, *loc. cit.*, note 5.

En bref, Lidz situe l'analyse du droit dans une double perspective parsonnienne : celle de la théorie générale de l'action, celle de la théorie du système social. Dans la perspective de la théorie générale de l'action, le droit peut apparaître tout d'abord sous l'angle du contrôle social, comme un des principaux mécanismes de contrôle social ainsi que le disait Parsons. C'est le volet de la contrainte, de la coercition que le droit exerce. Mais c'est là, souligne Lidz, une vision partielle, incomplète du droit. Il écrit avec justesse : «le sociologue doit trouver une manière de définir le droit non pas simplement comme un ensemble particulier de contraintes normatives, mais aussi comme une catégorie générale d'éléments de l'action sociale»⁸⁷. Cela veut dire, pour Lidz, de rechercher non seulement les effets évidents, immédiatement visibles du droit, mais aussi ses effets moins visibles sur l'action sociale, c'est-à-dire les contraintes et les structures d'encadrement sur l'action sociale qui sont moins immédiatement apparentes mais non moins réelles. Que ces effets ne soient pas immédiatement apparents ne signifie pas qu'ils soient faibles; c'est même l'inverse qui risque d'être vrai, le droit ayant une influence d'autant plus efficace sur l'action sociale que ses effets ne sont pas immédiatement visibles⁸⁸. C'est ce qu'on pourrait appeler, en paraphrasant Kant, «la ruse du droit».

Dans cette perspective, Lidz propose d'analyser ce qu'il appelle, en recourant à la terminologie keynesienne, «la propension à observer la loi». C'est là, pour Lidz, un thème essentiel de la sociologie juridique. On rejoint ici la perspective du «droit vivant» ou du «droit en action», la question fondamentale étant «pourquoi et comment le droit exerce-t-il une influence effective sur l'action sociale». La réponse à cette interrogation s'inscrit à son tour dans l'analyse des fondements de «la matrice morale» de l'action sociale. C'est à travers celle-ci que Lidz rejoint le schème général de l'action sociale de Parsons. Sans reprendre toute l'analyse de Lidz, on peut la résumer dans ses propres termes : «L'organisation fondamentale ("*first-order*") de la matrice morale implique les secteurs intégratifs des sous-systèmes primaires de l'action. Ses principales composantes sont le secteur expectationnel ("*expectational*") du système du comportement ("*behavioral system*"), le sous-système du surmoi de la personnalité, le secteur de la communauté sociétale du système social, le sous-système moral-évaluatif de la culture.»⁸⁹ C'est cette analyse des fondements «moraux» de l'adhésion au droit, dans les sous-systèmes intégratifs des quatre systèmes du cadre général de l'action que Lidz poursuit⁹⁰.

87 *Id.*, 8.

88 *Id.*, 9.

89 *Id.*, 14.

90 *Id.*, 14-16.

Dans la seconde perspective, celle de l'analyse du système social, Lidz fait une analyse systémique de «la signification fonctionnelle» du droit, qui est aussi en même temps, comme il le souligne lui-même, «implicitement évolutionnaire» sur le modèle du paradigme de l'évolution religieuse de Robert Bellah⁹¹. Soulignons seulement l'aspect qui confère à cette analyse sa principale originalité. Lidz a bien mis en lumière qu'il ne faut pas parler du droit d'une manière univoque lorsqu'on en analyse les fonctions selon les différents sous-systèmes fonctionnels du système social. Ainsi, il associe plus particulièrement le droit criminel au sous-système de la communauté sociétale, le droit «constitutionnel» au sous-système fiduciaire, le droit qu'il appelle «juridictionnel» au secteur politique et le droit qu'il appelle «coopératif» au secteur économique. Sans accepter pleinement tous les éléments du modèle analytique de Lidz, c'est sans doute là la piste la plus valable si l'on veut poursuivre, comme le propose Lidz, la recherche d'une théorie sociologique du droit à partir des schèmes de la théorie de l'action sociale de Parsons.

CONCLUSION

On peut conclure cette exploration des conceptions du droit de Parsons en soulignant que ce sont vraiment celles d'un penseur des temps modernes. Par son idéologie, ses options morales et ses orientations intellectuelles, Parsons appartenait profondément à l'époque contemporaine. Il avait intériorisé la modernité, que toute son oeuvre a par ailleurs cherché à comprendre et à analyser. C'est la connaissance de la société contemporaine, et de la condition humaine qui lui est propre, qui forme le fil directeur de toute sa pensée. Le droit lui est progressivement apparu comme un élément important de cette modernité.

Mais Parsons n'a pas perçu la modernité dans la perspective du *Kulturpessimismus* allemand, malgré la profonde influence allemande qu'il a subie. Il s'inscrivait plutôt dans la lignée de pensée des Lumières du XVIII^e siècle et de l'évolutionnisme du XIX^e. Il y avait, profondément ancrée en lui, la conviction que les temps modernes ont été longuement préparés au cours des siècles précédents, que la modernité est le produit d'un cheminement vers une rationalité plus grande de l'organisation sociale et de la vie humaine et que l'humanité s'avance en marche lente mais progressive sur le chemin du progrès. Comme l'ont souligné Robert Holton et Bryan Turner, la sociologie du monde moderne de Parsons n'est pas marquée par la nostalgie⁹². Reprenant l'idée de Robert Nislet, Holton et Turner ont rappelé

⁹¹ *Id.*, 16.

⁹² Robert J. HOLTON et Bryan S. TURNER, «Against Nostalgia: Talcott Parsons and a Sociology for the Modern World», dans Robert J. HOLTON et Bryan S. TURNER, *Talcott Parsons on Economy and Society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1986, p. 207.

que la sociologie du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, celle de Marx, Weber, Durkheim, Simmel, est porteuse d'une tension entre les valeurs traditionnelles et les valeurs modernes et que les fondateurs de la sociologie cherchaient à réintroduire des valeurs traditionnelles dans les temps modernes. Parsons pour sa part n'a pas connu ce type d'ambivalence; on peut dire de lui qu'il était accordé aux valeurs et aux institutions du monde contemporain. C'est dans cette perspective positive et même optimiste que Parsons a situé le droit. Celui-ci a été à ses yeux un agent de l'évolution sociale et humaine et il est un produit du progrès de l'humanité. Ce n'est que dans les sociétés «avancées», c'est-à-dire les sociétés occidentales contemporaines, dans l'ordre normatif, les structures économiques, politiques et sociales qui les caractérisent, que le droit a pu connaître son développement complet, selon sa véritable nature. Dans ces sociétés, le droit remplit la fonction essentielle de régulateur des intérêts et des conflits, de contrôle institutionnalisé des individus en même temps que de protecteur des droits de la personne.

Il faut cependant s'empresse d'ajouter que Parsons considérait que cette fonction intégrative du droit est toujours précaire. Elle peut, dans certaines conditions, devenir inefficace. Elle peut aussi, l'histoire contemporaine nous l'enseigne, s'incliner devant un pouvoir politique totalitaire. Admirateur respectueux de la richesse culturelle de l'Allemagne, Parsons avait assisté avec étonnement et tristesse à la prise du pouvoir par les nazis. Il a essayé de comprendre des événements pour lui si troublants. Aux États-Unis même, il avait vu et subi la montée du macarthyisme. Il était donc bien conscient que la société démocratique doit toujours se défendre contre les forces internes de désintégration qui la menacent. Et il comptait pour cela sur la présence et l'action du droit.

CHAPITRE 10

LA RÉCEPTION DE L'OEUVRE DE MAX WEBER DANS LA SOCIOLOGIE ET LA SOCIOLOGIE DU DROIT AUX ÉTATS-UNIS*

C'est en Angleterre qu'ont paru les premières traductions en langue anglaise des oeuvres de Max Weber. Et dès 1925, Maurice Halbwachs présentait aux lecteurs français la thèse weberienne sur le puritanisme et le capitalisme¹ et peu après, la personne et l'oeuvre de Weber². La sociologie étatsunienne n'a donc pas été la première, hors de l'Allemagne, à accueillir l'oeuvre de Weber. Par ailleurs, c'est aux États-Unis que celle-ci a connu la diffusion la plus rapide et la plus étendue et l'on peut dire sans risque d'erreur que c'est dans ce pays qu'elle exerce aujourd'hui la plus large influence et que sa présence est le plus visible. Parmi les sciences sociales américaines, la sociologie plus que la science politique et la science économique, et plus que la philosophie, a accueilli et entretient toujours la pensée de Weber; les sociologues étatsuniens s'y réfèrent couramment, en discutent, l'associent à des causes et à des vues diverses et même opposées.

Pendant longtemps, cependant, la sociologie weberienne du droit fut négligée. Les sociologues américains s'intéressaient surtout, dans l'oeuvre de Weber, à sa sociologie de la religion et du capitalisme, des organisations bureaucratiques, des classes sociales, du pouvoir politique et à sa méthodologie. Bien qu'elle fût connue, sa sociologie juridique n'attirait guère l'attention des sociologues. Ce n'est qu'au cours des quinze ou vingt dernières années que les sociologues, et peut-être plus encore les juristes américains, ont redécouvert la contribution de Max Weber à la sociologie juridique et l'ont intégrée à leurs analyses du droit.

Pour mieux évaluer comment la sociologie étatsunienne du droit a absorbé et utilise maintenant la pensée de Max Weber, il sera utile de

* Ce texte a initialement été publié dans : (1988) 9 *Droit et société*, *Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* 255 et dans Pierre LASCOUMES, *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, coll. «Droit et Société», vol. 14, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 73.

1 Maurice HALBWACHS, «Les origines puritaines du capitalisme», (1925) 5 *Revue d'histoire et de philosophie religieuses* 132.

2 Maurice HALBWACHS, «Économistes et historiens : Max Weber, un homme, une oeuvre», (1929) 1 *Annales d'histoire économique et sociale* 81.

retracer d'abord les étapes de la réception de l'oeuvre de Weber par les sociologues américains. Cette première démarche servira de cadre général dans lequel situer ensuite l'influence qu'exerce aujourd'hui aux États-Unis la sociologie juridique de Weber.

I- MAX WEBER ET LA SOCIOLOGIE AMÉRICAINE

Pendant l'été 1904, Max Weber et sa femme firent un séjour de quelques semaines aux États-Unis. Weber avait été invité à donner une conférence au Congrès des arts et des sciences qui se tenait à Saint-Louis, Missouri, dans le cadre de l'exposition internationale dont cette ville était le siège. Les Weber en profitèrent pour voyager à travers le pays. Ils visitèrent des États de l'Est, du Sud et du Centre; ils séjournèrent notamment à New York, Chicago, dans des villes en plein «boom» de développement de l'Oklahoma et chez des cousins établis dans les collines de Mount Airy en Caroline du Nord.

Les souvenirs de Marianne Weber permettent d'apprécier l'impression profonde que les États-Unis firent sur son mari, les observations nombreuses qu'il emporta de son séjour et l'usage qu'il allait en faire dans ses écrits subséquents³. Par ailleurs, ce séjour de Max Weber aux États-Unis ne laissa pas de trace notable dans les milieux intellectuels étatsuniens. Sans doute Weber était-il connu de quelques personnes en 1904 pour avoir été invité comme conférencier. Mais on ne peut identifier d'indice de l'influence que les écrits de Weber postérieurs à ce voyage, les plus importants pourtant, auraient pu exercer. Il faudra attendre un quart de siècle et dix ans après sa mort avant que la pensée de Weber ne touche les littoraux de la Nouvelle-Angleterre.

On peut distinguer quatre périodes dans la réception par la sociologie étatsunienne de l'oeuvre de Weber.

1° *Les années 1930 : Talcott Parsons.* Dès 1927 paraissait en Angleterre la première traduction anglaise, signée de l'économiste américain Frank H. Knight, d'un ouvrage de Max Weber, la *Wirtschaftsgeschichte*⁴. Mais cette parution passa alors presque inaperçue des historiens, des économistes et des sociologues. C'est le jeune sociologue Talcott Parsons des années 1930 qui allait être le principal agent de l'introduction de la pensée de Weber dans le monde anglo-saxon, principalement aux États-Unis, et qui allait d'ailleurs exercer une influence prépondérante sur l'interprétation de la pensée de Weber.

³ Marianne WEBER, *Max Weber. A Biography*, trad. par Harry Zohn, New York, John Wiley, 1975, p. 381 et suiv.

⁴ Max WEBER, *General Economic History*, trad. par Frank H. Knight, Londres, Greenberg, 1927.

Comme il le dit dans ses souvenirs, Parsons ne se rappelle pas avoir entendu mentionner le nom de Max Weber pendant qu'il étudiait au Amherst College du Massachusetts et au London School of Economics⁵. Le hasard le mena à l'Université de Heidelberg, cinq ans après la mort de Weber. C'est là qu'il entreprit la lecture de l'oeuvre de Weber qui créa sur lui «une forte impression». Il lui consacra une partie de la thèse de doctorat qu'il présenta en 1929 à l'Université de Heidelberg. En même temps, il s'employa à traduire en anglais l'ouvrage de Weber qui l'avait tout particulièrement frappé, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, que Weber avait publié en 1904-1905 dès sa rentrée des États-Unis. La première édition de cette traduction parut en Angleterre, en 1930, avec une courte préface de Parsons et un avant-propos («Foreword») de R.H. Tawney⁶. C'est ce texte qui, plus que tout autre, allait faire connaître Weber aux États-Unis. Un peu comme de Tocqueville avait fait pour la démocratie étatsunienne, Weber révélait aux Américains, à travers son analyse des rapports entre protestantisme et capitalisme, un des fondements de leur culture en même temps qu'une des raisons de leur prospérité et de leur pouvoir. D'un seul coup, l'analyse de Weber apportait un éclairage nouveau et sur le protestantisme — notamment celui des Puritains, fondateurs des États-Unis — et sur le capitalisme moderne. De surcroît, Weber expliquait les sources et la diffusion du capitalisme occidental, et notamment anglo-saxon, d'une manière tout à fait acceptable dans la culture et l'idéologie américaines, offrant ainsi l'alternative recherchée à l'interprétation matérialiste qu'en avaient donnée Marx et Engels et les socialistes.

C'est cependant par son ouvrage *The Structure of Social Action*⁷ que Talcott Parsons allait le plus contribuer à faire entrer Max Weber dans la sociologie étatsunienne, en même temps d'ailleurs qu'Émile Durkheim, jusque là mal interprété et souvent déformé, et Vilfredo Pareto, que L.J. Henderson de l'Université Harvard avait commencé à faire connaître⁸, mais plus chez les hommes de sciences que chez les sociologues. Cet ouvrage de Parsons allait exercer une profonde influence pour au moins trois raisons. Il révélait d'abord aux sociologues étatsuniens et anglo-saxons les oeuvres de précurseurs européens mal connus et jusque là peu accessibles, l'un ayant écrit en allemand, l'autre en français, le troisième en italien. Puis, *The Structure of Social Action* tranchait par le niveau théorique où il se situait,

⁵ Talcott PARSONS, «On Building Social System Theory : A Personal History», (1970) *Daedalus* 826, à la p. 827.

⁶ Max WEBER, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, trad. par Talcott Parsons, Introduction par R.H. Tawney, Londres, Allen and Unwin, 1930.

⁷ Talcott PARSONS, *The Structure of Social Action*, 2e éd., New York, McGraw-Hill, The Free Press, 1937.

⁸ Lawrence J. HENDERSON, *Pareto General Sociology : A Physiologist's Interpretation*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1935.

dans une sociologie qui était dominée par l'empirisme de l'École de Chicago. Son jeune auteur, alors presque un inconnu, y esquissait les grandes lignes d'une théorie générale qu'il disait appuyée sur les vues convergentes des grands précurseurs européens. En troisième lieu, Parsons se révélait un iconoclaste, en s'attaquant vigoureusement aux idoles de la sociologie étatsunienne de l'époque : l'empirisme, le positivisme, l'utilitarisme et le behaviorisme. S'inspirant notamment de Weber, il proposait une théorie sociologique élaborée à partir de l'acteur social et de sa subjectivité, prenant en compte ses idéaux et ses valeurs, ses conduites non rationnelles et même irrationnelles autant que son comportement rationnel.

Il est indubitable qu'à travers *The Structure of Social Action*, Parsons a beaucoup structuré la manière dont la sociologie de Weber a été et est encore connue et interprétée par les sociologues étatsuniens. Cela lui sera d'ailleurs reproché plus tard, par ceux qui voudront se dégager de l'emprise de son interprétation. Après avoir fait accepter l'oeuvre de Weber contre l'indifférence de ses collègues, Parsons dut ensuite subir les attaques de ceux qui, s'y intéressant, l'accusaient d'avoir déformé la pensée du maître.

Il faut cependant dire que l'intérêt de Parsons pour Weber demeura un fait plutôt isolé et singulier au sein de la sociologie américaine de l'avant-guerre. Celle-ci était dominée par l'École de Chicago, son intérêt pour les pauvres, les truands, les immigrés et les «*underdog*» des États-Unis de l'époque. C'était l'ère des grandes monographies et des premières recherches empiriques, alors que Weber apparaissait comme un historien plus qu'un sociologue, un théoricien plus qu'un chercheur sur le terrain. Si un sociologue allemand a exercé une certaine influence sur l'École de Chicago, ce fut peut-être Georg Simmel, à travers Louis Wirth, qui avait été son élève, et Robert Park. Par ailleurs, la sociologie dominante de l'École de Chicago se caractérisait par l'isolationnisme intellectuel du Midwest étatsunien de cette période, généralement réfractaire et résistant aux influences européennes⁹. À telle enseigne que même l'influence qu'aurait exercée Simmel est aujourd'hui considérée comme un des «*mythes*» dont cherchent à se défaire les nouveaux historiens de la sociologie étatsunienne¹⁰.

2° *Vingt années de traductions*. Dès la fin de la guerre et pour une vingtaine d'années, plus précisément de 1946 à 1968, on assiste aux États-Unis à une intense activité de traduction de diverses parties de l'oeuvre immense de Weber. La série commença par la publication de deux ouvrages

⁹ Reinhard BENDIX et Guenther ROTH, *Scholarship and Partisanship : Essays on Max Weber*, Berkeley, University of California Press, 1971, à la p. 48.

¹⁰ David Earl SUTHERLAND, «Who Now Reads European Sociology? Reflections on the Relationship Between European and American Sociology», (1970) 1 *The Journal of the History of Sociology* 35.

de traduction d'un certain nombre de chapitres du *Wirtschaft und Gesellschaft*, le premier de Hans Gerth et C. Wright Mills, avec une importante introduction des traducteurs¹¹, l'autre de Parsons et Henderson, avec une longue introduction de Parsons¹². On oublie parfois que Mills, qui s'est fait connaître plus tard par ses analyses critiques, de Parsons notamment, compte parmi les premiers traducteurs de Weber. En 1949, les écrits méthodologiques de Weber connurent à leur tour une traduction en langue anglaise¹³. Puis, dans une deuxième vague, on traduisit les différents ouvrages de Weber sur les religions en Chine, en Israël, en Inde¹⁴. En même temps parut une traduction qui revêt pour notre propos une importance primordiale et sur laquelle on reviendra plus loin, celle qu'entreprirent Edward Shils et Max Rheinstein non seulement du *Rechtssoziologie* de Weber, mais de larges extraits du *Wirtschaft und Gesellschaft* qui traitaient du droit¹⁵.

Durant cette même période, d'autres écrits de Weber furent encore l'objet de traductions, notamment celui sur la ville¹⁶. Et surtout, on publia finalement en 1968 une traduction intégrale de *Wirtschaft und Gesellschaft*¹⁷, oeuvre qui, à cause des difficultés de lecture et d'interprétation qu'elle comporte, a reçu jusqu'à maintenant beaucoup moins d'attention que des travaux plus faciles et moins centraux, comme le

-
- 11 Max WEBER, *From Max Weber : Essays in Sociology*, trad. et introduction de Hans Gerth et C. Wright Mills, New York, Oxford University Press, 1946.
- 12 Max WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, trad. par A.M. Henderson et Talcott Parsons, introduction de T. Parsons, New York, Oxford University Press, 1947.
- 13 Max WEBER, *The Methodology of the Social Sciences*, trad. par Edward Shils et Henry Finch, introduction d'E. Shils, Glencoe, The Free Press, 1949.
- 14 Max WEBER, *The Religion of China : Confucianism and Taoism*, trad. par Hans Gerth, Glencoe, The Free Press, 1951; M. WEBER, *Ancient Judaism*, trad. et introduction de Hans Gerth et Don Martindale, Glencoe, The Free Press, 1952; M. WEBER, *The Religion of India : The Sociology of Hinduism and Buddhism*, trad. par Hans Gerth et Don Martindale, Glencoe, The Free Press, 1958; M. WEBER, *The Sociology of Religion*, trad. par Ephraim Fischhoff, introduction de Talcott Parsons, Boston, Beacon Press, 1963.
- 15 Max WEBER, *Max Weber on Law in Economy and Society*, trad. par Edward Shils et Max Rheinstein, introduction et notes de M. Rheinstein, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1954.
- 16 Max WEBER, *The City*, trad. par Don Martindale, New York, The Free Press, 1958.
- 17 Max WEBER, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, trad. par Guenther Roth, Claus Wittich et autres, introduction de G. Roth, 3 volumes, New York, Bedminster Press, 1968.

Protestantische Ethik par exemple¹⁸. Probablement pour la même raison, l'étude de Weber sur l'agriculture dans les civilisations de l'Antiquité, ouvrage pourtant important, notamment pour la sociologie du droit, mais encore peu fréquenté, n'a été traduit en anglais qu'en 1976, et en Angleterre plutôt qu'aux États-Unis¹⁹.

Ainsi, au cours de ces quelques vingt années qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale, on assiste aux États-Unis, par une série de traductions, à la diffusion et à une meilleure connaissance de l'oeuvre de Weber. Alors que la première phase de diffusion, celle qui précéda la guerre, était due à ce que Talcott Parsons alla étudier à Heidelberg au début des années 1920, y connut les travaux de Weber, en propagea une partie par sa traduction de *Die Protestantische Ethik* et s'en inspira pour formuler sa théorie de l'action sociale, la deuxième phase, celle des traductions de l'après-guerre, était largement redevable à l'émigration d'intellectuels allemands vers les États-Unis au cours des années 1930²⁰. Mentionnons particulièrement les noms de Paul Honigsheim qui fit partie du cercle de Max Weber à Heidelberg avant d'émigrer aux États-Unis, Carl Joachim Friedrich qui vint de Heidelberg à Harvard et Joseph Schumpeter qui, à Harvard également, conseilla et encouragea le jeune Parsons²¹. Au New School for Social Research de New York se retrouvèrent un certain nombre de «weberiens» tels Alfred Schutz, Hans Speier, Adolph Lowe, Emil Lederer, Albert Solomon et Carl Meyer²².

Le principal diffuseur de la sociologie de Weber aux États-Unis durant cette deuxième phase fut cependant sans conteste Hans Gerth. Il fut lui-même le traducteur en langue anglaise de plusieurs ouvrages de Weber, qu'il fit précéder d'introductions élaborées qui situaient le texte dans l'ensemble de l'oeuvre de Weber et guidaient ainsi le lecteur. Au département de sociologie de l'Université de Wisconsin à Madison, où il enseigna de 1940 à 1971, Gerth eut notamment comme élèves C. Wright Mills et Don Martindale. L'un et l'autre ont aussi beaucoup contribué, par leurs traductions et leurs

18 Friedrich H. TENBRUCK, «The Problem of Thematic Unity in the Works of Max Weber», (1980) 31 *British Journal of Sociology* 316.

19 Max WEBER, *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*, trad. et introduction de R.I. Frank, Londres, New Left Books, 1976.

20 Reinhard BENDIX et Guenther ROTH, «Max Weber's Einfluss auf die Amerikanische Soziologie», (1959) 11 *Kölner Zeitschrift für Soziologie* 38.

21 T. PARSONS, *loc. cit.*, note 5, 827-834.

22 Hans GERTH, «The Reception of Max Weber's Work in American Sociology», d'abord publié en japonais en 1963, trad. anglais dans Joseph BENSMAN, Arthur J. VIDICH et Naburo GERTH (dir.), *Politics, Character and Culture : Perspectives from Hans Gerth*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1982, p. 208, à la p. 214.

propres publications, en société avec Gerth ou par eux-mêmes, à la diffusion de la pensée de Weber²³.

Cette période des nombreuses traductions, il est cependant important de le noter, n'en fut pas une de rapide et profonde pénétration de la pensée de Weber dans la sociologie étatsunienne. Et cela, pour trois raisons principalement. La première est le désintérêt et même la méfiance de la majorité des sociologues américains de cette époque à l'endroit de la théorie. Ils étaient plutôt engagés dans des recherches empiriques dont ils cherchaient à préciser toujours davantage les méthodes et les techniques, quantitatives en particulier. Le seul débat théorique — et c'est la deuxième raison — qui recevait quelque attention de leur part était celui qui entourait le fonctionnalisme, dont Weber paraissait précisément comme l'antithèse. Le fonctionnalisme était identifié à la tradition de Durkheim et Malinowski, alors que Weber était associé plutôt à la sociologie du pouvoir, de la domination et des conflits. Dans leur introduction à la traduction *From Max Weber*, Gerth et Mills avaient fait un rapprochement entre Marx et Weber²⁴ qui ne fut peut-être pas sans desservir Weber, à une époque où régnaient aux États-Unis l'anticommunisme et le macarthyisme. Enfin, troisième raison, les années qui suivirent la Deuxième Guerre furent marquées aux États-Unis par un intérêt très faible, sinon un certain mépris pour l'Europe et pour les intellectuels européens. La majorité des sociologues américains de cette époque n'avaient que bien peu de propension à lire les sociologues européens.

3° *Les analyses et les débats*. Malgré ces obstacles, l'oeuvre de Weber commençait tout de même, grâce aux traductions, à être assez connue pour que s'ouvre une ère d'abord d'analyse de la pensée weberienne, puis de débats. Au départ, deux noms qui marquent ce tournant doivent être mentionnés. Celui d'abord de H. Stuart Hughes dont l'ouvrage *Consciousness and Society*²⁵ connut une certaine notoriété, mais qui est demeurée bien en deçà de celle que la qualité de cette étude aurait dû lui mériter. Selon ses propres termes, Hughes a entrepris «un essai d'histoire intellectuelle»²⁶ à travers lequel il a cherché à déceler comment les grands intellectuels du XIX^e et du XX^e siècle ont contribué à la conscience collective de l'Occident moderne, par leur interprétation de l'homme, de la société et de l'histoire. Le tour d'horizon était très vaste, comprenant non seulement des philosophes, mais des écrivains et des poètes. Dans ce vaste panorama, Hughes consacrait un chapitre entier à Max Weber en qui il voyait

23 Joseph BENSMAN, «Hans Gerth's Contribution to American Sociology», dans J. BENSMAN, A.J. VIDICH et N. GERTH, *op. cit.*, note 22, p. 221.

24 M. WEBER, *op. cit.*, note 11, aux pp. 46-50.

25 Henry Stuart HUGHER, *Consciousness and Society. The Reorientation of European Social Thought, 1890-1930*, London, MacGibbon and Kee, 1959.

26 *Id.*, p. 3.

une figure particulièrement vivante et passionnée des hésitations, des contradictions et des conflits intellectuels et moraux de la civilisation contemporaine, un homme ballotté entre l'idéalisme et la science, l'économie et la religion, le marxisme et la nationalisme, l'objectivité scientifique et l'engagement politique²⁷.

Celui qui, plus encore que Hughes, a contribué à faire connaître Weber aux États-Unis durant les années 1960 fut Reinhard Bendix, autre émigré allemand de l'époque hitlérienne. Le «portrait» qu'il traça de l'homme et de son oeuvre²⁸, bien qu'il fut assez souvent critiqué pour ses trop nombreuses lacunes, demeura longtemps le principal ouvrage de référence sur l'oeuvre de Weber. Bendix la résumait et synthétisait d'une manière plus claire à la foi que Parsons et que Weber lui-même. De plus, comme il ne cherchait pas à s'approprier la pensée de Weber, à la différence de Parsons, on croyait pouvoir lui faire plus confiance qu'à ce dernier. D'ailleurs, étant à l'aise en allemand, Bendix put se distancier des interprétations de Parsons, qu'il ne fit que mentionner au passage, pour exposer sa propre synthèse de la pensée weberienne, sans pour autant contester celle qu'avait proposée Parsons.

Il faut cependant reconnaître que les études les plus approfondies et les analyses critiques les plus élaborées furent l'oeuvre d'Européens, soit d'Allemands dont les ouvrages étaient traduits en anglais, soit de Britanniques. La méthodologie de Max Weber, à laquelle s'intéressaient particulièrement alors les sociologues étatsuniens, fut bien exposée et développée par P. Winch²⁹ et W.G. Runciman³⁰. P. Honigsheim³¹ présentait Weber à travers une série d'essais sur son oeuvre. A. Schutz³² situait la pensée de Weber dans le courant phénoménologique et faisait le pont entre Weber et Husserl. Guenther Roth s'intéressa particulièrement à l'épistémologie de Weber et à sa sociologie politique et publia avec Reinhard Bendix³³ un ensemble d'essais qui exercèrent une assez grande influence sur les sociologues étatsuniens.

²⁷ *Id.*, p. 288.

²⁸ Reinhard BENDIX, *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Garden City, N.Y., Doubleday, 1960.

²⁹ Peter WINCH, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, New York, Humanities Press, 1958.

³⁰ Walter Garrison RUNCIMAN, *A Critique of Max Weber's Philosophy of Social Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.

³¹ Paul HONIGSHEIM, *On Max Weber*, New York, The Free Press, 1968.

³² Alfred SCHUTZ, *The Phenomenology of the Social World*, trad. par G. Walsh et F. Lehnert, Evanston, Northwestern University Press, 1967.

³³ R. BENDIX et G. ROTH, *op. cit.*, note 9.

Les analyses critiques furent principalement inspirées de deux sources. L'une s'attaqua à la théorie positiviste des valeurs de Weber et à son rejet d'un Droit naturel universel. Ce fut surtout Leo Strauss³⁴ qui développa cette ligne d'attaque, dans des pages où il exprimait à la fois sa profonde admiration pour Weber et le rejet radical de son positivisme scientifique au nom des valeurs morales universelles. Si Leo Strauss n'exerça d'abord qu'une influence limitée, sa pensée n'a cessé de gagner des adhérents et — peut-être Strauss lui-même en serait-il étonné — est devenue un des phares de la droite conservatrice chez les intellectuels étatsuniens³⁵.

La seconde critique vint du côté marxiste ou néo-marxiste, surtout de la part des tenants de l'École de Francfort, notamment G. Lukacs³⁶; H. Marcuse³⁷; J. Habermas³⁸. Le problème des rapports entre Weber et Marx est difficile et complexe. Il avait déjà été soulevé par Gerth et Mills³⁹, il a été repris bien souvent par la suite⁴⁰ et demeure toujours un sujet d'actualité⁴¹.

34 Leo STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953.

35 Gordon S. WOOD, «The Fundamentalists and the Constitution», (1988) 35 *The New York Review of Books* 33.

36 Georg LUKACS, «Max Weber and German Sociology», (1972) 1 *Economy and Society* 386.

37 Herbert MARCUSE, «Industrialism and Capitalism in the Work of Max Weber», dans Herbert MARCUSE, *Negations : Essays in Critical Theory*, Boston, Beacon Press, p. 201.

38 Jürgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, trad. par Thomas McCarthy, Boston, Beacon Press, 1975.

39 M. WEBER, *op. cit.*, note 11.

40 Maurice ZEITLIN, «Max Weber or the Sociology of the Feudal Order», (1960) 8 *Sociological Review* 203; R. BENDIX et G. ROTH, *op. cit.*, note 9; Anthony GIDDENS, «Marx and Weber and the Rise of Capitalism», (1970) 6 *Sociology* 289; Anthony GIDDENS, *Capitalism and Modern Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971; Richard ASHCRAFT, «Marx and Weber on Liberalism as Bourgeois Ideology», (1972) 14 *Comparative Studies in Society and History* 130.

41 Jonathan M. WIENER, «Max Weber's Marxism : Theory and Method in *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*», (1982) 11 *Theory and Society* 389; Dennis WRONG, «Marx, Weber and Contemporary Sociology», dans Ronald M. GLASSMAN et Vatro MURVAR (dir.), *Max Weber's Political Sociology. A Pessimistic Vision of a Rationalized World*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1984, p. 69; Robert J. ANTONIO et Ronald M. GLASSMAN (dir.), *A Weber-Marx Dialogue*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 1985; Irving M. ZEITLIN, «Max Weber's Sociology of Law», (1985) 35 *University of Toronto Law Journal* 183; Johannes WEISS,

Aux États-Unis, le débat a tourné pour une part importante autour de deux thèmes. L'un fut la thèse de Weber sur le rapport entre le protestantisme puritain et «l'esprit du capitalisme». Résumée par E. Fischhoff⁴² pour la période qui a précédé les années 1940, l'histoire de ce débat s'est poursuivie jusqu'à nos jours, comme en témoignent les travaux notamment de H.R. Trevor-Roper⁴³; S.N. Eisenstadt⁴⁴; R.W. Green⁴⁵; B. Nelson⁴⁶; W.H. Swatos⁴⁷; S. Andreski⁴⁸.

Le second thème fut celui de la critique de l'interprétation que T. Parsons avait faite de la pensée de Weber. Les débuts des années 1970 marquèrent une période de révision de *The Structure of Social Action*. Whitney Pope commença par remettre en question l'interprétation que Parsons avait faite de la pensée de Durkheim⁴⁹, pour s'attaquer ensuite à la manière dont Parsons avait compris Weber⁵⁰. En particulier, Cohen, Pope et autres reprochaient à Parsons d'être tombé dans l'erreur contre laquelle Weber lui-même mettait en garde, celle de confondre les régularités effectives de conduite et l'ordre normatif. Weber, disaient-ils, contrairement

Weber and the Marxist World, trad. par Elizabeth King-Utz et Michael J. King, Londres et New York, Routledge and Kegan Paul, 1986.

- 42 Ephraim FISCHOFF, «The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism», (1944) IX *Social Research* 53.
- 43 H.R. TREVOR-ROPER, «Religion, the Reformation and Social Change», dans *Religion, the Reformation and Social Change*, Londres, Macmillan, 1967, p. 1.
- 44 Samuel N. EISENSTADT (dir.), *The Protestant Ethic and Modernization*, New York, Basic Books, 1968.
- 45 Robert W. GREEN (dir.), *Protestantism, Capitalism and Social Science*, Lexington, Mass. Heath, 1973.
- 46 Benjamin NELSON, «On Orient and Occident in Max Weber», (1976) 43 *Social Research* 114.
- 47 William H. Jr. SWATOS, «Sects and Success : *Missverstehen in Mt. Airy*», (1982) 43 *Sociological Analysis* 375.
- 48 Stanislav ANDRESKI, *Max Weber's Insights and Errors*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1984.
- 49 Whitney POPE, «Classic on Classic : Parsons' Interpretation of Durkheim», (1973) 38 *American Sociological Review* 399; Whitney POPE, «Durkheim as a Functionalist», (1975) 16 *Sociological Quarterly* 361.
- 50 Whitney POPE, Jere COHEN et Lawrence E. HAZELRIGG, «On the Divergence of Weber and Durkheim : A Critique of Parsons' Convergence Thesis», (1975) 40 *American Sociological Review* 417; Jere COHEN, Lawrence E. HAZELRIGG et Whitney POPE, «De-Parsonizing Weber : A Critique of Parsons's Interpretation of Weber's Sociology», (1975) 40 *American Sociological Review* 229.

à ce que lui a fait dire Parsons, n'attribuait pas les régularités de l'action sociale à la seule conformité aux normes, mais aussi à bien d'autres conditions ou facteurs, négligés par Parsons. Bien que Cohen et Pope ne se rattachent pas au courant de l'ethnométhodologie, on verra plus loin que celle-ci a inspiré des interprétations de Weber voisines de la leur.

4° *L'approfondissement de l'oeuvre de Weber*. On peut dire qu'on a assisté au cours des quinze dernières années à une extraordinaire floraison de travaux et d'études en langue anglaise, britanniques et américains, portant sur l'oeuvre de Weber ou inspirés par sa pensée. On a même parlé d'une «renaissance» de Weber, bien qu'on ne puisse pas dire que son oeuvre ait connu une véritable éclipse. Il s'agit plutôt d'une progressive reconnaissance et d'un approfondissement de la pensée de Weber.

Il serait trop long de faire ici un compte-rendu même superficiel de tout ce qui s'est écrit. La bibliographie de Vatro Murvar est utile bien qu'incomplète, mais elle s'arrête à 1982⁵¹. Notons seulement que les études récentes sont allées dans toutes les directions. Ainsi, l'intérêt, toujours vif chez les sociologues anglo-saxons, pour la méthodologie de Weber, sa conceptualisation des types idéaux, ses notions de causalité et d'historicité a donné lieu à plusieurs importantes analyses⁵². Les sociologues américains avaient longtemps ignoré ou du moins négligé les positions et la philosophie politiques de Weber. Ce thème, conjugué à celui de l'influence que les options politiques de Weber ont pu avoir sur sa sociologie, notamment sur sa sociologie politique, a été l'objet de diverses analyses⁵³. La traduction en

⁵¹ Vatro MURVAR, *Max Weber Today. An Introduction to a Living Legacy : Selected Bibliography*, Max Weber Colloquia and Symposia at the University of Wisconsin-Milwaukee, Brookfield, Wisconsin, 1983.

⁵² Susan J. HEKMAN, «Weber's Concept of Causality and the Modern Critique», (1979) 49 *Sociological Inquiry* 67; S.J. HEKMAN, *Weber, the Ideal Type, and Contemporary Social Theory*, Notre-Dame, Indiana, University of Notre-Dame Press, 1983; Guenther ROTH et Wolfgang SCHLUCHTER, *Max Weber's Vision of History : Ethics and Methods*, Berkeley, University of California Press, 1979; John R. HALL, «Max Weber's Methodological Strategy and Comparative Life World Phenomenology», (1981) 4 *Human Studies* 131; Stephen P. TURNER, *The Search for a Methodology of Social Science : Durkheim, Weber and the 19th Century Problem of Cause, Probability and Action*, Dordrecht, D. Reidel, 1986; Thomas BURGER, *Max Weber's Theory of Concept Formation : History, Laws and Ideal Types*, Durham, N.C., Duke University Press, 1987.

⁵³ Anthony GIDDENS, *Politics and Sociology in the Thought of Max Weber*, coll. «Studies in Sociology», Londres et Basingstoke, The Macmillan Press Ltd., 1972; David BEETHAM, *Max Weber and the Theory of Modern Politics*, 2e éd., Cambridge, Polity Press, 1985; Steven SEIDMAN, *Liberalism and the Origins of European Social Theory*, Berkeley et Los Angeles, University of California Press, 1983; Ronald M. GLASSMAN et

anglais de la biographie de W.J. Mommsen, dont la première édition allemande date de 1959, témoigne de cet intérêt⁵⁴. L'influence de Nietzsche sur Weber a, dans cette perspective, reçu une attention nouvelle dans le monde anglo-saxon⁵⁵, tout comme on a repris la discussion, amorcée par Gerth et Mills en 1946, des rapports entre Marx et Weber⁵⁶. La conception weberienne de la société occidentale et des sociétés non occidentales a été et demeure un des sujets favoris des commentateurs anglo-saxons⁵⁷. La théorie sociologique générale de Weber a été reprise de diverses manières et réinterprétée, par exemple, dans un ensemble conceptuel qui se voudrait

-
- Batro MURVAR (dir.), *Max Weber's Political Sociology : A Pessimistic Vision of a Rationalized World*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1984.
- 54 Wolfgang J. MOMMSEN, *Max Weber and German Politics, 1890-1920*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984, trad. anglaise par Michael S. Steinberg d'après la 2^e éd. de 1974, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- 55 Bryan S. TURNER, «Nietzsche, Weber and the Devaluation of Politics : The Proden of State Legitimacy», (1982) 30 *The Sociological Review* 367; Robert EDEN, *Political Leadership and Nihilism. A Study of Weber and Nietzsche*, Tampa, Florida, University Press of Florida, 1983; Ralph SCHROEDER, «Nietzsche and Weber : Two "Prophets" of the Modern World», dans Scott LASH et Sam WHIMSTER (dir.), *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres, Allen and Unwin, 1987, p. 207.
- 56 Edward A. TIRYAKIAN, «Neither Marx nor Durkheim... Perhaps Weber», (1975) 81 *American Journal of Sociology* 1; Bryan S. TURNER, *For Weber : Essays on the Sociology of Fate*, Londres, Routledge and Regan Paul, 1981; J.M. WIENER, *loc. cit.*, note 41; D. WRONG, *loc. cit.*, note 41; I.M. ZEITLIN, *loc. cit.*, note 41; J. WEISS, *op. cit.*, note 41; G.H. MUELLER, «Weber and Mommsen : Non-Marxist Materialism», (1986) 37 *British Journal of Sociology* 1; Norbert WILEY, *The Marx-Weber Debate*, Beverly Hills, Sage, 1987.
- 57 B. NELSON, *loc. cit.*, note 46; Steven SEIDMAN et Michael GRUBER, «Capitalism and Individuation in the Sociology of Max Weber», (1977) 28 *British Journal of Sociology* 498; G. ROTH et W. SCHLUCHTER, *op. cit.*, note 52; Randall COLLINS, «Weber's Last Theory of Capitalism : A Systematization», (1980) 45 *American Sociological Review* 925; Stephen KALBERG, «Max Weber's Types of Rationality : Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History», (1980) 85 *American Journal of Sociology* 1145; Donald LEVINE, «Rationality and Freedom : Weber and Beyond», (1981) 51 *Sociological Inquiry* 5; Edward A. TIRYAKIAN, «The Sociological Import of a Metaphor : Tracking the Source of Max Weber's "Iron Case"», (1981) 51 *Sociological Inquiry* 27; Steven SEIDMAN, *Liberalism and the Origins of European Social Theory*, Berkeley et Los Angeles, University of California Press, 1983; R.M. GLASSMAN et V. MURVAR, *op. cit.*, note 41; Scott LASH et Sam WHIMSTER (dir.), *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres, Allen and Unwin, 1987.

rajeuni⁵⁸ ou encore en revenant aux buts que s'était fixés Weber⁵⁹. Dans sa grande tétralogie à la recherche de «la logique théorique en sociologie», Jeffrey Alexander a consacré un de ses ouvrages à l'analyse et à la discussion des fondements épistémologiques et méthodologiques de la «synthèse théorique de Max Weber»⁶⁰. D'autres ont associé la pensée de Weber à la «closure theory»⁶¹ et, dans la tradition de Schultz, à l'ethnométhodologie⁶². Il ne faut pas non plus passer sous silence l'importante réflexion philosophique qui s'est engagée dans le sillon de l'oeuvre de Weber⁶³. Enfin, on a commencé à découvrir la sociologie du droit de Weber, comme on va maintenant le voir.

II- MAX WEBER DANS LA SOCIOLOGIE DU DROIT AMÉRICAINE

Ainsi la réception de l'oeuvre de Max Weber par la sociologie étatsunienne a été un procès lent et progressif; ce n'est que par étapes et graduellement que la pensée de Weber a gagné en profondeur la sociologie américaine. Et aujourd'hui, la place qu'y occupe Max Weber est à la fois très grande et difficile à apprécier. Il est sans doute celui des fondateurs de la sociologie (Marx, Durkheim, Simmel, Von Wiese, Halbwachs, Pareto) qui est, depuis plusieurs décennies, le plus cité, dont l'influence a été la plus constamment croissante et dont l'autorité est aujourd'hui la mieux assise. Mais parce que l'oeuvre de Weber est considérable, qu'elle s'étend dans

-
- 58 Randall COLLINS, *Weberian Sociological Theory*, Cambridge University Press, 1986.
- 59 Benjamin NELSON, «Max Weber's Author Introduction (1920) : A Master Clue to His Main Aim», (1974) 44 *Sociological Inquiry* 269.
- 60 Jeffrey C. ALEXANDER, *Theoretical Logic in Sociology v. 3 : The Classical Attempt at Theoretical Synthesis : Max Weber*, Berkeley, University of California Press, 1983.
- 61 Raymond MURPHY, «Weberian Closure Theory : A Contribution to the Ongoing Assessment», (1986) 37 *British Journal of Sociology* 21.
- 62 Richard S. HILBERT, «Bureaucracy as Belief, Rationalization as Repair : Max Weber in a Post-Functionalist Age», (1987) 5 *Sociological Theory* 70; J.R. HALL, *loc. cit.*, note 52.
- 63 R. EDEN, *op. cit.*, note 55; Anthony T. KRONMAN, *Max Weber*, Stanford, California, Stanford University Press, 1983; John O'NEILL, «The Disciplinary Society : From Weber to Foucault», (1986) 37 *British Journal of Sociology* 42; B.S. TURNER, *op. cit.*, note 56; Stephen P. TURNER et Regis A. FACTOR, *Max Weber and the Dispute over Reason and Value : A Study in Philosophy, Ethics and Politics*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1984; Stanislav ANDRESKI, *Max Weber's Insights and Errors*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1984; Wolfgang J. MOMMSEN et J. OSTERHAMMEL (dir.), *Max Weber and his Contemporaries*, Londres, Allen and Unwin, 1987.

diverses directions et que les pièces maîtresses sont d'un accès difficile, on peut dire qu'elle demeure l'objet d'une lecture sélective, la thèse sur l'éthique protestante et le capitalisme étant bien plus connue que le *Wirtschaft und Gesellschaft*. Il en résulte que les interprétations qu'on a données de la pensée de Weber ont été divergentes et qu'on a pu l'associer à diverses écoles de la sociologie : fonctionnalisme, marxisme, subjectivisme, ethnométhodologie.

Si l'on en vient maintenant à la sociologie juridique de Weber, deux constatations s'imposent au départ. D'abord, on doit reconnaître que sa réception aux États-Unis a été encore plus lente que celle du reste de son oeuvre. Sans doute fut-elle connue dès 1954 par la traduction de Shills et Rheinstein⁶⁴. Mais ce n'est que depuis quelques années qu'on la «découvre», qu'on en voit la place éminente dans l'ensemble de l'oeuvre et qu'on commence à s'en inspirer. En réalité, il semble que la sociologie du droit de Weber ait finalement profité des effets de la période d'approfondissement de l'oeuvre de Weber que l'on connaît depuis une quinzaine d'années. Comme le remarque Alan Hunt, la sociologie du droit est la partie de l'oeuvre de Weber qui a reçu le moins d'attention de la part et des sociologues et des juristes anglo-saxons⁶⁵. Elle est apparue à la fois trop difficile et trop peu systématisée aux yeux des sociologues, trop historique et comparative à ceux des juristes. C'est un fait qu'on s'est attaché à sa sociologie de la religion, de la bureaucratie, de l'autorité, du capitalisme bien plus qu'à celle du droit.

En second lieu, ce sont des juristes autant que des sociologues — peut-être même plus — que nous allons maintenant rencontrer sur notre route. C'est dans les facultés de droit qu'on s'est d'abord intéressé à la sociologie juridique de Weber et c'est là encore, au moins autant que dans les départements de sociologie, qu'on trouve aux États-Unis les weberiens du droit.

La lente percée de la sociologie juridique de Weber

Celui qu'on peut considérer comme le fondateur de la sociologie du droit aux États-Unis, le juriste Roscoe Pound, le père de ce qu'il a lui-même appelé la «*sociological jurisprudence*», a connu l'oeuvre de Weber, mais ne lui a accordé que peu d'attention. Pourtant, l'érudition de Pound en matière juridique était à peu près universelle. Tous ses écrits manifestent une familiarité avec les philosophes, historiens, juristes allemands et français de son époque autant qu'avec ceux de langue anglaise. Mais dans l'ensemble de son oeuvre très considérable, qui s'étend sur quelque soixante ans — plus que la première moitié du XX^e siècle — Pound n'a pas accordé à Weber plus que

⁶⁴ M. WEBER, *op. cit.*, note 15.

⁶⁵ Alan HUNT, *The Sociological Movement in Law*, Londres, Macmillan, 1978, pp. 102 et 103.

quelques pages. En 1938, faisant le bilan de «cinquante années de théories du droit», Pound note que Weber a eu une influence non négligeable sur la sociologie du droit en Europe, laissant clairement entendre qu'elle n'en a pas eue aux États-Unis⁶⁶. Il est évident que Weber ne l'a pas lui-même beaucoup intéressé et l'a encore moins influencé. Il n'est donc pas étonnant que, dans son monumental ouvrage de sociologie de droit, *Social Dimensions of Law and Justice*, Julius Stone, qui fut un des principaux disciples de Pound, n'ait consacré que quelques passages à Weber, sans juger nécessaire de lui accorder un traitement au moins égal à celui que recevait, par exemple, Ehrlich⁶⁷.

C'est plutôt l'autre courant de pensée, le «réalisme juridique» (*legal realism*), à l'origine lui aussi comme Pound de la sociologie juridique en réaction contre le formalisme qui régnait dans l'enseignement et la théorie du droit aux États-Unis depuis le XIX^e siècle, qui servit de pont pour accueillir la sociologie juridique de Weber. Et ceci, particulièrement à travers le principal interprète de cette école, Karl Llewellyn. Contre le formalisme, celui-ci définissait le droit non pas à partir des normes et des règles, mais plutôt des conduites effectives des personnes et des décisions concrètes des tribunaux. Ce faisant, il se réclamait à la fois du positivisme sociologique, de l'évolutionnisme et du darwinisme social. C'est dans cette perspective que, sous l'influence conjuguée de Weber, de W.G. Sumner et de B. Malinowski, il se tourna vers l'anthropologie juridique — comme forme de sociologie du droit comparée et historique — et qu'il s'inspira de la méthodologie du «type idéal» de Weber⁶⁸. Reconnaisant explicitement à diverses reprises l'influence de Weber sur sa pensée⁶⁹, Llewellyn considérait que, de tous les sociologues, c'est Weber qui a exposé le plus clairement le plan de ce que pourrait être une sociologie du droit, plus qu'Ehrlich et Timasheff en particulier. Et il ajoutait que la *Rechtssoziologie* de Weber était à ses yeux l'ouvrage par excellence de la sociologie du droit, mais n'était malheureusement «lue que par quelques-uns et utilisée par personne»⁷⁰. Cependant, Llewellyn n'était pas un théoricien. Il ne chercha jamais ni à exposer la sociologie juridique de Weber ni à en discuter.

⁶⁶ Roscoe POUND, «Fifty Years of Jurisprudence», (1938) 51 *Harvard Law Review* 777, 802 et 803.

⁶⁷ Julius STONE, *Social Dimensions of Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1966.

⁶⁸ A. HUNT, *op. cit.*, note 65, pp. 49, 57.

⁶⁹ Karl N. LLEWELLYN, «Legal Illusion, *Law and the Modern Mind*, by Jerome Frank. A Symposium», (1931) 31 *Columbia Law Review* 82; K.N. LLEWELLYN, «The Normative, the Legal and the Law-Jobs : the Problem of Jurist's Method», (1940) 49 *Yale Law Journal* 1355.

⁷⁰ K.N. LLEWELLYN, «The Normative, the Legal and the Law-Jobs : the Problem of Jurist's Method», *id.*, 1355.

Jusqu'en 1954, l'accès à la sociologie juridique demeurait réservé aux seuls germanophones. C'est à cette date que la sociologie du droit de Weber commença vraiment à faire sa carrière aux États-Unis, grâce à l'importante traduction que Shils et Rheinstein firent de tous les écrits juridiques du *Wirtschaft und Gesellschaft* de Weber, ainsi qu'à l'excellente introduction et aux notes infrapaginales nombreuses et savantes de Rheinstein, qui éclairaient le texte et les sources de Weber⁷¹. Conscient de la difficulté que la *Rechtssoziologie* allait représenter pour le lecteur américain, Rheinstein s'est employé, dans son introduction, à rappeler quelques éléments de la sociologie de Weber, pour ensuite exposer en un langage accessible les grandes lignes et les aspects à ses yeux les plus importants de la sociologie du droit de Weber. Cet ouvrage eut des effets contradictoires. Il rendait enfin accessible au lecteur anglo-saxon l'ensemble de la sociologie juridique de Weber. Il manifestait par ailleurs l'immense et écrasante érudition juridique et historique de Weber, tout en montrant aussi que Weber n'avait pas fait un Traité systématisé de sociologie juridique. En conséquence, la traduction de Shills et Rheinstein eut-elle comme effet de faire connaître au moins l'existence de la sociologie juridique de Weber; cette traduction demeure encore aujourd'hui un des grands classiques à la fois de la sociologie weberienne et de la sociologie étatsunienne du droit. Mais du même coup, le lecteur américain était confronté à une partie particulièrement difficile de l'oeuvre de Weber. Il est plus que probable que la plupart des lectures de cet ouvrage ont connu la sociologie juridique de Weber à travers l'introduction de Rheinstein plus qu'en lisant le texte de Weber lui-même.

C'est sans doute, pour une part, le caractère à la fois austère et aussi trop peu systématique de la sociologie juridique de Weber qui explique qu'elle n'ait fait qu'une lente percée dans la sociologie étatsunienne, bien plus lente que les autres parties de l'oeuvre de Weber. Ainsi, Talcott Parsons, qui connaissait pourtant bien l'oeuvre de Weber, a complètement négligé sa sociologie juridique dans *The Structure of Social Action*; c'est plutôt la sociologie des religions et la méthodologie de Weber qui occupent le centre de l'intérêt de Parsons à ce moment-là. Pourtant, Parsons lui-même dira plus tard que la place de la sociologie du droit dans l'ensemble de la pensée sociologique de Weber est bien plus importante qu'on ne l'a jusqu'alors perçue⁷². Il ira même jusqu'à dire que le noyau central de la sociologie weberienne ne repose ni dans sa sociologie politique et économique, ni même dans sa sociologie des religions, mais dans sa sociologie du droit⁷³. Encore à la fin de sa vie, Parsons s'interrogeait sur les raisons qui expliquent

⁷¹ M. WEBER, *op. cit.*, note 15.

⁷² Talcott PARSONS, «Max Weber 1864-1964», (1965) 30 *American Sociological Review* 171, 174 et 175.

⁷³ Talcott PARSONS, «Value-Freedom and Objectivity», dans Otto STAMMER (dir.), *Max Weber and Sociology Today*, trad. par Kathleen Morris, New York, Harper and Row, 1971, p. 27, à la page 40.

par le «mystère» du «faible intérêt [chez le sociologue] pour l'étude du droit et des systèmes juridiques, après le brillant départ dû à Durkheim et Weber»⁷⁴.

Au cours des vingt années d'indifférence qui ont suivi la traduction de Shills et Rheinstein, un des très rares juristes à s'intéresser à la sociologie juridique de Weber fut Clarence Morris⁷⁵. Une autorité en matière de droit des assurances, également philosophe du droit, Morris s'est particulièrement attaché à la thèse de Weber sur les rapports entre droit et rationalité et la montée de la rationalité dans le droit occidental. Son but était de comparer sur ce thème la pensée de Weber et celle du juge et juriste américain Benjamin Cardozo, contemporain de Weber, qui a pour sa part souligné la place de la rationalité non formelle dans la pratique judiciaire. En particulier, Cardozo avait mis en relief l'importance, chez les juges de la common law, de ce qu'il appelait le recours à la «méthode de la sociologie» parallèlement au recours aux règles et aux principes proprement juridiques. Cette comparaison Weber-Cardozo inspirait à Morris des réflexions concrètes sur la place réciproque de la rationalité formelle et de la rationalité substantive dans le processus judiciaire. L'intérêt de cet article tient en ce qu'il constitue une première réflexion sur la sociologie weberienne du droit dans le contexte de la common law, thème que David Trubek en particulier a repris et approfondi⁷⁶.

Du côté de la sociologie, Reinhard Bendix fut à peu près le seul commentateur de Weber à cette époque à prendre en compte, mais d'une façon limitée, la sociologie juridique de Weber. C'est en réalité en traitant de la sociologie politique de Weber, plus particulièrement des formes de domination, que Bendix évoque «l'émergence de la rationalité juridique» comme fondement de la légitimité de l'État moderne et comme base de la bureaucratie⁷⁷. Bendix n'a cependant pas mis en lumière l'importance de la réflexion de Weber sur le droit dans l'ensemble de sa sociologie.

L'intérêt croissant pour la sociologie juridique de Weber au cours des quinze dernières années

Il faut attendre le milieu des années 1970 — autour de 1975 — pour voir la situation changer et que des juristes et des sociologues étatsuniens entreprennent d'étudier et d'approfondir la sociologie juridique de Weber.

⁷⁴ Talcott PARSONS, «Law as Intellectual Stepchild», (1977) 47 *Sociological Inquiry* 11.

⁷⁵ Clarence MORRIS, «Law, Reason and Sociology», (1958) 107 *University of Pennsylvania Law Review* 147.

⁷⁶ David M. TRUBEK, «Max Weber on Law and the Rise of Capitalism», (1972) 3 *Wisconsin Law Review* 720.

⁷⁷ R. BENDIX, *op. cit.*, note 28, ch. 12 et 13.

Deux facteurs ont sans doute été à l'origine de ce changement. D'une part, l'intérêt croissant pour la sociologie de Weber, rappelé dans la Première partie, a certainement entraîné des retombées en sociologie du droit. D'autre part, un certain nombre de juristes et de sociologues se plaignaient, non sans raison, de la grande faiblesse théorique de la sociologie du droit aux États-Unis, de l'empirisme et du pragmatisme qui y régnaient. L'oeuvre de Weber est progressivement apparue comme le meilleur point de départ, sinon comme le fondement, d'une démarche plus théorique dans l'appréhension sociologique du fait juridique.

On peut suivre la récente réception de la sociologie juridique de Weber dans trois courants de pensée de la sociologie étatsunienne : l'évolutionnisme, les études critiques du droit, la phénoménologie.

L'évolutionnisme : le droit, la société occidentale et la modernité

Les intellectuels américains n'ont pas connu ce que l'on a appelé le *Kulturpessimismus* des Allemands du XIX^e et du début du XX^e siècle. Le romantisme des universitaires allemands s'est exprimé sous la forme d'un refus et d'une condamnation de la société moderne, industrielle, urbaine et de la démocratie de masse⁷⁸. Les universitaires étatsuniens, au contraire, influencés par le darwinisme social, ont généralement accueilli d'une manière positive et même enthousiaste la démocratie, la société industrielle, le capitalisme qui leur apparaissaient comme la pointe du progrès de l'humanité. Les grands pessimistes allemands comme Spengler faisaient figure à leurs yeux de conservateurs romantiques attachés à un passé définitivement révolu.

Ce qui explique peut-être en définitive le succès de Max Weber aux États-Unis, c'est qu'il apportait une autre perspective. Il alliait à une «vision pessimiste» de l'histoire contemporaine — que les Américains ont d'ailleurs mis du temps à reconnaître⁷⁹ — une explication de l'histoire et une sociologie de l'action qui laissaient ouverture à l'optimisme darwiniste des Américains. Il insistait d'abord sur le caractère unique de l'Occident moderne dans l'histoire et il cherchait à expliquer cette originalité, d'une manière comparée, par la présence d'éléments culturels uniques à l'Occident. Le premier de ces éléments qui parut éclairant pour les intellectuels étatsuniens, c'était le protestantisme puritain. Capitalisme et protestantisme, deux fondements de la société étatsunienne, devenaient associés d'une manière positive. Il fallut plus de temps pour reconnaître le rôle du droit, comme autre facteur au moins aussi actif, selon Weber, dans l'évolution particulière de l'Occident et du capitalisme. Max Rheinstein fut le premier,

⁷⁸ Stephen KALBERG, «The Origin and Expansion of *Kulturpessimismus* : The Relationship Between Public and Private Spheres in Early Twentieth Century Germany», (1987) 5 *Sociological Theory* 150.

⁷⁹ R.M. GLASSMAN et V. MURVAR, *op. cit.*, note 41.

dans son «introduction», à faire connaître cet aspect de la pensée de Weber. Il soulignait le fait que le principal problème qui a occupé l'attention de Weber dans sa sociologie du droit, fut celui de l'influence exercée par le rationalité juridique dans le développement du capitalisme et, inversement, la part qu'a eue le capitalisme dans la montée de la rationalité juridique⁸⁰.

Le darwinisme social exerçant toujours une grande fascination dans les sciences sociales américaines, surtout dans la sociologie et l'anthropologie, les catégories typologiques et les perspectives comparatives de Weber se fusionnèrent chez les sociologues étatsuniens à une vision évolutionniste. Ainsi, Talcott Parsons, dans son ouvrage sur «l'évolution comparée» des sociétés, que François Chazel, en en présentant la traduction française, appelle «un manifeste néo-évolutionniste»⁸¹, distingue trois grands stades dans l'évolution des sociétés, qu'il appelle les stades primitif, intermédiaire et moderne. Pour expliquer le passage du stade intermédiaire au stade moderne, Parsons, invoquant explicitement Weber (qui est d'ailleurs présent presque à chaque page de ce livre), souligne le rôle essentiel qu'a joué le droit, dont «l'institutionnalisation marque la transition des sociétés intermédiaires aux sociétés modernes» en assurant «l'indépendance des composantes normatives de la structure sociale vis-à-vis des exigences des intérêts politiques et économiques et des facteurs personnels, organiques et physiques»⁸².

L'ouvrage qui eut cependant le plus de retentissement en sociologie est celui de Roberto M. Unger⁸³, bien que, comme on l'a noté, il ait été plus souvent cité que vraiment discuté⁸⁴. Il s'agit en réalité d'une entreprise de réflexion critique sur l'état de la théorie sociologique, que Unger a menée dans deux ouvrages successifs. Dans le premier, il avait entrepris une discussion et une remise en question des théories solides de Marx, Durkheim et Weber⁸⁵. Dans le second, il poursuit et précise sa critique à partir d'une analyse du droit dans la société, ce qui avait comme conséquence, pour la première fois dans la sociologie étatsunienne, de placer carrément la sociologie juridique en plein coeur d'une réflexion sur la théorie sociologique.

80 M. WEBER, *op. cit.*, note 15, XLVII-L.

81 Talcott PARSONS, *Sociétés. Essai sur leur évolution comparée*, trad. par Gérard Prunier, introduction de François Chazel, Paris, Dunot, 1973, VII.

82 *Id.*, p. 35.

83 Robert M. UNGER, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976.

84 Neil T. DUXBURY, «Look Back in Unger : A Retrospective Appraisal of *Law in Modern Society*», (1986) 49 *The Modern Law Review* 658.

85 Robert M. UNGER, *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975.

Unger pose au départ que «le droit d'une société révèle les secrets intimes par lesquels elle intègre ses membres»⁸⁶. Le droit est en effet le principal ensemble de règles sur lesquelles se fonde un ordre social. Il y a donc un rapport étroit entre la nature du droit et la «forme» de la société : à chaque type de droit correspond une forme de société, ou inversement une forme de société se constitue à travers un type de droit. Unger est ainsi amené à élaborer une typologie du droit, où il distingue trois types : le droit coutumier, le droit bureaucratique, le système ou ordre juridique. Le droit au sens moderne du terme apparaît d'abord sous la forme du droit bureaucratique : il s'agit du droit positif émanant d'un pouvoir public, un État, qui a l'autorité et le pouvoir nécessaires non seulement pour énoncer des lois et règlements, mais aussi pour les faire appliquer. L'ordre juridique se distingue du droit bureaucratique en ce que le droit y est non seulement positif et public, mais qu'il prend en plus un caractère général ou universel et qu'il développe une quadruple autonomie : à la fois substantive, institutionnelle, méthodologique et professionnelle.

Le droit bureaucratique se retrouve dans toutes les grandes civilisations, dans la mesure où celles-ci ont connu une séparation entre l'État et la société. L'ordre juridique est un fait isolé dans l'histoire humaine : «il a émergé au sein de la société libérale moderne de l'Europe»⁸⁷, il est associé à l'évolution des sociétés occidentales modernes. Et pour en faire la preuve, Unger brosse un tableau comparé du droit dans la société occidentale, en Chine, en Islam et en Israël.

On reconnaît sans peine dans ce dessein l'influence de Durkheim. Par ailleurs, toute l'analyse typologique, historique et comparative est très évidemment dans la tradition et même sous l'influence weberienne. Paradoxalement, Unger ne fait à peu près aucune mention explicite de Weber, omission qui fut évidemment relevée par ses critiques⁸⁸. Pourtant, sans mentionner la sociologie juridique de Weber, Unger en introduisait l'esprit et l'inspiration dans la théorie sociologique américaine.

Pour leur part, Philippe Nonet et Philip Selznick ont explicitement reconnu leur dette à l'endroit de Weber, dans l'élaboration de leur thèse évolutionniste. Celle-ci est construite sur le postulat d'un parallèle entre trois types d'organisation administrative — prébureaucratique, bureaucratique et postbureaucratique — et trois types de droit qui leur correspondent : répressif, autonome et «ouvert» (*responsive*). Le droit répressif repose entre les mains de ceux qui ont du pouvoir, qui l'utilisent pour s'assurer la soumission des autres dans une société où règne avant tout une «justice de

⁸⁶ R.M. UNGER, *op. cit.*, note 83, p. 46.

⁸⁷ *Id.*, p. 54.

⁸⁸ T. PARSONS, *loc. cit.*, note 74; N.T. DUXBURY, *loc. cit.*, note 84.

classe». Le droit autonome est celui qui a développé une certaine indépendance à l'endroit du pouvoir politique, dont il sert les intérêts tout en lui imposant des contraintes et des limites; ce droit correspond à l'organisation bureaucratique de la société, dans laquelle la profession juridique a pris de l'expansion, participe activement à l'exercice du pouvoir et assure l'autonomie du droit. Les sociétés modernes, de caractère bureaucratique, connaissent ce type de droit. Le troisième type, le type «ouvert» de droit, est celui qu'on peut entrevoir pour l'avenir. C'est un droit accueillant aux diverses forces sociales, sensible à la critique juridique, se dégageant du formalisme et du ritualisme du type autonome. Ce droit nouveau, encore en émergence, s'inscrit dans un double mouvement de décentralisation des institutions de pouvoir et de déprofessionnalisation du droit, double mouvement qui serait annonciateur d'une organisation post-bureaucratique de la société.

Nonet et Selznick voient dans ces trois types une certaine séquence. Mais il prennent soin de souligner qu'il y a une «potentialité» de passage de l'un à l'autre, mais pas une nécessité historique. Leur «modèle de développement» suggère, disent-ils, la direction possible d'un changement; mais les conditions concrètes et les rapports de force existants peuvent incliner l'évolution des sociétés dans un sens différent⁸⁹. C'est ce qui explique que des sociétés aient beaucoup tardé à passer du droit répressif au droit autonome, et l'on pourrait ajouter que certaines aient même régressé du droit autonome au droit répressif. Quant au droit ouvert, Nonet et Selznick reconnaissent qu'il s'agit d'un idéal encore bien précaire, dont la réalisation demeure incertaine et dépendra de plusieurs facteurs⁹⁰.

Donald Black a, pour sa part, dans un ouvrage qui a marqué une étape⁹¹, élaboré un modèle plus analytique qu'évolutionniste et moins influencé par Weber que les précédents. Son ouvrage se présente sous la forme d'un ensemble de propositions, que Black considère toutes susceptibles de vérification quantifiable, et dont l'ensemble constituerait une «théorie du droit». Cependant, il n'est pas difficile d'y déceler les traces de l'évolutionnisme, et c'est précisément dans ces passages que l'on peut aussi observer l'influence de Weber. Ainsi, dans une veine inspirée par Durkheim et Weber, Black observe que «la relation entre le droit et la différenciation est curvilinéaire. Le droit augmente avec la différenciation jusqu'à un point d'interdépendance, mais décline avec la symbiose»⁹². Cette proposition, dit Black, se vérifie quand on observe l'évolution des sociétés anciennes aussi

89 Philippe NONET et Philip SELZNICK, *Law and Society in Transition*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1978, p. 23.

90 *Id.*, p. 102 et suiv.

91 Donald BLACK, *The Behavior of Law*, New York, Academic Press, 1976.

92 *Id.*, p. 39.

bien que modernes. À travers l'histoire, dit-il, le droit n'a cessé d'augmenter, de se multiplier, depuis les formes archaïques des sociétés anciennes vers les formes modernes. Cette évolution du droit s'explique en relation avec d'autres évolutions à l'intérieur des sociétés : formes d'organisation, de contrôle social, de culture, de stratification sociale. Pour l'avenir, Black lit un double mouvement : d'une part, des indices d'une augmentation continue du droit, d'autre part, des signes d'une décroissance, voire d'un déclin du droit, l'aboutissement en étant peut-être un retour à l'anarchie⁹³. Les perspectives d'avenir ont chez lui une tonalité moins optimiste que chez Parsons, Unger et Nonet et Selznick.

Weber et l'analyse critique du droit, de la modernisation et du capitalisme

Si, parallèlement à Talcott Parsons, des sociologues critiques tels Hans Gerth et C. Wright Mills ont fait connaître la sociologie de Weber, ce sont aussi, peut-être paradoxalement, des juristes se rattachant au mouvement anglo-saxon des «*Critical Legal Studies*» (CSL) qui ont probablement le plus contribué à la diffusion de la sociologie juridique de Weber. C'est assurément chez eux que l'on trouve la discussion la plus éclairée et éclairante et l'utilisation la plus pertinente de la sociologie weberienne du droit.

Weber posait aux juristes critiques d'importants défis. Il leur apparaissait que Weber avait laissé une oeuvre importante, notamment sur le droit, qu'il n'était possible ni de rejeter entièrement, ni d'ignorer, mais qu'il n'était pas non plus possible d'accueillir telle quelle. Il a solidement établi la validité d'une explication multicausale et réciproque des rapports entre droit et économie dans le développement du capitalisme. Il a mis en lumière à la fois l'autonomie du droit et le fait que le droit ne soit pas indépendant des conditions économiques et sociales. Il a aussi mis en rapport la dynamique de la rationalité croissante dans le droit et dans les modes de production. Enfin, il a lié droit, pouvoir et domination.

David Trubek fut le premier juriste critique étatsunien à reprendre ces thèmes dans deux articles qui ont été depuis très souvent cités⁹⁴. Le problème auquel Trubek s'attaque est celui du rôle du droit dans le procès de modernisation des sociétés. Ce thème, dit-il, n'a fait l'objet d'à peu près aucune attention de la part des économistes; ceux-ci concèdent bien au passage que le développement puisse requérir quelque forme de droit, mais sans aller plus loin. Quelques juristes ont commencé à s'intéresser à la

⁹³ *Id.*, pp. 131 et 132.

⁹⁴ David M. TRUBEK, «Toward A Social Theory of Law : An Essay on the Study of Law and Development», (1972) 82 *Yale Law Journal* 1; D.M. TRUBEK, *loc. cit.*, note 76.

question. Mais ils ont généralement eu tendance à croire que le droit, ayant été un facteur du développement économique des sociétés occidentales, aura nécessairement les mêmes effets dans les nouvelles nations en voie de développement. Y implanter un droit rationnel et formel, sur un modèle des droits occidentaux, aurait donc comme effet de favoriser le développement de ces nouvelles nations, ce qui justifierait d'y remplacer les droits ancestraux par un droit modelé sur celui des nations dites modernes.

Trubek s'insurge contre l'attitude ethnocentrique qui inspire une telle «politique juridique». Et ayant constaté que certains tenants de cette position invoquaient Weber à l'appui de leur thèse, il entreprend de montrer qu'en réalité l'analyse weberienne va dans un sens tout à fait opposé et ne permet pas du tout de conclure à la validité d'une telle politique. Weber, dit-il a plutôt démontré que le développement économique et le capitalisme de l'Occident ont été des phénomènes uniques, qui s'expliquent par une conjoncture de conditions particulières. Les conditions économiques et politiques étant bien différentes dans les pays en voie de développement, il ne faut pas croire que l'introduction forcée d'un droit moderne y aura les effets qu'un tel droit a eus dans les pays occidentaux⁹⁵. La politique juridique des nouvelles nations doit plutôt s'inspirer de la méthodologie weberienne, typologique et comparative, pour élaborer un nouveau modèle qui réponde aux conditions réelles des pays en voie de développement, modèle dont Trubek pose quelques jalons de départ⁹⁶.

Au surplus, Trubek a voulu rappeler que, dans la perspective weberienne, le droit a contribué à l'instauration du capitalisme en légitimant la domination du propriétaire capitaliste. L'autorité reconnue aux propriétaires s'est appuyée sur le droit, contre les travailleurs, en définissant le droit de propriété d'une manière stricte et restreinte. Le droit a été favorable à ceux qui jouissaient déjà d'un pouvoir économique, biaisant autant la démocratie que les rapports économiques en faveur des intérêts du capital⁹⁷.

Le problème de la rationalité du droit et de l'économie, telle que perçue par Weber, est un autre problème qui a particulièrement occupé la réflexion anglo-saxonne, notamment celle des sociologues et juristes critiques et néo-marxistes. Rappelons d'abord que l'ambiguïté de la notion de rationalité telle qu'employée par Weber et la pluralité des sens qu'il lui a attribués, ont été

⁹⁵ D.M. TRUBEK, «Toward a Social Theory of Law : An Essay on the Study of Law and Development», *id.*, 16.

⁹⁶ *Id.*, 22 et suiv.

⁹⁷ D.M. TRUBEK, *loc. cit.*, note 76, 748-750.

l'objet d'analyse et de réflexion de la part de plusieurs auteurs⁹⁸. D'une manière plus générale, le procès de rationalisation dans l'évolution des sociétés modernes, évoqué par Weber, demeure, peut-être plus encore au cours des dernières années, un des thèmes majeurs de réflexion à partir de l'oeuvre de Weber⁹⁹. Dans la perspective critique, le problème était de retrouver l'explication, dans l'oeuvre de Weber et au-delà, des voies par lesquelles la rationalisation juridique a tout à la fois favorisé et occulté la domination capitaliste. D'une manière plus précise et plus radicale, l'objectif était de démystifier la rationalité juridique, en montrant de quelle manière elle sert à exprimer une idéologie non avouée et une perception mystificatrice des rapports réels de pouvoir, des inégalités effectives, des luttes cachées et étouffées¹⁰⁰.

Dans cette dernière voie, une des recherches les plus intéressantes est celle du sociologue Gerald Turkel, pour son orientation à la fois théorique et empirique¹⁰¹. Turkel a étudié un cas concret, la législation de 1971 par laquelle le gouvernement fédéral des États-Unis accordait un prêt garanti de 250 millions de dollars à la Lockheed Aircraft Corporation pour lui permettre d'échapper à la banqueroute. Et il analyse ce cas en reformulant dans une perspective critique la théorie weberienne de la rationalité juridique, dans une tentative de rapprochement des théories sociales de Marx et Weber suivant le modèle déjà établi par Zeitlin¹⁰² et Habermas¹⁰³. Le capitalisme

⁹⁸ Ann SWIDLER, «The Concept of Rationality in the Work of Max Weber», (1973) 43 *Sociological Inquiry* 35; S. KALBERG, *loc. cit.*, note 57; A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 63.

⁹⁹ Piers BEIRNE, «Ideology and Rationality in Max Weber's Sociology of Law», dans Rita J. SIMON et Steven SPITZER (dir.), *Research in Law and Sociology*, vol. 2, Greenwich, Connecticut, JAI Press, p. 103; Wolfgang SCHLUCHTER, *The Rise of Western Rationalism: Max Weber's Development History*, trad. et introduction de Guenther Roth, Berkeley, University of California Press, 1981; Rogers BRUBAKER, *The Limits of Rationality: An Essay on the Social and Moral Thought of Max Weber*, Londres, Allen and Unwin, 1984; R.M. GLASSMAN et V. MURVAR, *op. cit.*, note 41; Jeffrey C. ALEXANDER et C. LOADER, «Max Weber on Churches and Sets in North America: An Alternative Path Toward Rationalization», (1985) 3 *Sociological Theory* 1; S. LASH et S. WHIMSTER, *op. cit.*, note 55.

¹⁰⁰ Maureen CAIN, «The Limits of Idealism: Max Weber and the Sociology of Law», dans Rita J. SIMON et Steven SPITZER (dir.), *Research in Law and Sociology*, vol. 3, Greenwich, Connecticut, JAI Press, p. 53.

¹⁰¹ Gerald TURKEL, «Rational Law and Boundary Maintenance: Legitimizing the 1971 Lockheed Loan Guarantee», (1980) 15 *Law and Society Review* 41.

¹⁰² Irving M. ZEITLIN, *Rethinking Sociology: A Critique of Contemporary Theory*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1973, pp. 123, 136; I.M. ZEITLIN, *loc. cit.*, note 41, 190-211.

¹⁰³ J. HABERMAS, *op. cit.*, note 38, pp. 33-94.

de la fin du XX^e siècle n'est évidemment plus celui qu'ont connu ni Marx au XIX^e, ni Weber au début du XX^e. On y observe de nouvelles contradictions entre les rationalités juridiques, économiques et politiques. Un facteur maintenant important, que Marx et Weber n'ont pas pu apprécier, est celui de la prééminence des grands monopoles, comme la Lockheed. À l'encontre du modèle weberien d'une rationalité juridique dotée d'un caractère universaliste, le monopole entraîne le droit dans des voies particularistes : s'appuyant sur son pouvoir économique énorme, le monopole est en mesure d'obtenir de l'État un traitement privilégié. Il en résulte, dans le capitalisme monopolistique, des tensions nouvelles entre, d'une part, l'universalisme de la rationalité juridique et, d'autre part, le particularisme de règles et de lois obéissant aux impératifs de la rationalité économique et politique plutôt qu'à ceux de la rationalité formellement juridique. Le discours juridique connaît alors un éclatement de ses frontières, pour absorber et adopter ces autres rationalités. En même temps, le droit sert des fins idéologiques, dans la mesure où il circonscrit le débat à l'intérieur d'un discours acceptable. Ainsi, il contribue à restreindre la discussion à l'intérieur de la notion reçue de propriété privée, excluant toute référence à des solutions qui feraient appel à des transformations en profondeur des structures économiques et politiques.

Les voies d'analyse ouvertes par Trubek et par Turkel, un juriste et un sociologue, sans révéler toute la richesse des analyses critiques du droit qui ont commencé à inventorier la sociologie juridique de Weber, sont bien représentatives d'une exploration qui se poursuit et qui promet des développements intéressants, surtout si elle sait lier les préoccupations théoriques et empiriques selon la meilleure tradition étatsunienne.

Sur le plan théorique, c'est à un autre juriste et philosophe du droit, Anthony T. Kronman, qu'on doit l'analyse et la discussion la plus approfondie de la sociologie juridique de Weber. La parution de son ouvrage¹⁰⁴ a été saluée comme un événement important. Les très nombreuses recensions dont il fut l'objet¹⁰⁵, toutes louangeuses, l'ont abondamment dit. La raison de ce succès, c'est qu'à travers l'oeuvre juridique de Weber, Kronman a apporté une contribution théorique très élaborée à la sociologie juridique étatsunienne.

On peut dire de l'ouvrage de Kronman qu'il est proprement américain en ce qu'il reprend et approfondit trois thèmes de la pensée de Weber qui ont été l'objet d'une attention particulière chez les anglo-saxons : la place des valeurs dans la méthodologie weberienne, la rationalité dans la société

¹⁰⁴ A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 63.

¹⁰⁵ David M. TRUBEK, Lauren MUNGER et John ESSER, *Preliminary, Electric, Unannotated Working Bibliography for the Study of Max Weber's «Sociology of Law»*, mimeographié, Madison, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin, 1986, pp. 26 et 27.

occidentale moderne, l'explication du capitalisme occidental et de la modernité.

S'agissant ici du troisième point, Kronman revient au problème de la causalité dans les rapports entre le droit et le capitalisme¹⁰⁶. La *Rechtssoziologie*, souligne Kronman, a eu comme but spécifique principal d'élucider la question de la contribution des notions et des institutions juridiques au développement et à l'expansion de l'entreprise de type capitaliste. De manière plus précise encore, Weber a recherché le lien causal entre la rationalité juridique formelle et la rationalité du mode de production capitaliste. La réponse de Weber relève d'une attitude que Kronman appelle un «agnosticisme causal». Il entend par là que si l'on peut observer, à toutes les périodes de l'histoire et dans toutes les civilisations, une influence réciproque du droit et de l'économie, la direction et la force de cette influence ne peuvent, selon Weber être établies d'une manière générale et universelle; elles varient selon les situations et les circonstances. Weber a démontré qu'il n'existe pas de fondement scientifique pour privilégier d'une manière unilatérale une direction de l'influence plutôt qu'une autre, du droit sur l'économie ou de l'économie sur le droit.

Cet agnosticisme, insiste Kronman, n'équivaut cependant pas chez Weber à un constat d'échec. Tout d'abord, il s'agit d'une prise de position méthodologique qui correspond profondément à l'ethnos scientifique. Et puis, il se complète d'au moins un double élément positif. S'il n'est pas possible d'établir un lien causal simple et univoque entre le droit occidental et le capitalisme, il est par ailleurs possible de démontrer la parenté des deux rationalités en ce qu'elles reposent toutes deux sur les mêmes fondements intellectuels et moraux et qu'elles reflètent un même idéal. Le rapport entre droit et capitalisme s'éclaire lorsqu'on le reporte au contexte global de l'univers des valeurs de la civilisation occidentale. En second lieu, il est possible de distinguer les facteurs qui, dans des situations concrètes données, ont favorisé ou favorisent l'influence du droit sur l'économie et vice-versa. Ceci amène à voir le rapport entre droit et capitalisme d'une manière multidimensionnelle. Comme l'avait fait David Trubek¹⁰⁷, Kronman montre que Weber a beaucoup réfléchi aux conditions différentes qui ont fait que le capitalisme se soit développé dans des pays dotés de formes juridiques très dissemblables, le droit de rationalité formelle dans les pays européens de droit codifié et le droit de rationalité substantive dans les pays anglo-saxons de la common law.

Il est impossible de rendre ici pleine justice à l'ouvrage de Kronman. Peut-être faudrait-il surtout souligner l'intention principale de l'auteur. Elle a été de montrer que, à l'opposé d'une certaine lecture trop courante de la

¹⁰⁶ A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 63, ch. 6.

¹⁰⁷ D.M. TRUBEK, *loc. cit.*, note 76.

Rechtssoziologie qui n'y a vu qu'une ébauche mal ficelée d'une oeuvre demeurée incomplète, la sociologie juridique de Weber présente une grande cohérence interne. Mais pour percevoir cette unité, il faut interpréter la sociologie juridique de Weber dans l'ensemble de sa philosophie et notamment de sa sociologie des valeurs.

Max Weber et la phénoménologie du droit

S'il est un courant de pensée qui aurait dû être sensible à cette sociologie des valeurs, c'est sans doute la phénoménologie. Mais ce ne fut pas effectivement le cas. La sociologie phénoménologique a connu aux États-Unis une histoire complexe et encore mal explorée. Ce n'est pas le lieu ici de vouloir en retracer les grandes lignes. Rappelons seulement que c'est tout particulièrement le philosophe et sociologue allemand Alfred Schutz qui a le plus contribué à jeter les bases d'une sociologie phénoménologique¹⁰⁸. Connaissant bien les travaux de Weber, qu'il appréciait hautement, Schutz a particulièrement cherché à montrer les rapprochements entre la pensée de Weber et celle de Husserl et à mettre en lumière les aspects phénoménologiques de la sociologie weberienne. Il est cependant difficile d'apprécier dans quelle mesure les sociologues américains ont accueilli cette vision de la sociologie de Weber. C'est sans doute dans l'ethnométhodologie, telle qu'elle a été formulée principalement par Harold Garfinkel et Aaron Cicourel, que la phénoménologie se retrouve le plus et que la dette à l'endroit de Schutz est le plus explicitement reconnue. Par ailleurs, les ethnométhodologues, semblent avoir toujours vu en Weber, en dépit de ce qu'en a dit Schutz, un positiviste avec qui il fallait garder ses distances.

C'est peut-être ce qui explique que, bien que l'ethnométhodologie soit née à l'occasion de l'observation du processus judiciaire¹⁰⁹ et qu'elle ait inspiré de nombreuses analyses du fonctionnement des tribunaux aux États-Unis, le droit comme tel n'ait pas fait l'objet d'une attention particulière dans la sociologie phénoménologique. C'est ce que remarque Victor Lidz, à qui l'on doit une des rares contributions à une sociologie juridique qui ait cherché à s'inspirer, entre autres, de Garfinkel et Cicourel en même temps que de Weber et de Parsons¹¹⁰. Lidz a voulu jeter les bases d'une théorie sociologique du droit ou, selon son expression, d'«une sociologie générale du droit». Élève et disciple de Talcott Parsons, Lidz s'inspire surtout de ce dernier pour élaborer ses concepts et les éléments de sa théorie. Il n'y a pas lieu ici de suivre Lidz dans l'élaboration de sa théorie parsonsienne du droit.

¹⁰⁸ A. SCHUTZ, *op. cit.*, note 32.

¹⁰⁹ Harold GARFINKEL, «The Origins of the term "Ethnomethodology"», dans *Proceedings of the Purdue Symposium on Ethnomethodology*, Institute Monograph Series n° 1, Institute for the Study of Social Change, Purdue University, 1968, p. 5.

¹¹⁰ Victor LIDZ, «The Law as Index, Phenomenon, and Element-Conceptual Steps Toward a General Sociology of Law», (1979) 49 *Sociological Inquiry* 5.

Mais avant de développer son modèle, Lidz, s'adressant à Durkheim et Weber, recherche de quelle manière la sociologie a d'abord appréhendé le droit. Il identifie deux voies. La première a consisté à voir dans le droit un indice des types de sociétés. C'est ainsi que Durkheim y a vu l'indice de la distinction entre la solidarité mécanique et la solidarité organique. De son côté, Weber a vu dans le droit un indice des conceptions morales et des intérêts divergents des différents groupes de pouvoir ou d'influence dans les sociétés historiques. Cette notion du droit apparaît bien dans la *Rechtssoziologie*, mais plus encore dans les grandes études historiques de Weber sur la Chine, l'Inde et le Judaïsme¹¹¹.

La seconde voie par laquelle la sociologie a appréhendé le droit, selon Lidz, c'est dans la perspective de l'analyse de l'action sociale, comme élément de contrôle ou de contrainte des acteurs. C'est ici que l'analyse de Lidz devient plus particulièrement phénoménologique et fait appel à l'ethnométhodologie. Il s'inspire d'abord de la théorie de la «définition de la situation» élaborée par W.I. Thomas, et des études de Chomsky, de Garfinkel et de Cicourel. Il est cependant étonnant que Lidz ne fasse plus ici référence à Weber, dont l'influence paraît pourtant bien probante sur la définition qu'il donne du droit. Dans les contextes d'incertitude où chaque acteur doit agir, les définitions de situation représentent une certaine «grammaire des relations sociales», un ordre normatif composé d'informations, d'indicatifs divers et de règles permettant à chaque acteur de s'orienter d'une manière assez sûre dans les réseaux d'interactions où il est impliqué. Ces définitions de situation sont cependant plus ou moins claires et plus ou moins précises. «Le droit consiste spécifiquement en contraintes normatives qui servent à corriger les défauts et faiblesses chroniques de définitions de situation développées de manière informelle.»¹¹² La formalisation et la précision des règles juridiques apportent ainsi une certaine sécurité, notamment dans des champs d'action où les investissements que les acteurs croient devoir faire dans les interactions leur paraissent assez importants pour qu'ils sentent le besoin de recourir à des contraintes externes revêtues d'un caractère officiel.

Lidz, notons-le, renoue ainsi avec l'orientation subjectiviste que Weber avait donnée à la sociologie, en en recherchant le point de départ dans l'action sociale signifiante pour chaque acteur. De cette matière, Lidz a voulu reprendre et renouveler d'une manière phénoménologique l'analyse du droit en terme de «contrôle social». Les premiers fondements d'une telle analyse étaient nettement présents chez Weber, dans sa définition du droit par la contrainte. Talcott Parsons avait repris de thème, mais d'une manière schématique¹¹³. Lidz y est revenu et l'a amplifié, remontant d'ailleurs aux

¹¹¹ *Id.*, 5 et 6.

¹¹² *Id.*, 11.

¹¹³ Talcott PARSONS, «The Law and Social Control», dans W.M. EVAN (dir.), *Law and Sociology : Exploratory Essays*, Glencoe, The Free Press, 1962, p. 56.

éléments de théorie d'action sociale que le jeune Parsons avait cru identifier au coeur de la sociologie de Weber.

CONCLUSION

Nous avons cherché à retrouver, dans le monde complexe de la sociologie et de la sociologie juridique américaines, comment fut reçue l'oeuvre de Max Weber, particulièrement sa *Rechtssoziologie*, et l'usage qu'en ont fait les juristes et sociologues anglo-saxons. Il importe de souligner au terme de ce parcours une limite de notre exploration. Nous ne nous sommes arrêtés qu'aux juristes, sociologues ou philosophes qui se sont explicitement inspirés de la pensée de Weber. Cela aurait été une entreprise d'une toute autre envergure que de vouloir relever aussi l'influence indirecte, implicite, non reconnue de Weber dans tous les champs — et ils sont nombreux — que cultive maintenant la sociologie juridique étatsunienne. Celle-ci commence maintenant à se reconnaître elle-même, à se décrire et à faire le tour de son jardin, ainsi qu'en témoigne l'important ouvrage collectif publié sous l'égide du Social Science Research Council¹¹⁴. À la lumière d'un tel exercice, l'influence de Weber sur la sociologie juridique américaine deviendra de plus en plus manifeste.

Aujourd'hui, chez les juristes et sociologues anglo-saxons, «on reconnaît de plus en plus, avec les dernières décennies du XX^e siècle, que Max Weber est notre plus grand théoricien social de la condition de la modernité [...] Weber a cherché à expliquer la place de l'individu dans le monde moderne. Derrière cette formulation trompeusement simple, se cache une entreprise gigantesque»¹¹⁵. Et dans l'analyse de cette modernité, Weber, plus qu'aucun autre sociologue, a vu et exploré le rôle qu'y a joué le droit, la place qu'il y occupe et l'influence qu'il y exerce. Ce faisant, Weber a été amené à élaborer une sociologie juridique qui est elle aussi une «entreprise gigantesque». C'est ce que remarque S. Andreski : «La sociologie du droit de Weber est la partie la plus impressionnante de son oeuvre. Il est à peine exagéré de la décrire comme étant presque surhumaine. Il est étonnant que quelqu'un ait pu en connaître autant sur autant de systèmes juridiques, alors qu'on considère généralement comme l'oeuvre d'une vie d'apprendre à connaître un corps de droit.»¹¹⁶ Le caractère imposant de la sociologie juridique de Weber a pu rebuter bien des chercheurs et nuire à sa diffusion. Mais depuis quelques années, des juristes et sociologues américains et britanniques ont beaucoup travaillé à mieux comprendre et mieux évaluer toutes les dimensions et toutes les ressources du legs intellectuel laissé par Max Weber.

¹¹⁴ Leon LIPSON et Stanton WHEELER (dir.), *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1987.

¹¹⁵ S. LASH et S. WHIMSTER, *op. cit.*, note 55, p. 1.

¹¹⁶ S. ANDRESKI, *op. cit.*, note 48, p. 86.

CHAPITRE 11

DROIT, POUVOIR ET DOMINATION*

Au cours du dernier quart de siècle, les sciences sociales, particulièrement la science politique et la sociologie, ont été le lieu d'une intense réflexion et de vifs débats sur le thème du pouvoir. Non pas que ce thème soit nouveau, bien sûr; il a occupé depuis l'Antiquité une place importante dans la pensée de bien des philosophes, et parmi les plus grands. Ce fut particulièrement le cas de ceux d'entre eux qui s'interrogèrent sur les conditions de la «bonne cité» ou de la «cité idéale», sur la société civile et l'État, sur les rapports au sein de la collectivité humaine. Évoquons les noms de Platon et d'Aristote, dans l'Antiquité, de Cicéron et d'Augustin sous l'Empire romain, de Thomas d'Aquin et Abélard au Moyen Âge, de Francis Bacon et Thomas Hobbes à la Renaissance. Et plus près de nous, à l'Époque contemporaine, Hegel, Marx, Nietzsche, Bertrand Russell.

Mais pour tous ces philosophes, la notion même de pouvoir ne faisait guère problème. Ils employaient le terme dans le sens usuel que lui attribue depuis longtemps le langage courant, c'est-à-dire la capacité de contraindre, par la force ou autrement, et de régir ou dominer les autres. Ou encore, ils désignaient par ce terme tout simplement l'État ou les détenteurs du pouvoir politique. Or, c'est précisément cette notion qui a été reprise et remise en question récemment dans la science politique et la sociologie. Le besoin s'est fait sentir de préciser cette notion, jugée trop facilement équivoque ou trop pluridimensionnelle, compte tenu de l'usage accru qu'on en faisait, soit dans des écrits théoriques, soit dans des recherches empiriques.

La démarche de cette réflexion et les débats qui l'ont entourée sont du plus haut intérêt pour la sociologie du droit. À divers égards, le droit appartient à l'analyse du pouvoir ou des pouvoirs; inversement, l'exercice du pouvoir ou de pouvoirs passe souvent par le droit. On a d'ailleurs eu — et on a encore — beaucoup trop tendance à identifier droit et pouvoir politique, ce qui n'est pas nécessairement faux, mais qui demeure une vue bien partielle des choses si elle empêche de constater que «le pouvoir est partout [...] qu'il vient de partout»¹ et que les rapports entre le droit et les pouvoirs débordent largement les seuls rapports entre le droit et le pouvoir politique.

* Ce texte a initialement été publié dans : (1986) XVIII, n° 1 *Sociologie et sociétés* 33.

¹ Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. I, *la Volonté de savoir*, Paris, N.R.F., 1976, p. 122.

Il est donc important pour la sociologie du droit de reprendre le fil du débat sur le pouvoir, et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la réflexion sur le pouvoir, dans son sens abstrait et général, aidera la sociologie du droit à échapper à une certaine «idéologie juridique» qui entraîne à ne considérer le droit que dans la seule et trop étroite perspective du pouvoir politique². S'il est vrai que le droit est, pour une large part, une émanation de l'État, en même temps qu'il en est sa légitimation, il est essentiel à la sociologie du droit de reconnaître les rapports du droit avec les multiples autres pouvoirs dans la société, particulièrement dans la société moderne. En second lieu, dans la mesure où l'on peut dire du droit qu'il est «un discours de pouvoir»³, la réflexion déjà engagée sur le pouvoir est peut-être susceptible de contribuer à doter la sociologie du droit de fondements théoriques qui lui font encore gravement défaut. Enfin, on peut aussi espérer que la notion de pouvoir pourra contribuer à cerner d'une manière plus rigoureuse les rapports entre le droit et les autres institutions ou sous-systèmes de la société ou du système social (selon le langage que l'on veut employer).

C'est dans cette perspective et inspiré par ces objectifs que nous nous situons ici. Nous commencerons par revenir sur le débat sur le pouvoir, pour voir ensuite la contribution particulière de Max Weber et enfin en tirer quelques réflexions pour la sociologie du droit.

I- LE DÉBAT SUR LE POUVOIR

Le pouvoir : une notion contestée

Trois facteurs ont particulièrement contribué à faire naître et à nourrir le débat sur le pouvoir au cours des dernières décennies. Désignons le premier sous le thème général de la montée des pouvoirs. Inflation d'abord, bien sûr, des pouvoirs de l'État, dans les sociétés capitalistes libérales et plus encore dans les sociétés socialistes. Les différents paliers de gouvernement, du niveau local à l'international, se sont vus investis de fonctions nouvelles et ont étendu leur champ d'action. Mais également, multiplication des lieux et des sources de pouvoir hors de l'État : partis, mouvements, associations, médias d'information, opinion publique. Un système complexe de rapports de forces s'est élaboré entre ces diverses «machines à pouvoir». L'analyse de

² Jean-Guy BELLEY, «Les sociologues, les juristes et la sociologie du droit», (1983) 24 *Recherches sociologiques* 263-282 et «Du juridique et du politique en sociologie du droit : à propos de la recherche "Droit et société urbaine au Québec"», (1982-83) 17 *R.J.T.* 445.

³ Danièle LOSCHAK, «Le droit, discours de pouvoir», dans Gérard CONAC, Herbert MAISL et Jacques VAUDIAUX (dir.), *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Économica, 1982, p. 429.

la société contemporaine ne se conçoit pas sans une certaine compréhension de cette dynamique.

Un second facteur relève de l'ordre de la connaissance : il s'agit de l'évolution de la science politique. Tant que celle-ci fut dominée soit par les juristes — en France notamment — soit par les économistes, le fonctionnement et l'action de l'État furent son objet privilégié, sinon exclusif d'étude. Mais dans la mesure où elle a acquis une certaine autonomie, la science politique est devenue de plus en plus la science du pouvoir ou des pouvoirs. La notion de pouvoir est ainsi devenue centrale à la science politique après la Deuxième Guerre mondiale. Il n'est donc pas étonnant que les politicologues contemporains aient senti le besoin de s'interroger sur cette notion, d'autant plus qu'elle est loin d'être univoque et de faire l'objet d'un consensus. Comme l'écrit l'un d'eux :

*The notion of power would seem to be the most important single idea in political theory, comparable perhaps to utility in economics. The theory of power is in a poorly developed state, as was the theory of utility fifty years ago.*⁴

Enfin, troisième facteur : parmi les champs de recherche empirique que la science politique a particulièrement cultivés, il s'en trouve deux qui posaient carrément le problème des différentes formes et sources de pouvoir : l'étude des communautés politiques locales et celle du procès de la prise de décision. Ce sont des politicologues anglo-saxons, principalement américains, qui se sont consacrés à ces recherches. Et ces recherches ont peut-être plus que toute autre alimenté la réflexion et le débat sur la notion de pouvoir. Ce qui explique aussi que ce soit surtout en langue anglaise que ce débat s'est déroulé.

Ces trois facteurs — qui ne sont d'ailleurs pas indépendants l'un de l'autre — ont eu un effet cumulatif pour créer et animer le débat sur le pouvoir. Et parce que ce débat était mené par et entre des hommes de science, il prit une forme qu'il est important de décoder. C'est autour de la définition du pouvoir que le débat se déroula, ce qui peut laisser croire à une discussion plutôt sémantique et de caractère académique. On vit se multiplier les définitions du pouvoir, chacune voulant raffiner la précédente en dégageant un nouvel aspect. Mais en réalité, derrière cette façade se dessinaient des enjeux de nature idéologique ou politique. Comme l'a fortement souligné l'un de ceux qui ont activement participé à ce débat, Steven Lukes⁵, la notion de pouvoir n'est probablement pas neutre; on ne

⁴ Jon ELSTER, «Some Conceptual Problems in Political Theory», dans Brian Barry (dir.), *Power and Political Theory. Some European Perspectives*, London et New York, John Wiley, 1976, p. 249.

⁵ Steven LUKES, *Power. A Radical View*, London, The Macmillan Press, 1974.

peut la définir sans révéler une position idéologique ou politique. Elle ferait ainsi partie de ce que W.B. Gallie a appelé «des concepts essentiellement contestés»⁶.

Que ce soit pour des raisons idéologiques ou pour des raisons purement scientifiques, le concept de pouvoir s'est en effet avéré «essentiellement contesté». Et cela, tant dans son acception concrète qu'employé dans son sens abstrait. Pris concrètement, le pouvoir est souvent utilisé pour désigner l'État ou encore ceux qui détiennent le pouvoir politique. Mais nous avons vu plus haut que cette utilisation du terme a été contestée par les politologues qui ont voulu mettre en lumière la pluralité des pouvoirs dans la société moderne. Parler du pouvoir pour désigner l'État, c'est exclure du discours sur le pouvoir toutes les autres machines à pouvoir hors de l'État. Il y a là déjà une importante distinction, dont on peut dire qu'elle implique deux visions très différentes de la société moderne, entraînant des conséquences scientifiques considérables. Selon que l'on définit le pouvoir de la première ou de la seconde manière, le champ d'étude du pouvoir se restreint ou s'étend.

Mais c'est surtout la notion de pouvoir entendue dans un sens abstrait, général qui a pris un caractère essentiellement contesté, entraînant évidemment la formulation d'un grand nombre de définitions plus ou moins différentes. Ce qui montre bien la difficulté et l'ambiguïté du concept, c'est qu'on ne trouve pas de consensus sur sa définition; celle-ci fait plutôt l'objet de divergences, parfois d'oppositions et de discussions.

Pour s'y retrouver et mettre un peu d'ordre dans cette forêt de définitions, certains auteurs ont proposé des regroupements ou des classifications selon différents critères⁷. Tentons à notre tour, pour les fins que nous poursuivons ici, d'opérer un certain regroupement des conceptions du pouvoir selon les tendances différentes que ces définitions recouvrent. Car il faut souligner que toutes ces définitions ne s'opposent pas nécessairement; même les auteurs les plus critiques des autres définitions leur reconnaissent une valeur ou une complémentarité. Il s'agit souvent d'une

⁶ William Edward GALLIE, «Essentially Contested Concepts», (1955-56) 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167-198.

⁷ Jacques A.A. VAN DOORN, «Sociology and the Problem of Power», (1962-63) 1 *Sociologica neerlandica* 3-47; Lewis A. COSER, «The Notion of Power: Theoretical Developments», dans Lewis A. COSER et Bernard ROSENBERG (dir.), *Sociological Theory. A Book of Readings*, 4e éd., New York et Londres, Macmillan, 1976, p. 150; Terry N. CLARK (dir.), *Community Structure and Decision-Making. Comparative Analyses*, Scranton, Pa., Chandler, 1968, ch. 3; S. LUKES, *op. cit.*, note 5 et du même auteur «Power and authority», dans Tom BOTTOMORE et Robert NISBET (dir.), *A History of Sociological Analysis*, New York, Basic Books, 1978, ch. 16.

question d'accent mis sur une dimension plutôt qu'une autre que peut comporter le pouvoir. Il nous semble possible de ramener les différentes conceptions du pouvoir à trois grands groupes, selon l'aspect sur lequel elles mettent le plus l'accent.

Les définitions volontaristes

Un premier groupe est celui que l'on peut appeler des définitions *volontaristes*, c'est-à-dire celles qui se placent dans la perspective de celui qui a le plus de chance d'arriver à ses fins, d'imposer sa volonté ou ses intentions. La plus classique de ces définitions est sans doute celle de Max Weber, qui a été très souvent citée, ou à tout le moins évoquée, par bien des auteurs, de tendances d'ailleurs souvent différentes. Nous verrons d'ailleurs plus loin l'influence considérable qu'a exercée Max Weber sur tout ce débat autour de la notion de pouvoir.

*Le pouvoir signifie chaque chance d'imposer sa volonté propre, à l'intérieur d'une relation sociale, même à l'encontre de résistance, indépendamment de là où repose cette chance.*⁸

Cette traduction, la plus littérale possible, souligne le haut niveau d'abstraction et de généralité où se situe Weber pour définir le pouvoir. Mais en même temps, ce haut niveau d'abstraction a eu pour conséquence d'envelopper la notion weberienne du pouvoir d'un halo d'ambiguïté, susceptible de donner cours à des traductions, des interprétations et des utilisations divergentes. Ainsi, I. Walliman *et al.* ont pu relever des différences notables entre les traductions que des auteurs en ont données, en anglais ou en français, entraînant selon Walliman une lecture faussée (*misreading*) de la pensée de Weber⁹. Ainsi, la plupart des traducteurs ont traduit le terme allemand «chance» par ceux moins abstraits de «probabilité»¹⁰, de «possibilité»¹¹ ou

⁸ Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1922, p. 28. Le texte allemand original se lit comme suit : «*Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer soziale Beziehung den eignen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, Gleichviel worauf diese Chance beruht*». La traduction française que nous donnons dans le texte est de nous.

⁹ Isidor WALLIMAN, Howard ROSENBAUM, Nicholas TATSIS et George ZITO, «Misreading Weber: The Concept of *Macht*», (1980) 14 *Sociology* 261-275.

¹⁰ C'est notamment le cas de la traduction bien des fois citée de Talcott Parsons et A.M. Henderson : Max WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Free Press, 1965, p. 152.

¹¹ Par exemple, Reinhard BENDIX, *Max Weber. An Intellectual Portrait*, New York, Doubleday, 1960, p. 294.

d'«habileté»¹². Presque tous ont aussi introduit dans leur traduction la présence d'«acteurs» ou de «personnes», donnant ainsi un ton plus concret à cette définition.

Quoi qu'il en soit de ces divergences, soulignons plutôt le fait que cette définition se place dans la perspective de celui qui peut exercer du pouvoir, en mettant l'accent sur la possibilité dont il jouit «d'imposer sa propre volonté». C'est dans la même inspiration que Bertrand Russell définit le pouvoir comme «*the production of intended effects*»¹³; aussi Dennis H. Wrong : «*Power is the capacity of some persons to produce intended and foreseen effects on others.*»¹⁴ Citons encore ici deux autres définitions qui adoptent la même perspective : celle d'abord de Robert A. Dahl, très souvent évoquée et qui fut l'objet à la fois de corrections et de contestations : «*A has power over B to the extent that he can get B to do something that B would not otherwise do.*»¹⁵ Et celle de R. H. Tawney : «*Power may be defined as the capacity of an individual, or group of individuals, to modify the conduct of other individuals or groups in the manner in which he desires, or to prevent his conduct being modified in the manner in which he does not.*»¹⁶ D'une manière générale, toutes ces définitions se situent dans la tradition de James Mill qui avait, il y a déjà longtemps, défini le pouvoir comme étant «*security for the conformity between the will of one man and the acts of other men*»¹⁷.

Les définitions appartenant à ce premier groupe sont extrêmement nombreuses; c'est d'ailleurs dans ce groupe que se rangent la majorité des définitions que l'on peut trouver du pouvoir. Elles se ressemblent à bien des égards, avec quelques variantes de l'une à l'autre. On pourrait ici aligner les définitions proposées par Peter Blau¹⁸ qu'il intègre à la théorie de l'échange.

¹² Par exemple, Peter M. BLAU, «Critical Remarks on Weber's Theory of Authority», (1963) 57 *American Political Science Review* 306-316.

¹³ Bertrand RUSSELL, *Power. A New Social Analysis*, Londres, Allen and Unwin, 1938, p. 25.

¹⁴ Dennis H. WRONG, *Power. Its Forms, Bases and Uses*, Oxford, Basil Blackwell, 1979, p. 2.

¹⁵ Robert A. DAHL, «The Concept of Power», (1957) 2 *Behavioral Science* 202-203.

¹⁶ Richard Henry TAWNEY, *Equality*, Londres, Allen and Unwin, 1931, p. 229.

¹⁷ James MILL, «An Essay on Government», section IV, (1825), dans Ernest BARKER (dir.), *Essays on Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1937, p. 17.

¹⁸ Peter M. BLAU, *Exchange and Power in Social Life*, New York, John Wiley, 1964, p. 117.

Goldhammer et Shils¹⁹, C.J. Friedrich²⁰, Lasswell et Kaplan²¹, W.H. Riker²², N.W. Polsby²³, Mokken et Stokman²⁴, F. Chazel²⁵, M. Foucault²⁶, P. Birnbaum²⁷.

Toutes adoptent ce que nous avons appelé la perspective volontariste du ou des détenteurs de pouvoir. Toutes privilégient la position de celui qui est en mesure de bénéficier du pouvoir. Du même coup, elles impliquent, comme le souligne Coser, l'asymétrie de la relation entre celui ou ceux qui détiennent du pouvoir et les autres. «*Power always involves asymmetrical relations [...] Power, it needs to be stressed, always involves inequality.*»²⁸ L'asymétrie, l'inégalité des relations sociales impliquant un pouvoir, potentiel ou effectif, ne sont cependant pas explicitées dans ces définitions. Ni non plus les bases sur lesquelles reposent l'asymétrie et l'inégalité. Ce qui est plutôt mis en évidence, c'est la coercition que peuvent exercer sur d'autres des détenteurs de pouvoir pour réaliser leur volonté, leurs intentions, leurs désirs. Les moyens utilisés pour exercer cette coercition ne sont pas, par ailleurs, explicités eux non plus. Il en résulte que presque toutes ces définitions revêtent un caractère plutôt neutre, ne mettant en lumière ni les fondements, ni les moyens, ni les conséquences de l'exercice du pouvoir.

Par ailleurs, il est important de souligner que tous ces auteurs ont une conception causale du pouvoir. Le pouvoir est cause d'actions ou d'abstentions chez ceux qui lui sont soumis; le pouvoir est cause de la réalisation de la volonté du ou des détenteurs de pouvoir. Cette dimension est importante, car on la retrouve modifiée dans les conceptions du deuxième

-
- ¹⁹ Herbert GOLDHAMMER et Edward SHILS, «Types of Power and Status», (1939) 54 *American Journal of Sociology* 173.
- ²⁰ Carl Joachim FRIEDRICH, *Man and his Government*, New York, McGraw-Hill, 1963, p. 161.
- ²¹ Harold Dwight LASSWELL et Daniel KAPLAN, *Power and Society. A Framework for Political Inquiry*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1950, pp. 60, 71 et 75.
- ²² W.H. RIKER, «Some Ambiguities in the Notion of Power», (1964) 58 *American Political Science Review* 341-349.
- ²³ Nelson W. POLSBY, *Community Power and Political Theory*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1963, pp. 3 et 4.
- ²⁴ Robert J. MOKKEN et Frans N. STOKMAN, «Power and Influence as Political Phenomena», dans B. BARRY (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 37.
- ²⁵ François CHAZEL, «Power, Cause and Force», dans B. BARRY (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 65.
- ²⁶ Michel FOUCAULT, «The Subject and Power», (1982) 8 *Critical Inquiry* 786-790.
- ²⁷ Pierre BIRNBAUM, *Les dimensions du pouvoir*, Paris, P.U.F., 1984.
- ²⁸ L. A. COSER, *op. cit.*, note 7, p. 152.

groupe; elle sera même explicitement rejetée par l'un des représentants de ce groupe.

Les définitions systémiques

Le deuxième groupe peut être désigné sous le vocable de définitions *systémiques*. L'exemple classique en est celle de Talcott Parsons :

*Power is generalized capacity to secure the performance of binding obligations by units in a system of collective organization when the obligations are legitimized with reference to their bearing on collective goals and where in case of recalcitrance there is a presumption of enforcement by negative situational sanctions – whatever the actual agency of that enforcement.*²⁹

Cette définition adopte sans doute, elle aussi, le point de vue du détenteur de pouvoir; mais c'est surtout et plus encore la perspective du système social qui prédomine. C'est en définitive par ce qu'il apporte à la réalisation de buts collectifs que le pouvoir fonde sa légitimité et, par conséquent, la possibilité qu'il implique d'exercer une coercition. Parsons introduit en effet un nouvel élément qu'on ne trouve pas dans les autres définitions du pouvoir : celle d'«obligations». Celles-ci sont engendrées par la poursuite de buts collectifs inhérente à toute organisation sociale. Et ce sont ces obligations qui à leur tour permettent au pouvoir de s'exercer et de légitimer la capacité de contraindre, en recourant s'il le faut à des sanctions négatives ou punitives. Il est d'ailleurs significatif que ce soit précisément dans cette conception du pouvoir que nous appelons systémique que l'on trouve la mention de sanctions : c'est en effet la société ou le système social qui justifie généralement le recours à un certain nombre de sanctions.

Dans une perspective qui s'apparente à celle de Parsons, tout en s'en distinguant assez nettement, Niklas Luhmann définit lui aussi le pouvoir du point de vue du système social. S'inspirant de la théorie des systèmes, Luhmann propose de fonder la notion de pouvoir sur ce qu'il appelle

the selectivity of communication. Power then has to be seen as selection based on selection, or as the strengthened selectivity of the system [...] Power exists whenever a decision-maker chooses one

²⁹ Talcott PARSONS, «On the Concept of Political Power», dans Talcott PARSONS (dir.), *Politics and Social Structure*, New York, The Free Press et Londres, Collier-Macmillan, 1969, p. 361.

*specific possibility from among many and when selection is in turn accepted by others as a premise for their own decision making.*³⁰

En conceptualisant le pouvoir de la sorte, Luhmann cherche à échapper aux définitions courantes du pouvoir comme cause d'une action, qui, dit-il, sont peut-être utiles pour l'analyse de petits groupes ou de petites communautés, mais ne peuvent s'appliquer à l'analyse de grands ensembles, de sociétés complexes. Celles-ci se caractérisent par la multiplication des options possibles et des choix; les réseaux de transmission des décisions deviennent toujours plus complexes et différenciés. L'on voit en conséquence augmenter la somme de pouvoir dans ces sociétés, en comparaison de sociétés moins différenciées. Le pouvoir se présente dans les systèmes sociaux complexes comme «médium de communication permettant la transmission des décisions»³¹. Et en tant que médium de communication des choix et des décisions, le pouvoir n'appartient pas qu'aux institutions politiques, mais il est largement répandu, tout au moins dans les sociétés modernes et hautement différenciées.

Il s'agit là d'une conception certes originale du pouvoir, qui en souligne un aspect rarement évoqué. À cet égard, la contribution de Luhmann, tout comme celle de Parsons, ne doit pas être écartée, comme on a eu parfois tendance à vouloir le faire. La conception systémique du pouvoir a d'ailleurs connu en science politique un bon nombre d'adeptes qui, même si c'était dans des voies parfois assez divergentes de celles de Parsons et Luhmann, ont défini la notion de pouvoir dans la perspective du système social, c'est-à-dire comme médium par lequel le système social accomplit ses tâches et réalise ses objectifs. Ce fut le cas notamment de David Easton³², Karl Deutsch³³, William Gamson³⁴, Amos Hawley³⁵, Robert Lynd³⁶.

³⁰ Niklas LUHMANN, *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982, p. 151.

³¹ *Id.*, p. 147.

³² David EASTON, *A Systems Analysis of Political Life*, New York, John Wiley, 1965.

³³ Karl W. DEUTSCH, *The Nerves of Government. Models of Political Communication and Control*, New York, The Free Press, 1966.

³⁴ William A. GAMSON, *Power and Discontent*, Homewood, Ill., Dorsey, 1968.

³⁵ Amos HAWLEY, «Community Power and Urban Renewal Success», (1963) 68 *American Journal of Sociology* 422-431.

³⁶ Robert S. LYND, «Power in American Society as Resource and Problem», dans Arthur KORNHAUSER (dir.), *Problems of Power in American Democracy*, Detroit, Wayne State University, 1957, pp. 1-45.

D'une manière générale, les tenants de la conception systémique ont modifié ou déplacé la dimension causale du pouvoir. Celui-ci apparaît moins comme cause d'actions d'autres acteurs que comme cause de fonctionnement effectif du système social. C'est là une perspective nettement «fonctionnaliste», qui prend le pas sur la perspective plutôt «interactionnaliste» qui prédomine chez les auteurs du premier groupe. Mais du même coup, l'action du pouvoir dans le système social tend à prendre un caractère intégrateur et harmonisateur, occultant ainsi la dimension conflictuelle et inégalitaire inhérente à la notion de pouvoir³⁷.

Les définitions critiques

C'est cette dernière dimension qu'ont voulu particulièrement mettre en lumière ceux qui ont défini le pouvoir *en termes de domination ou de sujétion*, adoptant surtout la perspective de ceux qui subissent le pouvoir plutôt que de ceux qui l'exercent. Aussi, ont-ils été critiques tout autant des conceptions volontaristes que des conceptions systémiques du pouvoir.

Selon cette conception, que l'on peut aussi appeler *radicale* ou *critique* dans la mesure où elle a été inspirée par le marxisme ou le néo-marxisme, le pouvoir est essentiellement une relation de domination et de sujétion qui ne se comprend que lorsqu'on la reporte aux jeux d'intérêts en cause dans un contexte global de déséquilibre des rapports de force dans la société. Ainsi, Bachrach et Baratz³⁸ ont insisté sur le fait que le pouvoir fait partie de ce que E. E. Schattschneider³⁹ avait appelé *mobilization of bias*, c'est-à-dire «l'ensemble des valeurs, idées, rituels et procédures qui opèrent systématiquement et d'une manière constante au bénéfice de certaines personnes ou de certains groupes aux dépens d'autres»⁴⁰. Dans cette perspective, Bachrach et Baratz ont particulièrement insisté sur le fait que ceux en faveur de qui ce système opère sont en mesure non seulement de prendre des décisions qui leur sont favorables, mais encore de limiter le champ des décisions à l'intérieur de frontières où ils peuvent être assurés d'une certaine garantie de la sauvegarde de leurs intérêts. C'est ce que Bachrach et Baratz appellent le champ des «non-décisions», qui a été, selon

³⁷ Voir, par exemple, une des critiques les mieux structurées à ce sujet : Anthony GIDDENS, «"Power" in the Recent Writings of Talcott Parsons», (1968) 2 *Sociology* 257-262.

³⁸ Peter BACHRACH et Morton S. BARATZ, *Power and Poverty. Theory and Practice*, New York et Londres, Oxford University Press, 1970.

³⁹ Elmer Eric SCHATTSCHNEIDER, *The Semi-Sovereign People. A Realist's View of Democracy in America*, New York, Rinehart and Winston, 1960.

⁴⁰ P. BACHRACH et M.S. BARATZ, *op. cit.*, note 38, p. 43.

eux, trop négligé dans les recherches empiriques sur le pouvoir, alors que c'en est un aspect occulté, mais important par son efficacité⁴¹.

Steven Lukes a poursuivi dans cette voie d'analyse critique. S'appuyant sur les travaux de Bachrach et Baratz, il alla plus loin et ouvrit toute une discussion en définissant le pouvoir comme étant la possibilité d'exercer sur d'autres une action qui soit au détriment de leurs intérêts. «*A exercises power over B when A affects B in a manner contrary to B's interests*»⁴². On reconnaît ici l'influence évidente de la notion marxiste du pouvoir, celle notamment de N. Poulantzas qui avait déjà défini le pouvoir comme «la capacité d'une classe sociale de réaliser ses intérêts objectifs spécifiques»⁴³. Dans cet ouvrage, Poulantzas dit lui-même avoir voulu combler une grave lacune de la pensée marxiste sur «le problème, capital pour la théorie politique, du pouvoir. Ce problème est d'autant plus important que Marx, Engels, Lénine et Gramsci n'ont pas produit théoriquement un concept du pouvoir. Par ailleurs, dans la théorie politique, ce concept de pouvoir est actuellement un des plus controversés»⁴⁴. L'interprétation que donnait Poulantzas du pouvoir dans la société capitaliste allait elle-même faire l'objet d'une célèbre controverse qui l'opposa au marxiste britannique Ralph Miliband⁴⁵ qui lui reprocha notamment de sous-évaluer la complexité du rôle des élites d'État au profit de ce qu'il appela un «hyper-déterminisme».

Lukes, de son côté, ouvrit aussi un long débat, mais sur un autre thème. Aux yeux de plusieurs politicologues, Lukes n'avait pas simplifié les choses en introduisant dans la notion déjà ambiguë de pouvoir celle d'intérêts, qui ne l'est pas moins. Le débat dévia ainsi sur la notion d'intérêts, qui fit l'objet d'une série de commentaires, positifs ou négatifs⁴⁶.

41 Peter BACHRACH et Morton S. BARATZ, «Decisions and Nondecisions : An Analytical Framework», (1963) 57 *The American Political Science Review* 632-642.

42 S. LUKES, *op. cit.*, note 5, pp. 27, 34.

43 Nicos POULANTZAS, *Pouvoir politique et classes sociales*, Paris, Maspéro, 1968, p. 110 (dans l'édition de 1982).

44 *Id.*, p. 104.

45 Sur ce débat : Ralph MILIBAND, *The State in Capitalist Society*, Londres, Weidenfeld et Nicolson, 1969; Nicos POULANTZAS, «The Problem of the Capitalist State», (1969) 58 *New Left Review* 67-78; Ralph MILIBAND, «The Capitalist State : Reply to Nikos Poulantzas», (1970) 59 *New Left Review* 53-60; Ralph MILIBAND, «"Review" of Poulantzas», (1973) 82 *New Left Review* 83-92.

46 Par exemple : Alan BRADSHAW, «A Critique of Steven Lukes "Power : A Radical View"», (1976) 10 *Sociology* 121-127, suivi de Steven LUKES, «Reply to Bradshaw», (1976) 10 *Sociology* 129; Ted BENTON, «"Objective" Interests and the Sociology of Power», (1981) 15 *Sociology* 161-184; Jeffrey ISAAC, «On Benton's "Objective Interests and the Sociology of Power" : A

L'introduction par Lukes de la notion d'intérêts (les intérêts frustrés des dominés, non ceux des dominants comme chez Poulantzas) l'amène par ailleurs à insister sur la relativité de la notion de pouvoir. Tout comme D. M. White⁴⁷, il ne croit pas à la possibilité d'en arriver jamais à une conception universelle du pouvoir qui fasse l'unanimité, car c'est un des concepts «essentiellement contestés» des sciences humaines. Selon Lukes, on peut faire la critique d'autres conceptions du pouvoir; mais on ne peut pas les rejeter, car chacune comporte une vision de la société qu'on peut ne pas partager mais dont on doit reconnaître l'existence et accueillir ce qu'elle nous dit sur la société.

Au terme du périple que nous venons de faire à travers la variété des définitions du pouvoir, c'est là une conclusion qui, pour n'être pas rassurante, est peut-être à tout le moins réaliste. En effet, la notion de pouvoir, malgré les efforts faits pour la définir, demeure ambiguë : un grand nombre d'auteurs s'accordent pour le souligner. L'on peut déceler trois raisons de cette ambiguïté. Tout d'abord, la notion de pouvoir comporte une pluralité de dimensions : l'on peut choisir d'en privilégier une ou quelques-unes aux dépens d'autres. En second lieu, c'est une des notions les plus soumises à l'influence de la vision de la société du politicologue ou du sociologue. Enfin, c'est une notion qui s'appréhende à travers l'expérience d'une société ou de sociétés historiques particulières.

II- DROIT, POUVOIR ET DOMINATION, SELON MAX WEBER

Pouvoir et domination

De toutes les définitions du pouvoir évoquées dans la Première partie, c'est sans doute celle de Max Weber qui a été le plus souvent citée. Cependant, à peu près aucun de ceux qui l'ont fait n'a tenu compte de ce que Weber ajoute, après sa définition : il dit que ce concept de pouvoir est «sociologiquement amorphe», entendant par là qu'il est trop général, trop abstrait pour servir à lui seul de clé à l'analyse des sociétés historiques ou contemporaines. Weber propose de recourir à une autre notion, qui relève de la notion de pouvoir mais en la spécifiant et en la concrétisant : celle de *Herrschaft*. La distinction et la complémentarité entre *Macht* et *Herrschaft* n'ont guère été reprises par tous ceux qui se sont inspirés de Weber. Elles sont pourtant très importantes pour comprendre la démarche sociologique de

Critique», (1982) 16 *Sociology* 440-444; David KNIGHTS et Hugh WILLMOTT, «Power, Values and Relations: A Comment on Benton», (1982) 16 *Sociology* 578-585; Barry HINDESS, «Power, Interests and the Outcomes of Struggles», (1982) 16 *Sociology* 498-511.

⁴⁷ David Manning WHITE, «The Problems of Power», (1972) 2 *British Journal of Political Science* 479-490.

Weber, dans le contexte de ses préoccupations politiques. Elles sont également importantes pour cerner la place qu'occupe la sociologie du droit dans l'ensemble de l'oeuvre de Weber.

Si *Macht* est, pour Weber, un concept général, applicable à toute situation, celui de *Herrschaft* est plus précis et renvoie à des situations plus déterminées. *Herrschaft* réfère, dit-il, «à la probabilité qu'un commandement sera obéi» parce qu'il s'agit d'un pouvoir socialement légitime, c'est-à-dire que les bases sur lesquelles se fonde le pouvoir ont été établies, précisées et qu'elles sont acceptées par ceux qui doivent obéir. Dans la *Herrschaft*, les règles régissant l'exercice du pouvoir sont connues et respectées, tant par ceux qui jouissent du pouvoir que par ceux sur qui il s'exerce, les sujets du pouvoir et les objets du pouvoir. On peut donc dire que la notion de «*Herrschaft*» chez Weber s'applique aux rapports sociaux dissymétriques où la possibilité de commandement est assez formalisée pour manifester une certaine stabilité. Ceux qui ont du pouvoir peuvent s'attendre à être obéis; ceux qui sont soumis au pouvoir s'attendent à recevoir des ordres, des commandements et reconnaissent qu'ils doivent y obéir. On peut donc dire que c'est le pouvoir vu sous la forme de la structure institutionnalisée, ou à tout le moins formalisée, qu'il doit revêtir pour avoir quelque réalité, quelque efficacité.

Si l'on comprend bien Weber, le concept de *Macht* est un concept général, universel; le concept de *Herrschaft* est un concept proprement sociologique, celui qui spécifie le concept de pouvoir dans le contexte des rapports sociaux. Ainsi s'expliquerait d'ailleurs que Weber ait fait un bien grand usage du concept de *Herrschaft* que du concept de *Macht*. Car pour lui, la notion de pouvoir réfère à un état *potentiel* et indéterminé, et en ce sens «amorphe»; *Herrschaft* désigne un ensemble de rapports sociaux où le pouvoir s'exerce effectivement selon des règles reconnues. On peut dire, dans le langage sociologique, que la *Herrschaft*, c'est le pouvoir concrétisé sous une forme institutionnalisée, ou à tout le moins quasi institutionnalisée.

Compte tenu de l'importance que ce concept prend dans la sociologie de Weber, il est regrettable que ce terme ait été si difficile à traduire en français et en anglais. C'est peut-être aussi ce qui explique qu'on en ait fait si peu usage. Nous utiliserons ici le terme le plus répandu en français et en anglais pour le traduire : celui de «domination». Ce terme rend assez bien l'idée de *Herrschaft*, composé en allemand à partir de *Herr*, c'est-à-dire seigneur, maître. Comme le souligne Raymond Aron, le terme «domination» est le plus près de *Herrschaft* «en raison de l'identité des racines (*Herr*), maître, *Dominus*»⁴⁸. Le *dominus* est celui qui peut s'attendre à être obéi

⁴⁸ Raymond ARON, «*Macht, Power, Puissance : prose démocratique ou poésie démoniaque?*», (1964) 5 *Archives européennes de sociologie* 32. Raymond Aron s'insurge, non sans raison, contre Talcott Parsons (sans cependant mentionner le nom du co-traducteur A.M. Henderson), pour avoir traduit

lorsqu'il commande; inversement, c'est celui à qui les autres reconnaissent ce droit, cette aptitude, cette capacité. La domination est donc ce rapport social où le pouvoir est établi, reconnu et exercé sur des bases et selon des règles, implicites ou explicites, qui sont acceptées de part et d'autre, quelles que soient ces bases et ces règles.

Le droit, comme légitimité de la domination

La distinction que fait Weber entre pouvoir et domination est importante pour comprendre sa sociologie du droit. En effet, c'est précisément entre ces deux concepts que vient se glisser le droit. Car, pour que le pouvoir s'exerce sous la forme de la domination, c'est-à-dire d'une manière reconnue et acceptée, il a besoin d'une base, c'est-à-dire d'une *légitimation*. C'est sur cette légitimation que va reposer son efficacité; c'est de cette légitimation que vont s'inspirer ses règles d'exercice. Comme le rappelle Raymond Aron :

Le dominant n'est pas n'importe quel puissant. Il faut que la relation de puissance soit stabilisée pour que le sujet de cette relation ordonne à ceux qui en sont les objets. Il faut que ce sujet se tienne lui-même pour assuré de son droit et de sa capacité d'exiger et d'obtenir l'obéissance.⁴⁹

La force physique peut servir de base, de fondement à une domination. C'est en ce sens que l'on peut parler de «règne de la peur» ou de «règne de la terreur». Mais la force physique pure ne peut servir de fondement à ce que Weber appelle *legitimate Herrschaft*, une domination légitime. La force physique instaure une domination illégitime, ou du moins non légitime. La domination légitime peut reposer sur trois principaux fondements : la tradition qui établit la domination selon des règles ancestrales héritées d'un

Herrschaft par *imperative control*, dans Max WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, Glencoe, Ill., The Free Press, 1947, p. 152 et suiv. Ces deux auteurs ont d'ailleurs dit leur embarras à traduire *Herrschaft* (p. 131, n. 59; p. 152, n. 8; p. 324, n. 2), reconnaissant que l'expression *imperative control* est une *awkward translation* qu'ils ont empruntée à N.S. TIMASHEFF dans son *Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1939. Leur embarras transparait aussi dans le fait qu'ils emploient ailleurs l'expression *imperative co-ordination* (p. 324 et suiv.), qui n'est pas plus satisfaisante. Pour sa part, Aron note qu'«un des meilleurs traducteurs de Max Weber, J. Freund» a aussi traduit *Herrschaft* par «domination». Ajoutons que Reinhard Bendix a fait de même en anglais : *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Garden City, N.Y., Doubleday, 1960, p. 294 et suiv. Également, Edward SHILS et Max RHEINSTEIN, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.

⁴⁹ R. ARON, *op. cit.*, note 48, pp. 32 et 33.

long passé; le «charisme» d'une personne, dont les qualités lui valent une autorité reconnue et acceptée spontanément; enfin le droit, qui définit un code ou des règles d'accession au pouvoir et d'exercice du pouvoir. Dans un grand nombre de sociétés historiques, et aujourd'hui encore dans certaines sociétés, la tradition a servi, et sert encore, de légitimation à la domination. C'est le cas des sociétés où la domination se transmet d'une manière héréditaire; ou encore, où elle est reconnue aux Anciens, c'est-à-dire à ceux qui connaissent le mieux la tradition. Mais dans les civilisations où s'est produite une progressive montée de la rationalité, notamment par un effort de rationalisation de l'organisation sociale, l'on peut observer une extension du droit dans la vie et l'organisation sociales. Et l'on voit aussi le droit occuper une place croissante comme fondement de la légitimité de la domination. Le droit vient définir et préciser les règles de la tradition; il peut finalement se substituer complètement à la tradition comme seul fondement de la légitimité de la domination.

Droit et rationalité sont étroitement associés, dans l'esprit de Weber. Le droit est une des formes les plus pures d'expression de la rationalité dans l'ordonnement des rapports sociaux. Il est donc le mode le plus rationnel d'institutionnalisation du pouvoir sous la forme de la domination; c'est en lui que la domination trouve sa légitimation la plus rationnelle.

Max Weber ne croyait pas en la rationalité de l'histoire. À cet égard, il n'était pas du tout hégélien. Il n'acceptait pas l'idée — qu'il trouvait doctrinaire — que l'on puisse voir dans l'histoire le déploiement d'une rationalité suprahistorique ou transcendante. Mais il s'intéressait à l'histoire de la rationalité, ce qui est tout autre chose. L'histoire de la rationalité était pour lui une clé essentielle pour l'interprétation de l'évolution de l'Occident en particulier, tout comme aussi pour l'analyse des sociétés occidentales contemporaines.

Le droit, principe d'organisation rationnelle, a nécessairement occupé une place privilégiée dans la montée de la rationalité en Occident. Et notamment dans l'évolution de la domination : il en est devenu le principal principe de légitimation. Le droit fonde la domination que Weber appelle «rationnelle-légale», la forme la plus répandue d'institutionnalisation du pouvoir dans les sociétés occidentales modernes. La régression des monarchies européennes au profit de la démocratie républicaine concrétise la substitution de la domination rationnelle-légale à la domination traditionnelle. Mais à l'intérieur de la domination rationnelle-légale, la domination charismatique demeure : Weber lui accordait même paradoxalement une fonction privilégiée dans le choix du chef de la nation. Paradoxe tout apparent d'ailleurs, quand on songe au rôle que le charisme du chef de parti continue à jouer dans le régime électoral des démocraties libérales tout autant que des démocraties populaires.

Laissons pour l'instant de côté le rôle qu'attribuait Weber au charisme dans les structures de domination des sociétés modernes, et tournons-nous plutôt vers le droit. Celui-ci a progressivement accédé dans les sociétés occidentales au rôle de principal fondement de la légitimité du pouvoir institutionnalisé, c'est-à-dire de la domination légitime. Il remplit une fonction centrale dans l'organisation politique des nations modernes. La sociologie du droit fait donc essentiellement partie de la sociologie des sociétés contemporaines, notamment de la sociologie politique de ces sociétés. Et quand Weber réfléchit sur les sociétés contemporaines, c'est tout particulièrement l'Allemagne de son époque qu'il a à l'esprit. On sait combien Weber fut un observateur attentif de l'Allemagne contemporaine, parce que c'était la société la plus près de lui et aussi parce qu'il était profondément nationaliste. Les problèmes de l'Allemagne, son retard, ses faiblesses l'ont préoccupé toute sa vie. Il fut d'ailleurs à certains moments non seulement un observateur, mais un observateur engagé. On ne peut donc bien comprendre la sociologie du droit de Weber sans la situer dans sa sociologie de la domination. Et l'on ne peut bien comprendre l'une et l'autre de ses sociologies sans les référer aux préoccupations politiques qui furent celles de Weber tout au long de sa carrière. Les positions philosophiques et politiques de Weber ont été soumises, on le sait, à des interprétations parfois divergentes. Plusieurs chercheurs ont tenté de mettre en lumière les liens entre l'oeuvre sociologique, scientifique de Weber et ses préoccupations et positions philosophiques et politiques. Il a fallu se dégager de l'image par trop lénifiante que madame Weber avait voulu laisser de son mari⁵⁰. L'on doit beaucoup, à cet égard, à l'ouvrage courageux — et fort discuté — de Wolfgang Mommsen⁵¹ qui chercha à retracer d'une manière plus réaliste et plus vraie que madame Weber les positions politiques réelles de Weber et les rapports qu'elles avaient avec sa sociologie. De même, les exposés et discussions qui entourèrent le centenaire de la naissance de Weber⁵² et les

50 Marianne WEBER, *Max Weber*, Heidelberg, Lambert Schneider, 1950.

51 Wolfgang J. MOMMSEN, *Max Weber und die deutsche Politik, 1890-1920*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1959. Traduction française : *Max Weber et la politique allemande de 1890-1920*, Paris, P.U.F., 1986. Du même auteur : *The Age of Bureaucracy. Perspectives on the Political Sociology of Max Weber*, Oxford, Blackwell, 1974.

52 Otto STAMMER (dir.), *Max Weber and Sociology Today*, Oxford, Oxford University Press, 1971. C'est le compte rendu des séances de l'Association allemande de sociologie de 1964, pour célébrer le centenaire de la naissance de Weber.

travaux entre autres de Karl Löwith⁵³, Eugène Fleischmann⁵⁴, Arthur Mitzman⁵⁵, et Anthony Giddens⁵⁶.

Le droit et les structures de domination

À la lumière de ces travaux, on peut retracer les motifs qu'eut Weber de s'intéresser à la sociologie du droit. Le droit avait, selon lui, des implications directes dans l'évolution de trois «structures de domination» auxquelles Weber accordait une importance de tout premier ordre pour l'avenir économique et politique de l'Allemagne. C'était d'abord la domination économique et politique de la bourgeoisie qu'il fallait, selon lui, favoriser. La bourgeoisie, seule, pouvait relancer l'économie allemande, gravement en retard par rapport à celle de ses concurrents européens. Il fallait pour cela que la bourgeoisie établisse son autorité contre trois autres classes qui ne pouvaient contribuer, selon Weber, à la prospérité économique de l'Allemagne : la classe des Junker, identifiée à la société féodale et rurale, jusque-là trop dominante; la classe ouvrière, dont l'idéologie socialiste voulait faire la classe privilégiée, mais qui ne pouvait que peser sur l'économie allemande; la classe des bureaucrates de l'État, insensible aux impératifs économiques de la nation. Le leadership de la classe bourgeoise était la seule garantie d'une industrialisation rapide de l'Allemagne. Et celle-ci était la condition essentielle pour que l'Allemagne prenne sa place dans la lutte pour la domination qui règne entre les nations de l'Europe.

Dans cette perspective, la rationalité du droit apparaissait à Weber comme le gage de la rationalité économique représentée par la bourgeoisie. Le passage de la domination traditionnelle à la domination juridico-rationnelle facilitait l'accession de la bourgeoisie à une position dominante.

En second lieu, Weber était préoccupé par la faiblesse politique tout autant qu'économique de l'Allemagne, particulièrement face à l'Angleterre, la France et la Russie. Si la bourgeoisie pouvait assurer la prospérité économique de l'Allemagne, il fallait par ailleurs un État-Nation bien établi, fort, unifié, pour garantir l'intégrité territoriale, politique et culturelle de l'Allemagne en Europe. Les États-Unis, à la différence de l'Allemagne, ont

⁵³ Karl LÖWITH, *Max Weber und Karl Marx*, Verlag W. Kohlhammer GmbH, 1960. Publié en anglais par Tom BOTTOMORE et William OUTHWAITE (dir.), *Max Weber and Karl Marx*, Londres, Allen and Unwin, 1982.

⁵⁴ Eugène FLEISCHMANN, «De Weber à Nietzsche», (1964) 5 *Archives européennes de sociologie* 190-238.

⁵⁵ Arthur MITZMAN, *The Iron Cage. An Historical Interpretation of Max Weber*, New York, Knopf, 1970.

⁵⁶ Anthony GIDDENS, *Politics and Sociology in the Thought of Max Weber*, Londres, Macmillan, 1972.

moins besoin d'un tel État fort, car ils se trouvent dans une situation géographique qui ne les place pas dans des rapports constants de concurrence et de lutte. En Europe, l'Allemagne doit sans cesse lutter pour survivre et assurer sa place. C'est une condition essentielle à son épanouissement culturel tout autant qu'à son indépendance politique. Là encore, c'est sur le droit que comptait Weber pour asseoir la «domination» de l'État-Nation allemand, tant sur son propre territoire que dans ses rapports avec les États concurrents.

Enfin, Weber voyait l'État allemand dangereusement dominé par la bureaucratie depuis le vide politique laissé par Bismarck. S'il faisait confiance à la bureaucratie pour assurer l'administration publique, il ne voulait pas lui confier les décisions politiques. Le pouvoir des bureaucrates devait donc être limité et contrebalancé par celui des hommes politiques. Ici encore, le droit pouvait jouer un rôle essentiel : c'est par le droit que l'on peut espérer endiguer le pouvoir de la bureaucratie, puisque c'est principalement le droit qui lui confère son pouvoir.

Tel est le cadre historique, telles sont les préoccupations politiques dans lesquels s'inscrit la réflexion de Max Weber sur les rapports entre le droit, le pouvoir et la domination. Par ailleurs, il faut ici rappeler que Weber vécut dans une atmosphère intellectuelle fortement influencée par la philosophie de Nietzsche tout autant que par l'oeuvre de Marx. L'on peut peut-être reprocher à Eugène Fleischmann⁵⁷ d'avoir exagéré l'influence de Nietzsche sur Weber; il n'en demeure pas moins que celle-ci est évidente à bien des égards. Particulièrement en ce qui a trait à la scène politique, nationale ou internationale, elle se ramenait essentiellement, pour Weber, à des luttes de pouvoir et à des rapports de pouvoir. Le plus puissant, celui qui réussissait à asseoir sa domination, avait en définitive raison. Et il en allait de même pour lui sur la scène politique, où les plus forts réussissent à imposer leurs intérêts et à faire leurs profits. La sociologie et l'économie de Weber se voulaient donc «réalistes».

Dans ce concours de force, le droit se présente comme un des instruments de pouvoir ou de domination. On peut donc croire, avec E. Fleischmann, que la sociologie du droit était, pour Weber, une des voies qui devait le mener à la sociologie de la domination à laquelle il projetait d'aboutir mais qu'il n'eut malheureusement pas le temps d'élaborer. On ne peut donc surestimer le rapport qui, dans l'esprit de Weber, unissait le droit au pouvoir et à la domination. Ses préoccupations politiques et nationales ont d'ailleurs servi d'une manière toute particulière à guider et enrichir sa vision sociologique du droit.

⁵⁷ E. FLEISCHMANN, *op. cit.*, note 54.

III- QUELQUES RÉFLEXIONS SUR UNE SOCIOLOGIE DU DROIT ET DES POUVOIRS

Les jalons posés dans les deux parties précédentes devraient maintenant nous permettre de tirer, bien modestement, quelques lignes directrices pour la sociologie du droit. Une constatation s'impose au départ. La sociologie du droit n'a pas manqué de tenir compte des rapports entre droit et pouvoir. On pourrait en relever un grand nombre d'exemples dans les écrits et travaux des sociologues, politicologues et juristes. Mais, d'une part, ces rapports sont encore loin d'être bien explorés sur le plan empirique; d'autre part, le cadre théorique permettant d'appréhender ces rapports et d'analyser leur dynamique fait encore gravement défaut.

Nous proposons ici quelques réflexions touchant trois points au sujet desquels la sociologie du droit aurait avantage, croyons-nous, à prendre en compte la dimension du pouvoir : la définition sociologique du droit, le rôle du droit dans les conflits et rapports de pouvoir, la symbolique du droit.

Le pouvoir dans la définition du droit

Il est vrai que les conceptions assez différentes du pouvoir, dont nous avons tenté de dresser un panorama dans les deux parties précédentes, posent un sérieux problème méthodologique. La notion de pouvoir ne rallie pas de consensus; elle est multiple et demeure finalement problématique. Il se peut même qu'elle soit une notion «essentiellement contestée». La notion de droit, par ailleurs, ne va pas non plus sans faire problème : il est difficile de formuler une définition du droit qui fasse l'unanimité. Peut-être même le droit est-il lui aussi un concept «essentiellement contesté». Étudier les rapports entre le droit et le pouvoir nous place donc sur un terrain dangereusement miné de part et d'autre.

De fait, droit et pouvoir sont deux notions étroitement identifiées à une vision de la société. À certains égards, le droit et le pouvoir appartiennent à la perception idéologique de la société : ils sont, tous les deux, des agents actifs de structuration et d'organisation de la société et des rapports sociaux entre ses membres. Par leurs côtés normatifs et instituants, le droit et le pouvoir appartiennent à l'univers des valeurs. Les définir, les situer dans la société, en décrire les usages implique presque nécessairement qu'on révèle — implicitement, sinon explicitement — une position idéologique, un ordre de valeurs. Et cela est probablement plus vrai encore de toute analyse des rapports entre droit et pouvoir.

C'est qu'en réalité les rapports entre droit et pouvoir sont plus que des rapports entre deux objets extérieurs l'un à l'autre : l'idée de pouvoir fait partie de la représentation mythique du droit. Pour que le droit soit efficace, il faut qu'il soit reconnu comme pouvoir. En tant que discours, ce qu'il est au départ, le droit doit être un «discours de pouvoir». Danièle Loschak a très

bien mis en lumière ce caractère essentiel du droit d'être un discours mythifié du pouvoir.

Le droit [écrit-elle] n'est pas simplement un discours parmi d'autres discours, il est aussi discours de pouvoir. Discours de pouvoir plutôt que discours du pouvoir : les deux formules, en effet, ne sont pas équivalentes [...] Parler d'un discours de pouvoir ne préjuge pas de la nature du pouvoir ni du rapport que le droit entretient avec lui : on postule seulement qu'un tel rapport existe et qu'il est possible de le saisir à l'intérieur même du discours juridique. Le pouvoir n'est plus ici une chose mais une dimension d'analyse, une clé de lecture du texte juridique; c'est moins le pouvoir réel qui importe que sa représentation mythique.⁵⁸

Et elle poursuit en rappelant que le droit est un discours de pouvoir parce qu'il est accepté comme «une parole autorisée», «une parole vraie» et «une parole efficace».

Ce que décrit Danièle Loschak, c'est ce qu'on peut appeler l'idéologie juridique, c'est-à-dire le droit érigé lui-même en valeur idéologique. C'est d'ailleurs à la condition qu'il soit ainsi revêtu de cette valeur idéologique que le droit existe. Un droit sans pouvoir n'est plus du droit; il n'est qu'une parole ou qu'un écrit. Le pouvoir est donc un élément inhérent à la notion même du droit, il est l'élément mythique qui transforme le discours courant en discours juridique. Pour exister comme droit, le discours juridique doit être reconnu dans une société donnée comme un discours de pouvoir. Il faut qu'il soit investi d'un certain caractère «sacré» qui confère à sa normativité une efficacité certaine. La notion de pouvoir fait donc partie intégrante de l'idéologie par laquelle le discours courant se transforme en discours juridique.

Si l'on revient à la distinction wébérienne entre pouvoir et domination, on peut dire que c'est bien de pouvoir qu'il s'agit ici, dans le sens général et abstrait que lui attribue Weber. Le droit consiste en effet essentiellement à accroître la «chance d'imposer sa volonté propre, à l'intérieur d'une relation sociale». Puisque, paradoxalement, la définition du droit et les critères qui distinguent la règle juridique de la règle non juridique demeurent problématiques, nous croyons qu'une définition sociologique du droit devrait incorporer cette idée du pouvoir qui lui est inhérente. Ce n'est pas ici le lieu de nous engager dans l'élaboration d'une telle définition; qu'il suffise pour l'instant d'indiquer cette voie.

⁵⁸ D. LOSCHAK, *op. cit.*, note 3, pp. 431, 432, 437 et 439.

Le droit et les rapports de pouvoir et de domination

Si l'on doit tenir compte de la notion de pouvoir comme étant sociologiquement inhérente, interne à la notion de droit, cela n'exclut pas par ailleurs qu'on doive aussi étudier les rapports du pouvoir et du droit comme deux réalités extérieures l'une à l'autre. Évoquant ici encore la distinction de Weber, c'est à la fois de domination et de pouvoir qu'il s'agit maintenant. En effet, même s'il n'est pas que cela, le droit est, pour une part importante, un agent actif dans les conflits, aussi bien interindividuels que sociaux⁵⁹. Il sert à éviter des conflits, à les régler, parfois aussi à les susciter, les entretenir ou les étouffer. En ce sens, il contribue aux règles qui régissent les rapports de pouvoir et de domination qui sous-tendent les conflits.

La complexité de ces rapports entre droit, pouvoir et domination peut paraître presque infinie à qui entreprend d'en cerner les contours. On peut cependant, au départ, distinguer deux perspectives. D'une part, le droit est très sensible aux rapports de domination et de pouvoir déjà existants. Par exemple, le droit de la famille a longtemps reflété la hiérarchie des rapports et le lieu de l'autorité à l'intérieur de la famille : entre le mari et la femme, entre les parents et les enfants. D'autre part, le droit peut être appréhendé dans bien des situations comme un agent actif et influent dans les rapports de pouvoir. C'est souvent par le recours au droit qu'on crée du pouvoir, qu'on le distribue ou le redistribue, qu'on le limite ou qu'on l'étend, par conséquent qu'on modifie les rapports de pouvoir, qu'on établit, maintient et reproduit une domination. Reprenons le même exemple que ci-haut : les changements apportés récemment au droit de la famille dans divers pays n'ont pas modifié du jour au lendemain dans toutes les familles les rapports entre le mari et la femme, entre les parents et les enfants. Mais le changement juridique est venu appuyer, renforcer et probablement accélérer l'évolution des mentalités touchant le partage traditionnel du pouvoir dans la famille.

Le pouvoir créant le droit et le droit créant le pouvoir et la domination; perspectives différentes, souvent complémentaires et s'inversant l'une sur l'autre. Ainsi, l'on dit couramment que le droit légitime le pouvoir. Mais ce faisant, le droit se légitime aussi lui-même en légitimant le pouvoir. Il tire son existence, son profit et sa justification du pouvoir et de la domination qu'il érige. Particulièrement dans les sociétés qui appartiennent au type de domination que Weber appelle rationnelle-légale, le droit, en légitimant le pouvoir officiel, établit par le fait même sa propre légitimité. C'est sur cette base qu'est établi l'État de droit. Le droit assure le fondement de la légitimité de l'État; l'État confère au droit son autorité et son prestige. Dans la société rationnelle-légale de Weber — qui est en fait l'État de droit — la domination

⁵⁹ C'est la perspective adoptée notamment dans Charles E. REASONS et Robert M. RICH (dir.), *The Sociology of Law. A Conflict Perspective*, Toronto, Butterworths, 1978.

de l'État est assurée et sans cesse reproduite par le droit, qui à la fois fonde l'État et en émane.

Mais le droit peut peser aussi d'une manière bien plus subtile dans la balance des pouvoirs : il peut servir à occulter le pouvoir réel, à garder dans l'ombre une domination effective. Car si le droit révèle le pouvoir explicitement en le définissant, le distribuant ou le limitant, il peut aussi maintenir par son silence un ordre existant de rapports de pouvoir. C'est là un aspect du droit que les auteurs critiques cités dans la Première partie ont bien mis en lumière. Il est souvent aussi important, sinon même plus, de prendre en compte les silences du droit sur le pouvoir que ce qu'il en dit. Ainsi, en considérant comme égales les parties à un contrat de louage de services, le droit a longtemps occulté l'inégalité des rapports de force entre employeur et employé. L'on sait aussi que dans bien des organisations bureaucratiques, le véritable lieu du pouvoir n'est mentionné ni dans les lois, ni dans les règlements prévoyant le fonctionnement de ces bureaucraties. Des lieux de pouvoir effectif, une domination invisible peuvent s'être installés en marge de l'organigramme officiel, mais qui demeurent ignorés du droit.

Dans la perspective d'une sociologie du droit et des pouvoirs, il est également important de ne pas s'enfermer dans une conception exclusivement politique, strictement étatique du pouvoir. S'il est indéniable que la sociologie du droit s'inscrit dans la sociologie politique, elle relève aussi d'une sociologie bien plus large des pouvoirs. Il lui faut prendre en compte la pluralité et la diversité des lieux de pouvoir et des rapports de domination dans les sociétés contemporaines. Ainsi, tous les contrats de diverses natures qui constituent une grande part de la vie juridique hors de l'État impliquent des rapports de pouvoir et de domination. Le cas le plus flagrant est sans doute celui des conventions collectives négociées entre employeur et employés. Mais on peut aussi voir dans cette optique le bail entre locataire et locateur, le contrat d'assurance, le contrat de vente d'un immeuble ou d'un bien, le contrat de l'écrivain et de son éditeur, de l'artiste et du producteur.

Le symbolisme dans le droit, le pouvoir et la domination

La sociologie qui cherche à cerner les rapports entre le droit, le pouvoir et la domination ne peut manquer de prendre en compte tous les éléments symboliques qui les relient l'un à l'autre. Cela va de soi si l'on songe que le pouvoir et la domination s'entourent d'une riche gamme de symboles pour s'affirmer, se rendre visibles, s'étendre, se renforcer. C'est à travers des symboles que le détenteur de pouvoir, le dominateur rappellent leur statut, leur autorité, leur commandement. Tout peut prendre valeur symbolique : vêtement, meubles, propriétés, comportement extérieur, langage, protocole, rituel. L'étude de toute bureaucratie livre une riche moisson de ces symboles de pouvoir : site et dimension du bureau, quantité et qualité des meubles, de ceux de l'antichambre, nombre d'employés sous ses ordres, importance du budget du département.

De son côté, le droit s'entoure de rituels et de symboles destinés à inciter au respect et même à une certaine crainte dont on veut entourer tout ce qui est juridique. Que l'on songe aux rituels et symboles qui entourent la passation des lois par le législateur, la session des tribunaux, la lecture d'un testament, la signature d'un contrat. Dans une thèse riche en observations d'acteur-participant, Antoine Garapon, juge lui-même, analyse dans le détail tout l'univers symbolique qui entoure la vie quotidienne des tribunaux et les sentiments que les rites et symboles veulent susciter chez les justiciables⁶⁰. Dans une large mesure, les symboles qui entourent le droit sont des symboles de pouvoir : ils ont comme mission d'ériger et de rappeler le pouvoir du droit.

Ici se dessine une sociologie de la profession juridique dans la perspective du pouvoir et de la domination. On peut dire que le prestige et le pouvoir de la profession juridique prennent appui sur le pouvoir et le prestige du droit. La montée du prestige de la profession juridique dans les sociétés occidentales modernes a été corrélative à la place et au statut progressivement attribués au droit. Ce sont ceux qui, de par leurs fonctions politiques ou religieuses, conféraient pouvoir et prestige au droit. Aujourd'hui, c'est le prestige du droit, par le pouvoir moral qu'il représente, qui rejaillit sur la profession juridique. Celle-ci devient ainsi elle-même le symbole vivant du pouvoir dont le droit est investi. Tout ce qui affaiblit la profession juridique affaiblit aussi le pouvoir du droit; ce qui amenuise le pouvoir du droit réduit le pouvoir de la profession juridique. C'est là un fait dont toute corporation de juristes est plus consciente que quiconque.

Sur un plan plus théorique enfin, on peut analyser la dynamique entre droit et pouvoir dans la perspective des médias d'échange de Parsons et Luhmann. Plus que tout autre, Parsons a mis l'accent sur le caractère symbolique du pouvoir. L'analogie qu'il fait entre pouvoir et monnaie — si discutable soit-elle par ailleurs — a eu le mérite de souligner que le pouvoir est une valeur d'échange, à la manière de l'argent. Le pouvoir circule comme l'argent, il se transmet, se distribue, se reproduit, crée du crédit. Plus précisément, le pouvoir, comme l'argent, permet d'«obtenir quelque chose» en retour de ce qu'il offre. C'est en ce sens que Parsons analyse le pouvoir comme un des médias d'échange dans le système social⁶¹. Le détenteur de pouvoir est, analogiquement, comme celui qui détient un capital : il peut le faire fructifier, le dissiper, le garder ou s'en départir.

⁶⁰ Antoine GARAPON, *L'Âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Éditions du Centurion, 1985.

⁶¹ Guy ROCHER, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1972, pp. 92-95; Aimé LEMOYNE, «Le pouvoir : langage de l'action politique», (1983) LXXV *Cahiers internationaux de sociologie* 282-304.

La monnaie n'a de valeur que par ce qu'elle permet d'obtenir. C'est en ce sens que le pouvoir a, comme l'argent, un caractère symbolique.

Reprenant la définition du pouvoir de Luhmann, en la modifiant quelque peu, on peut dire que le droit agit ici comme «medium de communication». Le droit sert à spécifier la quantité de pouvoir détenue par les parties et ce que ce pouvoir autorise chacune à demander, à obtenir. Ce pouvoir que communique le droit s'appuie souvent sur des biens économiques ou de l'argent; mais il peut aussi se référer, par exemple, à l'autorité d'un poste, à l'autorité morale, à la dignité de la personne, à un droit fondamental.

CONCLUSION

Les quelques réflexions qui précèdent ne font qu'esquisser la richesse des perspectives qu'ouvre la sociologie du droit qui s'inscrit dans le contexte d'une sociologie des pouvoirs. Compte tenu des problèmes théoriques de la sociologie du droit, dont l'un des plus difficiles d'entrée de jeu est celui d'une définition sociologique du droit ou de l'univers juridique, une réflexion théorique et des recherches empiriques sur les rapports du droit, du pouvoir et de la domination nous paraissent susceptibles d'ouvrir des voies nouvelles et qui s'annoncent fructueuses.

TROISIEME PARTIE
DU DROIT A L'ETHIQUE

CHAPITRE 12

LA BIOÉTHIQUE COMME PROCESSUS DE RÉGULATION SOCIALE : LE POINT DE VUE DE LA SOCIOLOGIE*

Aux yeux de la sociologie, la régulation sociale est un processus à la fois familier et problématique. Familier d'abord, en ce qu'il occupe une large partie du champ d'intérêt de la sociologie. Le sociologue appréhende en effet les conduites humaines sous l'angle des normes, règles, valeurs, idéaux auxquels elles obéissent ou désobéissent, dont elles s'inspirent en principe sinon de fait, auxquels en tout cas elles se réfèrent. Sous cette forme, la régulation sociale est au centre même de l'objet d'étude de la sociologie. Ceci est d'ailleurs apparu dès les débuts de la sociologie et ne cesse de s'y retrouver. Rappelons, par exemple, que le premier ouvrage de sociologie américaine, celui qu'on peut regarder comme le premier traité américain de sociologie, dû à la plume d'Edward Ross, s'intitulait *Social Control*, qu'on pourrait sans erreur traduire en français par régulation sociale. De son côté, Émile Durkheim, le fondateur et inspirateur de la sociologie française, adoptait comme point de départ de cette nouvelle discipline la reconnaissance de «la contrainte sociale» que subit chaque membre d'un groupe ou d'une société et que chacun contribue à imposer aux autres.

Mais la régulation sociale apparaît également au sociologue comme problématique. Car derrière cette notion se profile le grand problème de l'ordre social. Comment est-il possible qu'une multitude d'individus libres, volontaires, poursuivant chacun leurs intérêts, réussissent à vivre ensemble dans une paix et une harmonie relatives et à former même une société suffisamment intégrée? Par quels mécanismes s'opère le passage de ce que Durkheim a appelé la conscience individuelle à la conscience collective, l'acceptation des solidarités nécessaires au maintien et à la survie d'une société? Hobbes avait posé la question plus crûment encore : partant du postulat que «l'homme est un loup pour l'homme», il se demandait comment et à quelles conditions celui-ci pouvait accepter d'aliéner une part de sa liberté pour éviter la lutte de tous contre tous, l'anarchie, le chaos permanent. L'interrogation de Hobbes a été à la source d'une longue tradition de réflexion sur ce problème chez les grands théoriciens de la sociologie.

* Ce texte a initialement été publié dans : Marie-Hélène PARIZEAU (dir.), *Bioéthique : méthodes et fondements*, coll. «Les Cahiers scientifiques», Montréal, ACFAS, 1989, p. 49.

Sous une forme ou l'autre, le thème de la régulation sociale est donc au centre de l'intérêt du sociologue. Et l'une des manières les plus courantes en sociologie de considérer et d'expliquer la régulation sociale passe par l'analyse de ce que l'on peut appeler la normativité sociale, c'est-à-dire l'ensemble des normes, règles, principes, valeurs qui servent de guides, de balises ou de contraintes aux membres d'une société, dans leurs conduites personnelles et collectives.

La bioéthique, objet de notre réflexion ici, apparaît précisément comme une partie de cette normativité sociale. Elle s'y insère, elle cherche à s'y faire une place et à s'y faire reconnaître. Ou plutôt devrions-nous parler d'une manière plus concrète et plus exacte du statut et du rôle que des personnes, des groupes, des institutions cherchent à lui gagner. Car la bioéthique n'a pas, de soi et d'une manière assurée, sa place dans l'univers de la normativité sociale. On doit plutôt se rendre compte qu'elle y est au contraire en concurrence avec d'autres normes, d'autres règles, d'autres valeurs. Je dirais même que ceux qui veulent promouvoir la bioéthique dans les institutions de santé ne sont pas nécessairement dans une position de force, de pouvoir. En réalité, la bioéthique souffre plutôt au départ d'une position de faiblesse pour se faire admettre dans le chœur de la normativité sociale.

Je voudrais, dans cet exposé, proposer une certaine analyse de cette situation, en exposant le contexte sociologique contemporain de la régulation sociale dans lequel cherche à s'insérer la bioéthique. Je vais d'abord, dans une première partie, évoquer les grands traits du contexte de civilisation de la modernité. Ceci nous permettra ensuite, dans une autre partie, de mieux apprécier les problèmes concrets que l'on peut rencontrer à insérer la bioéthique dans la vie des institutions hospitalières d'aujourd'hui.

I- LA CIVILISATION DE LA MODERNITÉ

La notion de «modernité», qu'il ne faut pas confondre avec «les temps modernes», va ici nous être utile. Elle a fait l'objet depuis quelques décennies d'une intense réflexion de la part de philosophes, d'historiens, de sociologues. Commençons par la distinguer de celle des «temps modernes». Celle-ci désigne cette période de l'histoire de l'Occident qui a débuté avec la Renaissance et s'est poursuivie jusqu'à nous. La Renaissance est le terme par lequel ceux qui vivaient aux XV^e et XVI^e siècles ont désigné la mutation culturelle qu'ils avaient alors conscience de traverser : la rupture avec les modes de pensée et les champs de savoir du Moyen Âge, la découverte des trésors oubliés ou négligés de l'Antiquité gréco-latine et l'ouverture à de nouvelles sciences. Les hommes de cette époque ne s'étaient pas trompés; l'Occident s'engageait alors dans une période de profondes transformations, qui se poursuivent toujours de nos jours, et même peut-être à un rythme encore accéléré. Sur le plan politique, l'Occident est passé de l'Ancien Régime féodal aux différents types de démocratie, à travers la Révolution britannique du XVII^e siècle et les Révolutions américaine et française du

XVIIIe. Les structures économiques, pour leur part, ont été complètement bouleversées par la Révolution industrielle. Les structures sociales ont rapidement changé sous la poussée successive d'abord de la classe bourgeoise, puis de la classe ouvrière. Quant à la culture, elle a été très profondément modifiée par le développement et l'hégémonie croissante de la science et de la technique et leur intégration progressive sous la forme d'une technoscience.

Parler de modernité, par ailleurs, c'est faire référence aux traits dominants, aux caractéristiques les plus marquantes de ces temps modernes, et particulièrement de la période la plus récente, celle que nous connaissons depuis le début du XX^e siècle. Les «temps modernes» est un concept historique; il sert à désigner une période de l'histoire occidentale. La «modernité» est un concept analytique, de nature plutôt sociologique ou philosophique, utilisé à la manière du «type pur» de Max Weber pour évoquer les traits majeurs d'un type de civilisation, celui qu'on considère généralement comme l'aboutissant présent de l'évolution des temps modernes.

Les ayant ainsi distinguées, laissons maintenant de côté la notion historique des temps modernes, pour utiliser exclusivement celle de la modernité. Puisqu'on peut en parler comme d'un type pur, quels en sont alors les éléments composants? Quels sont les traits de civilisation qui constituent ce qu'on appelle la modernité? Pour les fins de cet exposé, je voudrais mettre l'accent sur cinq traits, dont on verra plus loin la pertinence pour le thème qui nous occupe ici.

L'hégémonie de la technoscience

Le premier trait de la modernité est de l'ordre de la connaissance : il s'agit de l'extension qu'a connue et finalement de la domination qu'a gagnée un type particulier de savoir qu'on désigne maintenant par le néologisme de la technoscience. Depuis la fin de l'âge classique grec jusqu'à la Renaissance, les sciences expérimentales ont occupé une place secondaire dans l'ordre des connaissances. À partir du XVII^e siècle, elles ont connu un développement d'abord plutôt lent, puis accéléré. Depuis le XIX^e siècle, elles ont de plus en plus déplacé, ébranlé, relativisé, certains ont cru même pouvoir ajouter éclipsé définitivement, les sciences régnaient jusqu'alors, c'est-à-dire la théologie, la philosophie, la morale. Quant aux techniques, elles n'appartenaient pas à l'univers de la connaissance, mais plutôt à celui bien inférieur des arts utiles et n'avaient que des relations lointaines et accidentelles avec les sciences.

Notre siècle est témoin d'un double mouvement. D'une part, les sciences expérimentales (les sciences dites exactes, les sciences de la nature) et les techniques ont opéré une jonction et même une fusion, que veut exprimer le terme «technoscience». On n'arrive plus à distinguer ce qui relève du progrès technique et du progrès de la science, l'un s'appuyant sur l'autre, l'un et l'autre mutuellement dépendants de leurs avancées. L'un est

d'ailleurs bien souvent pris pour l'autre : dans le langage courant et dans les médias, on parle de progrès scientifique pour désigner ce qui est plutôt un développement technique. Celui-ci est d'ailleurs glorifié par le recours au terme de «technologie» pour faire référence non pas à une démarche analytique et réflexive sur les techniques, selon l'étymologie du vocable, mais pour désigner les techniques elles-mêmes.

Le second mouvement est celui de l'hégémonie conquise par la technoscience sur toutes les autres formes de connaissance. Elle a délogé la théologie et la philosophie pour s'installer à leur place comme «reine des sciences». Elle est devenue le type de connaissance le plus prestigieux, le plus valorisé, celui de qui on attend sans cesse des miracles, des «découvertes». Et cette hégémonie a pénétré à fond la mentalité, la conscience, l'esprit des contemporains, à telle enseigne que l'on peut, suivant le beau titre d'un ouvrage de Jürgen Habermas, parler de «la technique et la science comme idéologie». C'est cette idéologie qui fait, par exemple, que ce qui étonne aujourd'hui l'opinion publique, ce ne sont pas les découvertes technoscientifiques, mais plutôt que la technoscience tarde à découvrir la cause du cancer ou le vaccin contre le SIDA.

Le droit dominant

Le deuxième trait de la modernité concerne une autre hégémonie, celle du droit. Pendant de longues périodes de l'histoire de l'humanité, dans toutes les civilisations, le droit n'a occupé qu'une place marginale dans la vie politique et surtout dans la vie sociale. Et même lorsque le droit a servi à asseoir la constitutionnalité et la légitimité des États — ce qui est loin d'avoir toujours été le cas — les rapports économiques et sociaux à l'intérieur de la société civile — entendue par opposition à l'État — ne revêtaient pas nécessairement de caractère formellement juridique. On ne voulait ou on ne pouvait recourir au droit que dans des cas limités. L'introduction du droit dans les rapports sociaux apparaissait comme une catastrophe, qui venait bouleverser un ordre coutumier bien établi plutôt que de l'équilibrer.

Il n'y a qu'à certains moments de l'histoire occidentale que le droit a occupé une place centrale, ou à tout le moins importante, dans la vie sociale : ce fut le cas notamment dans quelques cités grecques d'une certaine période de l'Antiquité et dans l'Empire romain; puis, aux XII^e et XIII^e siècles, au moment où l'Église catholique a entrepris sa grande Réforme, à la fois ecclésiastique et sociale, en utilisant son droit, le droit canonique, comme instrument de «reconstruction» des structures de l'Église, des moeurs des clercs et de la conception d'institutions sociales comme le mariage et la famille.

C'est une période semblable que nous connaissons aujourd'hui à cette différence cependant que c'est l'État qui monopolise maintenant le droit et tout le droit. L'Occident a vu se développer un État de plus en plus présent,

actif et interventionniste; cet État a pris la forme d'un État de droit; le droit est devenu le mode principal d'exercice du pouvoir politique. La société civile elle-même est devenue une société juridicisée : presque tous les actes du citoyen, sans qu'il en soit conscient la plupart du temps, portent une dimension juridique et peuvent entraîner des conséquences juridiques.

Le droit positif, dans la modernité, a si bien récupéré la coutume et ce que l'on peut appeler «la morale coutumière» qu'on doit aujourd'hui faire un effort pour retrouver dans la coutume l'une des sources contemporaines du droit. Le droit positif, celui édicté par l'État et par les organismes de l'État, les tribunaux notamment, occupe toute la place. La morale elle-même recule devant le juridique. Une des plus flagrantes expressions de ce recul est la juridicisation des grands principes de ce qu'on appelle depuis bien longtemps «la loi naturelle» ou «le droit naturel», dans leur transposition sous la forme contemporaine des «droits de la personne». La dignité de la personne, son droit à l'intimité, au respect, à la renommée, à l'éducation, aux soins, à l'intégrité corporelle et ainsi de suite ne sont plus invoqués en vertu de la loi naturelle, mais en vertu d'articles précis de lois positives que l'on a rehaussées sous le titre de chartes ou de déclarations.

La rationalité économique

Non sans lien avec cette omniprésence du droit, le troisième trait de la modernité que je veux souligner est celui de la rationalité économique. Le lien entre les deux est assez bien connu, quand on se rappelle que la rationalité juridique a, pour une part, contribué à fonder et étendre la rationalité économique. Ces deux rationalités se retrouvent liées à la révolution industrielle des XVIII^e et XIX^e siècles. Celle-ci s'est en effet imposée par une productivité décuplée, voire centuplée, qu'elle devait à l'introduction de techniques nouvelles et surtout de méthodes de travail définies comme plus «rationnelles». On reconnaît bien ici le lien avec la science, puis la technoscience. Celles-ci ont représenté le modèle intellectuel et parfois aussi la source de la rationalité, transposée dans les relations économiques.

Il est important de souligner, par ailleurs, que la révolution industrielle s'est opérée dans le cadre d'institutions capitalistes et aussi sous l'impulsion de celles-ci. Ces institutions se fondaient sur la libre concurrence entre les entreprises privées, sous la protection et avec le concours plus ou moins actif de l'État. Pour résister à la concurrence, pour vaincre et parfois éliminer les concurrents, la gestion des ressources matérielles, financières et humaines se devait d'éviter le plus possible le gaspillage, les pertes, les approximations. C'est ainsi que la comptabilité est devenue une science dans l'administration des affaires, essentielle pour suivre l'état des finances. De même, le taylorisme s'est imposé pour rationaliser le travail humain, lui assurer sa productivité maximale. La primauté du profit dans la concurrence capitaliste

était ainsi servie par différentes formes de rationalité que l'on peut appeler économique.

La société tout entière, dans sa culture et ses structures, a subi l'influence de la rationalité économique. On peut en voir des effets dans la primauté accordée à la propriété privée dans l'ordre des valeurs et dans toute l'activité sociale et politique. Il en va de même dans la valorisation que l'on connaît de «l'entrepreneurship», comme ensemble d'attitudes, de conduites, de comportements.

L'organisation bureaucratique

Une des formes qu'a prise la rationalité économique est l'organisation bureaucratique, le quatrième trait de la modernité que je veux souligner. C'est surtout au sociologue allemand Max Weber que l'on reconnaît d'avoir le premier mené une analyse approfondie de la bureaucratie et de la bureaucratisation dans les sociétés modernes. Weber a d'ailleurs abondamment montré les liens profonds entre le développement du type de droit que l'on trouve en Occident, tel qu'évoqué plus haut, le progrès de la rationalité économique et la bureaucratisation. Il ne faut évidemment pas associer bureaucratie et État, comme on le fait trop aisément parfois. La bureaucratisation est un phénomène qui traverse toute la société; on le retrouve dans la grande entreprise privée, même aussi dans la moyenne sinon la petite, dans les hôpitaux, les établissements d'enseignement de différents niveaux, les organisations sportives, les églises, etc.

Que ce soit dans un de ces secteurs ou dans l'État, la bureaucratie revêt partout les mêmes caractères. C'est une organisation de la division des responsabilités et du travail, basée sur une hiérarchie très structurée, avec des canaux reconnus de communication à l'intérieur de cette hiérarchie, des juridictions bien établies et des fonctions de travail largement réparties. Le tout est censé être inspiré par une volonté de rationalisation d'un ensemble complexe de tâches, dans le but d'éviter les dédoublements, les recouvrements, les conflits par un effort de coordination et de planification. Par ailleurs, cette rationalité, qui se veut un principe d'efficacité et de productivité, développe ses propres pathologies. Ainsi, il arrive que l'inflation de la rationalité devienne contre-productive, alourdisse et même sclérose complètement une bureaucratie.

La bureaucratie est pourtant apparue comme le mode de fonctionnement le plus efficace dans des organisations complexes. Si la révolution industrielle a débuté sous l'impulsion d'entrepreneurs privés et de familles d'entrepreneurs, on a bientôt assisté à la formation de corporations ou de sociétés bureaucratiques. Les entreprises familiales sont elles-mêmes devenues des entreprises bureaucratistes. Un phénomène analogue s'est produit dans les organismes de services : hôpitaux, cliniques, maisons d'enseignement. Si le secteur tertiaire des emplois s'est gonflé comme il l'a

fait au cours des dernières décennies dans les sociétés industrielles avancées, c'est par suite de la prolifération de la bureaucratie. Bref, la société moderne est maintenant caractérisée par l'omniprésence de l'organisation bureaucratique.

La professionnalisation

Dans le contexte de cette bureaucratisation, le dernier trait de la modernité que je veux évoquer paraîtra paradoxal : c'est celui de la professionnalisation. Contrairement à ce qu'on peut croire à première vue, bureaucratisation et professionnalisation ne s'opposent pas, elles peuvent aller de pair. À la condition d'élargir quelque peu la notion de profession. Celle-ci n'a longtemps fait référence qu'à deux occupations privilégiées, la médecine et le droit. Occupations privilégiées dans la mesure où leur pratique exigeait la maîtrise d'un savoir abondant et complexe, que la période d'apprentissage était par conséquent longue et pouvait même requérir des études dans des institutions d'enseignement supérieur et que ceux qui les pratiquaient le faisaient à leur propre compte.

Au cours des dernières décennies, par suite en particulier du développement de la technoscience et aussi de la rationalité économique et de la bureaucratie, un nombre toujours croissant d'emplois en sont venus à exiger la maîtrise de connaissances étendues et un apprentissage de plus en plus long. La poussée des sciences nouvelles et la fragmentation du savoir ont entraîné une multiplication d'emplois tertiaires requérant des études supérieures. Tous ces nouveaux emplois et d'anciens emplois transformés ont pris les professions médicale et juridique comme modèles, comme archétypes. Un grand nombre d'associations regroupant le personnel de ces emplois sont nées pour réclamer la reconnaissance d'un statut professionnel, et parfois l'obtenir officiellement. On a vu ainsi se multiplier les ordres professionnels; une forme de néo-corporatisme s'est ainsi instituée. Les médecins et les avocats, entre-temps étant devenus de moins en moins nombreux à travailler à leur propre compte, il devenait moins gênant de reconnaître le caractère professionnel à des emplois qui se regroupent surtout dans les grandes bureaucraties, publiques et privées.

Au Québec, le gouvernement a dû créer un Office des professions chargé de reconnaître officiellement les nouvelles professions et de veiller à leur discipline ou leur autodiscipline. On sait qu'un grand nombre d'emplois non encore reconnus comme professionnels continuent à frapper à la porte de l'Office dans l'espoir d'obtenir un jour la reconnaissance recherchée. Même sans porter cet insigne officiel, beaucoup d'emplois se considèrent de leur propre initiative comme ayant un caractère professionnel. Il est certain que la hausse du niveau général de scolarité et les exigences toujours plus élevées du marché du travail favorisent cette professionnalisation d'une importante partie du secteur tertiaire des emplois.

II- LA BIOÉTHIQUE DANS LE CONTEXTE DE LA MODERNITÉ

Tels sont quelques-uns des principaux traits de la modernité qui composent le contexte contemporain dans lequel la bioéthique émerge, cherche à faire sa place et à se faire reconnaître. Aux yeux du sociologue, ce contexte de civilisation conditionne le présent et l'avenir de la bioéthique. En effet, les personnes et les groupes porteurs de la bioéthique (il est important de parler en ces termes concrets) représentent la recherche d'une normativité fondée sur des valeurs, des idéaux, une conception de la «vertu» entendue dans le sens où Socrate la recherchait sous la forme de la conduite que chacun adopterait s'il était vraiment éclairé. La bioéthique s'inscrit ainsi dans ce que la sociologie connaît sous le vocable du «contrôle social».

Or, en tant que normativité et régulation sociale dans le contexte de la modernité, la bioéthique se trouve dans une situation ambiguë. D'une part, elle est apparue et s'est élaborée parce que certains aspects de la modernité l'appelaient et l'interpellaient. Par ailleurs, certains autres aspects de la même modernité imposent aux porteurs de la bioéthique de faire face à une rude concurrence pour se faire entendre et se faire accepter. Tentons donc de faire un bilan de ces conditions favorables et défavorables à la bioéthique qu'imposent certains traits de la modernité.

La bioéthique, un produit de la technoscience

La médecine et les sciences du vivant (biologie, microbiologie, physiologie) ont vécu d'une manière particulièrement rapide et bouleversante les changements dans le monde de la connaissance. Elles ont progressé en un siècle bien plus qu'elles ne l'avaient fait au cours des millénaires précédents. Et dans leur cas, le triomphe de la technoscience est particulièrement frappant. Car ce n'est pas que la connaissance théorique et empirique qui a progressé, c'est aussi la fusion de la connaissance et des techniques qui a fait des bonds prodigieux. Ce qu'on appelle en médecine «l'imagerie», c'est-à-dire l'appareillage qui permet un diagnostic de plus en plus précis et rapide par l'image produite par des ondes (les rayons X, aujourd'hui doublés par l'échographie et par la résonance magnétique nucléaire, le «Scanner») illustre parfaitement ces progrès de la technoscience. Il en va de même de ce que les nouvelles techniques opératoires peuvent réussir, tout autant dans les greffes d'organes qu'en chirurgie du cœur ou du cerveau. Sans parler de chirurgies qui font moins la manchette des journaux, mais qui sont pourtant remarquables, comme la chirurgie de l'oeil, par exemple.

Ces bonds en avant de la technoscience médicale ont évidemment entraîné des conséquences considérables. La plus visible, la plus dramatique tient sans doute au fait que la recherche et la pratique technoscientifiques ont touché des aspects de la vie humaine auxquels ce qu'on peut appeler d'un terme général la «culture morale» de nos sociétés ne pouvait rester

insensible. Ce fut notamment le cas de la technoscience pouvant soit limiter la reproduction humaine, soit la favoriser, réaliser la greffe d'organes humains, animaux ou artificiels, prédire et modifier le bagage génétique d'une personne, voire d'une collectivité, prolonger artificiellement la vie au point de remettre en question la notion traditionnelle de la mort, introduire des drogues et des médicaments nouveaux ayant de puissants effets. Ces grandes innovations ont posé à la conscience morale des questions fondamentales sur le sens et la qualité de la vie humaine, la dignité de la personne, le droit à la vie, la libre volonté du malade, l'avenir de la race humaine.

C'est de ces interrogations qu'est née encore tout récemment ce qu'on appelle maintenant la bioéthique. Les progrès technoscientifiques procuraient la matière de la réflexion éthique, mais celle-ci fut aussi accélérée par un autre fait culturel important : l'intérêt pour les droits de la personne, présents notamment dans les derniers développements du droit positif. Aux États-Unis, par exemple, la jonction entre les progrès de la technoscience et les préoccupations éthiques s'est d'abord produite au cours des années 1960 et 1970 dans des organismes universitaires et privés créés par des groupes de personnes sensibles aux conséquences que les progrès de la recherche technoscientifique entraînaient pour les droits de la personne : ce furent notamment le «Harvard University Programme on Technology and Society», le «Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics», la «Society for Health and Human Values», la «Foundation of Thanatology». Les mêmes préoccupations ont rapidement par la suite trouvé des échos dans diverses commissions gouvernementales, dans des législations et des arrêts des tribunaux.

Par ailleurs, les développements technoscientifiques devaient aussi provoquer une rapide transformation de la pratique médicale, du rapport médecin-patient et une hausse vertigineuse des coûts de la médecine. La pratique médicale est devenue de plus en plus dépendante des équipements et des laboratoires, et pour le diagnostic et pour le traitement. C'est ce qu'on peut appeler la technicisation croissante de la médecine. Le médecin de la nouvelle génération ne se fie plus à ses cinq sens pour diagnostiquer; il a vite recours à la batterie de tests susceptibles de l'éclairer. Loin des laboratoires et des équipements, le jeune médecin est démuni, privé qu'il est de ce avec quoi il a appris à pratiquer son art.

Il en est résulté une concentration de la médecine dans les centres hospitaliers. Le médecin qui, sa trousse à la main, visitait ses patients à domicile, est une image du passé. C'est le patient, quel que soit son état, qui doit maintenant se déplacer vers une clinique ou un CLSC ou un centre hospitalier, pour y visiter son médecin et y subir les examens que celui-ci peut prescrire. D'où, bien sûr, l'engorgement des cliniques externes, des salles et des chambres des hôpitaux, dont on fait tant état au Québec, plus particulièrement dans la région de Montréal.

Du même coup, la relation traditionnelle du patient et du médecin s'est profondément altérée. La notion du «médecin de famille» et la relation stable que la patient avait avec lui ont rapidement perdu leur sens. Le patient connaît maintenant une grande mobilité d'un médecin à l'autre, soit volontaire, soit imposée. Il est aussi souvent mis en contact avec divers spécialistes et doit se prêter à des tests et examens parfois épuisants, dans un contexte où il n'a avec ces médecins que des contacts rapides et très spécifiques. On a pu parler de «l'industrialisation de la médecine».

Une autre conséquence de cette technicisation de la médecine est évidemment la hausse que l'on peut appeler astronomique des coûts des services de santé. Les équipements, les laboratoires, les différentes techniques nouvelles, les médicaments entraînent des dépenses sans cesse croissantes. L'achat de certains équipements peut être extrêmement coûteux. Et il faut encore ajouter les coûts de construction, ceux du personnel additionnel et spécialisé que les laboratoires et les équipements requièrent, les coûts d'entretien et finalement les coûts de renouvellement d'appareils rapidement désuets ou vite usés.

La poussée technoscientifique en médecine, les transformations qu'elle a entraînées dans la pratique médicale et dans ses coûts ont posé de nouveaux problèmes éthiques. Ainsi, les fonds disponibles limités pour l'acquisition d'équipements coûteux posent des problèmes de choix à caractère éthique : faut-il acheter un appareil ultra-spécialisé pour un nombre de cas limité, aux dépens d'autres appareils d'usage beaucoup plus général? Faut-il équiper d'appareils coûteux des centres hospitaliers de régions périphériques autant que ceux des grandes villes? Dans la pratique médicale, à quel moment la survie artificielle d'un patient grâce à l'équipement moderne devient-elle de l'acharnement thérapeutique? Ces questions et bien d'autres de cette nature sont à l'origine de la réflexion qui a mené à ce qu'on appelle maintenant la bioéthique. Celle-ci est donc une production culturelle qui a été favorisée par les progrès de la technoscience.

La rationalité économique, concurrente de la bioéthique

Les coûts croissants d'une médecine de plus en plus technicisée ont progressivement obligé à considérer la pratique médicale dans la perspective de la gestion de ressources rares ou en tout cas limitées. C'est alors que s'introduit bien rapidement la logique de la rationalité économique. Et l'introduction de cette rationalité s'est faite plus impérieuse encore avec le passage de la médecine et des hôpitaux du secteur privé au secteur public. L'injection de fonds publics dans la médecine, notamment dans les centres hospitaliers de diverses natures et dans les facultés de médecine, obligeait à rendre compte de la gestion de ces fonds devant la société, c'est-à-dire devant les parlementaires et aussi devant les media d'information. Une telle obligation, nouvelle pour la médecine, appelait évidemment le recours aux canons usuels de l'administration des fonds publics.

La rationalité économique a pris alors le double caractère de la planification et de la gestion. Il fallait d'abord accepter de considérer chaque centre hospitalier comme partie d'un réseau et accepter que le développement de ce réseau devait obéir à une planification d'ensemble. La liberté de chaque hôpital et la liberté de chaque médecin, infirmier ou infirmière dans l'hôpital se voyaient limitées par de nouvelles exigences : celles de la planification régionale ou nationale. Plus porteuse encore de contraintes, cependant, la nécessité d'une bonne gestion des ressources financières et humaines introduisant les notions de normes budgétaires, de critères, de règles, à l'interne des hôpitaux aussi bien qu'entre les centres hospitaliers. L'allocation de ressources relativement rares pour répondre à des besoins toujours croissants ne pouvait plus se faire ni d'une manière arbitraire, ni sous le seul effet des influences personnelles, des «contacts» d'un médecin avec les autorités de l'hôpital, ni par l'unique médiation du député. Une autre rationalité devait se substituer à ces jeux d'influence.

Si les progrès de la technoscience ont provoqué une crise de conscience et favorisé l'émergence de la bioéthique, la rationalité économique pour sa part se pose au contraire comme un important concurrent de la bioéthique. La rationalité économique est en effet essentiellement normative et régulateur; elle engendre même parfois une pléthore de règles, critères, normes, standards. Et cela, particulièrement lorsqu'elle est l'expression d'un pouvoir central et centralisant comme l'est l'État moderne.

Or, tant au niveau national et régional que dans chaque centre hospitalier, les problèmes éthiques sont résolus, ou peut-être même déjà dissimulés et occultés, par les normes administratives et les règles budgétaires. Celles-ci tiennent lieu de code moral. Sous la couverture des pratiques gestionnaires, les questions morales et éthiques ne surgissent même pas, le problème ayant déjà trouvé sa réponse avant même d'être posé comme problème moral. Cela est particulièrement flagrant dans l'allocation des ressources, qui s'opère en vertu de normes budgétaires et administratives qui permettent de ne pas évoquer les questions éthiques sous-jacentes. La discussion de ces dernières est ainsi évitée plus ou moins consciemment. L'urgence de la prise de décision, le temps trop court disponible servent à rendre encore plus «raisonnable» la mise au rancart de la démarche nécessairement longue et laborieuse de la réflexion éthique.

La bureaucratisation, une normativité

La concurrence que la rationalité économique oppose à la bioéthique est d'autant plus efficace que cette rationalité est portée et propulsée par une nouvelle profession qui a pris pied dans les centres hospitaliers et dans le réseau des services de santé : celle des administrateurs ou gestionnaires des services de santé. Leur entrée dans le monde de la santé et des services sociaux a évidemment été provoquée au Québec par le retrait des communautés religieuses qui possédaient et géraient les hôpitaux et les

agences de service social. Ce départ laissait un vide que les médecins ont d'abord comblé ou tenté de combler. Mais ceux-ci ont été rapidement remplacés à la gestion des hôpitaux par des administrateurs spécialement formés à cette fin dans de nouveaux départements universitaires. L'émergence d'une nouvelle «discipline» entraînait l'apparition d'une nouvelle «profession», un des traits caractéristiques de la modernité que j'ai évoqués tout à l'heure.

Dans l'hôpital religieux existait une division des responsabilités assez étanche. La communauté religieuse se chargeait de toutes les tâches qui concernaient le financement et l'administration de l'hôpital, ainsi que la direction et le contrôle du personnel et des infirmières. Les médecins avaient la responsabilité d'assurer une pratique médicale de qualité à leurs patients hospitalisés. Il n'y avait que bien peu d'interférences entre les deux juridictions, qui exerçaient leur autorité parallèle. Les médecins attachés à un hôpital jouissaient d'une grande liberté dans leur pratique et d'un grand pouvoir fondé sur le prestige de leur science et de leur art.

Cet équilibre des rapports de pouvoir s'est très rapidement modifié au cours des deux dernières décennies. La prise en charge des hôpitaux par l'État et leur sécularisation ont d'abord eu comme effet de renforcer le pouvoir des médecins dans la mesure où ils prirent la fonction de directeur général de l'hôpital : les fonctions administratives et professionnelles furent alors concentrées entre leurs mains. Mais les directeurs généraux médecins furent assez rapidement remplacés à leur tour par les nouveaux venus, les administrateurs spécialisés, formés à cette fin à l'université.

Ces administrateurs, qu'ils aient été médecins ou non, ont été les porteurs d'une nouvelle raison, la raison administrative correspondant à la rationalité économique que j'évoquais tout à l'heure. Ils ont exercé sur l'évolution des hôpitaux une influence sans commune mesure avec leur petit nombre. Ce sont eux qui ont instauré la rationalité économique dans la pratique médicale hospitalière. Avec eux, l'ancienne frontière étanche entre l'administration et la médecine a été abolie : on est entré dans un système non pas de libre échange, mais d'échange imposé! Les médecins ont dû apprendre les règles administratives, il leur a fallu reconnaître les contraintes financières et leurs effets, s'adapter et adapter leur pratique médicale à des considérations budgétaires. Le milieu hospitalier a ainsi été investi par la rationalité bureaucratique qui, entendue dans un sens non pas péjoratif mais neutre, est en réalité une transposition de la rationalité économique dans l'organisation du travail. Le médecin en milieu hospitalier n'a plus, comme auparavant, la responsabilité de ses seuls patients; ceux-ci s'intègrent nécessairement dans un ensemble, un tout dont chaque médecin est également responsable.

La technicisation de la médecine et la concentration de la pratique médicale dans les centres hospitaliers ont comme corollaire l'insertion du

médecin et de sa pratique dans un ensemble bureaucratique où il doit respecter des règles et des normes dont la source n'est pas dans la médecine elle-même. Il est inévitable que des conflits ouverts ou latents surgissent dans la confrontation des exigences de la gestion bureaucratiques et des impératifs de la pratique médicale. Il est également inévitable que des médecins se sentent partagés entre ces exigences et les impératifs du serment d'Hippocrate et que leur conscience professionnelle soit tiraillée entre des choix difficiles. Certains peuvent avoir le sentiment de trahir leur éthique professionnelle en se pliant à certaines règles administratives.

La bureaucratisation que je viens d'évoquer est un élément important, car elle est essentiellement basée sur des règles, des normes, des principes d'organisation, de gestion, d'intervention. À ce titre, elle est un très sérieux et très efficace concurrent de la bioéthique. Sa rationalité **paraît** toujours s'inspirer d'un certain bien commun, d'un intérêt collectif, d'une justice distributive. Je souligne «paraît», car c'est bien là sa force et sa faiblesse : la rationalité bureaucratique ne doit pas être confondue avec l'éthique, et il est important de s'arrêter à voir pourquoi.

La normativité émergent des rapports de pouvoir

Toute bureaucratie fonctionne sur la base de l'adhésion de ses membres à ses normes et règles et sur un certain consensus concernant ces normes et règles. Mais c'est un des plus importants postulats de la sociologie qu'un tel consensus n'est pas un ordre social spontané. La régulation sociale dans une bureaucratie, comme dans tout ensemble social, ne descend pas d'un monde platonique. Dans tout groupe, il y a des définisseurs de principes, de normes, de règles et de sanctions. Et ce faisant, ces définisseurs obéissent à différentes motivations, plus ou moins claires et qui peuvent être contradictoires. Ils peuvent obéir à des idéaux, à des préoccupations morales élevées. Ils peuvent aussi, voire simultanément, répondre plus ou moins consciemment à des intérêts de diverses natures : intérêts professionnels ou corporatifs, intérêts financiers, intérêts de classe, de prestige, de pouvoir ou d'influence, pour n'en nommer que quelques-uns. Le consensus dans une bureaucratie, comme à l'intérieur d'un groupe, est souvent le résultat soit de la domination de certains définisseurs, lorsque ceux-ci ont la puissance pour s'imposer, soit d'un compromis, d'une sorte de contrat de paix sociale entre des définisseurs de force à peu près équivalente. Ce qu'on appelle l'ordre social est en réalité un équilibre provisoire — pour un temps plus ou moins long — entre des parties engagées dans des jeux de pouvoir et des luttes de pouvoir.

Si l'on veut comprendre le fonctionnement d'un hôpital, la normativité interne qu'il s'est faite, il faut tenir compte des groupes professionnels porteurs d'intérêts différents, du pouvoir réel de chacun, de son statut et de son rôle, des rapports qu'il entretient avec d'autres groupes. Il faut aussi localiser les «poids lourds» dans la prise de décision, ceux dont on ne peut

éviter de prendre l'avis ou l'intérêt en considération. Un centre hospitalier est loin d'être une institution simple. C'est au contraire un ensemble complexe, composé de plusieurs professions et métiers : médecins, administrateurs, infirmiers et infirmières, ingénieurs bio-médicaux, techniciens, personnel de soutien, personnel d'entretien. Vient s'ajouter maintenant une association de patients ou de bénéficiaires, parallèlement aux syndicats. L'hôpital est aussi relié à un environnement où se trouvent le Conseil régional, le ministère de la Santé, la Faculté de médecine, etc. Et les médecins, pour ne prendre que ce groupe, sont loin de composer un ensemble homogène : les différentes spécialités ont chacune un poids différent dans les jeux d'influence, un département de spécialistes peut avoir des intérêts divergents de ceux d'un autre département.

L'hôpital est probablement un des lieux privilégiés où la professionnalisation évoquée tout à l'heure est le plus marquée. Il faut donc s'attendre à y observer un consensus fait de compromis entre une pluralité d'intérêts professionnels. Cela est d'autant plus le cas que les dirigeants et administrateurs des hôpitaux ont opté de recourir aux méthodes et procédures démocratiques de la participation : ils recherchent un certain consensus dans les prises de décision délicates en faisant largement appel à la collaboration et à la participation de tous les intéressés.

On peut aisément voir que cette recherche de consensus produit des normes, des règles qui assurent une certaine paix dans l'hôpital, sans qu'il soit nécessaire de poser les problèmes en termes éthiques. Mieux encore, la réflexion d'inspiration éthique risque de compromettre une paix difficilement acquise et qu'il faut sans cesse protéger contre tout ce qui peut la menacer. Y compris les considérations éthiques. On sera prêt, à l'occasion, à donner un coup de chapeau du côté de l'éthique. Mais chacun sent bien qu'il ne faut pas s'incliner trop bas ! Car au fond, la véritable norme devient la suivante : ce qui contribue à des relations harmonieuses entre les groupes et professions est bon et bien, ce qui menace cette paix professionnelle est mauvais et doit être banni.

La normativité juridique et la bioéthique

Terminons avec un dernier facteur de normativité qui concurrence la bioéthique : le droit, dont j'ai dit plus haut qu'il a pris dans la modernité une place prépondérante. Je voudrais souligner particulièrement deux voies par lesquelles le droit peut exercer une grande influence sur la bioéthique, dans un sens qui peut être aussi bien négatif que positif. La première voie est celle par laquelle le droit semble souvent servir de modèle, d'archétype pour inspirer une normativité éthique. Dans la société moderne, le droit est sans doute l'ordre normatif le plus développé, le plus soigneusement élaboré et entretenu. Et cela d'autant mieux qu'il s'appuie sur toute une profession de juristes : avocats, notaires, juges, qui puisent en retour leur propre pouvoir et leur prestige social dans l'autorité reconnue au droit.

Dans les hôpitaux, des comités d'éthique ont été créés depuis quelques années, pour éclairer et parfois juger les conduites soit en matière de recherche, soit devant des problèmes de clinique. Il est frappant qu'on a eu recours à la collaboration de juristes dans la composition de ces comités; on a même tendance à confier à un juriste la présidence du comité d'éthique. Dans un organisme comme un comité d'éthique, chargé de produire de la normativité, il arrive tout naturellement qu'on se tourne du côté du droit et du juriste pour chercher l'inspiration. C'est là une pratique normale et attendue, dans une société où le droit a une très grande puissance de normativité. Celui-ci sert tout à la fois de modèle, d'inspiration et même de substitut pour l'éthique, particulièrement pour une discipline naissante et encore bien hésitante comme la bioéthique. Comme cette dernière a, dans le milieu hospitalier, bien du mal à se faire reconnaître et à ouvrir son chemin, elle cherche tout naturellement à le faire sous le manteau et avec l'appui du discours juridique.

La seconde voie est celle du judiciaire: c'est la crainte qu'inspire maintenant au corps médical le recours judiciaire pour faute ou négligence professionnelle. Aux États-Unis et de plus en plus au Canada, des médecins et particulièrement les praticiens de certaines spécialités (l'obstétrique, notamment, et la chirurgie plastique) ont dû faire face à des poursuites ruineuses devant les tribunaux de la part de patients et de patientes. La protection contre de telles éventualités est en voie de devenir une norme qui tient lieu de règle éthique. Et cette norme a de très importantes conséquences: en particulier, elle accélère le processus de technicisation de la pratique médicale et la montée des coûts de la médecine. Pour se protéger contre d'éventuelles poursuites, les médecins abandonnent la médecine des cinq sens, qui ne les protège pas suffisamment en cour, pour recourir à des batteries de tests et d'examens souvent inutiles, bien souvent coûteux, mais qui les mettent à l'abri — croient-ils — du reproche de négligence professionnelle.

CONCLUSION

Il ne faut pas voir dans mon intervention le désir de présenter un point de vue négatif ou pessimiste sur la bioéthique. J'ai voulu plutôt tenter de dresser le tableau — bien incomplet, d'ailleurs — du contexte socioculturel dans lequel est apparue la bioéthique et dans lequel elle tente de se faire reconnaître. J'ai essayé de montrer que, dans la mesure où elle répond à un désir de clarification des valeurs et des normes de la pratique médicale d'aujourd'hui, elle rencontre la concurrence d'autres valeurs et d'autres normes déjà établies et qui bénéficient de diverses conditions qui leurs sont plus favorables qu'à la bioéthique. Ces conditions me paraissent particulièrement reliées à certains traits de la modernité.

Qu'il me soit permis d'insister sur un point qui a servi d'axe principal à ma réflexion dans cette communication. La bioéthique n'aura, à mon avis,

une influence réelle et à longue portée que si elle aborde les problèmes éthiques de la pratique médicale dans leur totalité, c'est-à-dire tout autant dans leurs dimensions politiques, économiques, sociales et culturelles que dans leurs dimensions professionnelles. La bioéthique ne doit pas s'adresser qu'à la conscience morale du médecin ou du chercheur des sciences biomédicales; elle interpelle également l'État et la société, le pouvoir politique et les intervenants de la société civile. Elle doit s'interroger sur les problèmes de justice distributive que pose l'allocation des ressources matérielles et humaines de santé, aussi bien que sur la moralité d'actes médicaux particuliers. Car il faut reconnaître une réalité contemporaine : la pratique médicale, les soins de santé, la recherche biomédicale ne sont plus des activités individuelles, elles ne sont plus le fait seulement d'une profession ou de quelques professions. Ces activités ont une dimension politique, ne fût-ce qu'à cause des fonds publics qui y sont consacrés, mais peut-être surtout parce que la conscience sociale est de plus en plus éveillée aux questions de santé. La santé n'est plus considérée comme n'appartenant qu'au seul domaine privé, elle est entrée dans la conception élargie que l'on a dans les sociétés contemporaines du bien public et de l'espace public.

CHAPITRE 13

LES COMITÉS D'ÉTHIQUE DANS LES HÔPITAUX DU QUÉBEC, ET LEURS CONCURRENTS*

Mon exposé est basé sur un projet de recherche empirique réalisé par le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Notre centre s'est engagé dans un vaste programme de recherche qui porte le titre «Les dimensions juridiques des changements technologiques». Ce programme traite des changements technologiques, d'une part, dans le champ de l'information, de l'informatique et de la communication et, d'autre part, dans le champ des technologies de la santé et de la vie. C'est dans ce deuxième volet de ce programme que s'inscrit le projet de recherche auquel je vais me référer, qui est mené par une équipe interdisciplinaire¹. Il s'agit d'une étude à laquelle nous avons donné le titre suivant : «Acquisitions et utilisations des nouvelles technologies en milieu hospitalier : état de la recherche.»² Pour étudier cette production de normes, nous nous sommes particulièrement attachés à l'étude des procès de prise de décision dans les hôpitaux, en recherchant quels sont les acteurs impliqués dans ce procès, leurs modes d'intervention et leurs stratégies. L'étude a été menée dans une douzaine d'hôpitaux du Québec, universitaires et non universitaires, de langue française et de langue anglaise, de grandes et moyennes villes et de régions périphériques. Dans chacun de ces hôpitaux, nous avons interviewé des administrateurs, des médecins, des infirmiers, des ingénieurs biomédicaux et

* Ce texte a initialement été publié dans : Guy DURAND et Catherine PERROTIN (dir.), *Contribution à la réflexion bioéthique. Dialogue France-Québec*, St-Laurent, Fides, 1991, p. 23. Cet ouvrage réunit les communications présentées lors d'un colloque tenu à Lyon, en France, en décembre 1989, dans le cadre des Troisièmes Entretiens du Centre Jacques-Cartier.

¹ Cette équipe est composée des chercheurs suivants : Guy Bourgeault, Yves Brillon, Thérèse Leroux, Patrick A. Molinari, Guy Rocher. Pierrette Mulazzi en fait partie comme agent de recherche. Y participent également ou y ont participé, des étudiant(e)s de 2^e et 3^e cycle, en sociologie et en droit : Marie Bernard, Louise Bouchard, Geneviève Daudelin, Martyne-Isabel Forest, Caroline Larue, Magali Lewis, Louis Machabée, Nicole Roy, Khatoune Temisjian.

² Publiée depuis par Yves BRILLON (dir.), *Acquisitions et utilisations des nouvelles technologies en milieu hospitalier : état de la recherche*, coll. «Cahiers du CRDP», Montréal, Université de Montréal, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, 1989; voir aussi *infra*, p. 295.

des personnes responsables de la Fondation chargée de recueillir des fonds privés pour compléter les subventions gouvernementales. Ce sont là les principaux acteurs impliqués dans le processus de prise de décision.

C'est de cette manière que nous sommes entrés en contact avec les comités d'éthique existant dans des hôpitaux. Notre étude n'a pas porté spécifiquement sur les comités d'éthique, mais il se trouve que nous avons dû tenir compte de l'existence de ces comités comme étant un des acteurs dans le procès de prise de décision.

Mon exposé sera divisé en deux parties. Dans la première, je vais rapidement décrire le fonctionnement des comités d'éthique dans les hôpitaux du Québec; dans la seconde, je voudrais les situer dans le contexte de ceux que j'ai appelés leurs concurrents.

I- LES COMITÉS D'ÉTHIQUE : LEUR FONCTIONNEMENT

Il existe deux sortes de comité d'éthique bien différents les uns des autres : les comités d'éthique de la recherche et les comités d'éthique clinique. Les comités d'éthique de la recherche sont les plus anciens et ont une autorité reconnue. Tout projet de recherche qui est préparé dans un hôpital ou une faculté de médecine doit nécessairement être visé par le comité d'éthique de la recherche, qui s'assure que les droits des personnes, des sujets impliqués dans la recherche sont respectés par les chercheurs et par leur projet. Cette autorisation par les comités d'éthique de la recherche est devenue obligatoire il y a plusieurs années déjà, parce que les agences canadiennes de subvention de la recherche dans le champ médical comme aussi dans les autres domaines, ont imposé cette pratique. Aucun projet de recherche n'est considéré par ces agences pour des fins de financement s'il ne comporte pas l'approbation d'un comité local d'éthique de la recherche. C'est donc dire que ces comités d'éthique de la recherche ont une autorité reconnue et qu'ils peuvent être considérés à bon droit comme ayant un pouvoir établi dans toutes les institutions de santé où se fait de la recherche.

Il n'en va pas de même des comités d'éthique clinique. Ceux-ci sont d'origine beaucoup plus récente et sont beaucoup moins généralisés; leur autorité est aussi beaucoup moins établie. On fait généralement remonter l'origine de ces comités d'éthique clinique à l'année 1976, lorsqu'un juge de la Cour suprême de l'État du New Jersey eut à décider s'il acceptait la requête des parents de la jeune Karen Ann Quinlan d'interrompre le traitement de leur fille qui était dans un état comateux depuis plusieurs mois à la suite d'une surdose d'alcool et de drogue. Le juge déclara que l'interruption du traitement devait être acceptée par un comité d'éthique de l'hôpital. C'est notamment à partir de cette intervention d'un tribunal que la notion de comité d'éthique s'est généralisée aux États-Unis et au Canada. Il faut par ailleurs dire que certains hôpitaux catholiques avaient aussi déjà établi des comités

d'éthique dans leurs institutions, qui ont probablement servi de modèle au juge de la Cour suprême de l'État du New Jersey.

Si l'on peut dire qu'il existe des comités d'éthique de la recherche dans toutes les institutions faisant de la recherche, on ne peut pas dire qu'il existe un comité d'éthique clinique dans toutes les institutions de traitement. En effet, les comités d'éthique se sont implantés progressivement et un peu au hasard des circonstances ou des personnalités. On n'en trouve pas dans tous les centres hospitaliers et là où ils existent, ils peuvent avoir des statuts bien variables. Ainsi, il arrive que dans certaines institutions, le même comité remplisse une double fonction, ce qui a pour effet de renforcer le comité d'éthique clinique qui bénéficie alors du prestige et de l'autorité du comité d'éthique de la recherche. Mais tel n'est pas nécessairement le cas dans tous les centres hospitaliers, loin de là. En réalité, en ce qui a trait aux comités d'éthique clinique, on trouve dans leurs cas une beaucoup plus grande variété de situations que pour les comités d'éthique de la recherche et aussi plus de flou dans leur composition et dans leurs fonctions.

Étant donné le thème de notre recherche, c'est principalement aux comités d'éthique clinique que nous nous sommes intéressés. C'est exclusivement d'eux que je parlerai maintenant.

En ce qui concerne la composition de ces comités, elle est généralement plus large que celle des comités de la recherche, lesquels sont souvent constitués à peu près exclusivement de médecins, la plupart chercheurs, et parfois d'un juriste et d'un éthicien. Dans le cas des comités d'éthique clinique, outre les médecins, on y trouvera souvent des infirmiers et des infirmières, un éthicien, un ou deux juristes, parfois un ou des représentants du public et des bénéficiaires, ainsi que l'ingénieur biomédical de l'hôpital et le travailleur social ou la travailleuse sociale. Nos quelques observations nous permettent cependant de dire que deux professions exercent un poids beaucoup plus important que les autres dans les décisions de ces comités : ce sont évidemment avant tout les médecins et le ou les juristes.

Les fonctions de ces comités d'éthique clinique sont également variables. Mais, en général, on peut les résumer de la manière suivante. En premier lieu, leur fonction consiste à formuler des avis sur diverses pratiques médicales où se posent des problèmes éthiques. Ce peut être, par exemple, l'attitude du personnel médical à l'endroit des patients atteints du SIDA, ou encore les décisions à prendre concernant les banques d'organes ou de tissus; ce peut être aussi les pratiques du personnel médical dans le cas de patients en phase terminale pour éviter des pratiques que l'on peut taxer d'acharnement thérapeutique. Ces avis sont généralement formulés parce que de tels problèmes se posent d'une manière récurrente dans l'hôpital, ont été signalés aux membres du comité d'éthique ou à son président et ont fait l'objet d'une certaine interrogation parmi le personnel ou une partie du personnel de l'hôpital. Ces avis prendront la forme d'un exposé dans lequel

la situation sera rapidement décrite et des lignes directrices d'éthique ou de déontologie seront exposées et proposées par le comité, accompagnées de conseils ou de recommandations.

Une deuxième fonction que l'on attribue au comité d'éthique clinique consiste à sensibiliser le personnel médical et particulièrement les étudiants aux questions éthiques ou aux aspects éthiques qui se posent dans la pratique médicale. C'est sa fonction que l'on peut appeler éducative. Elle va consister, par exemple, à diffuser le plus largement possible les avis que le comité a préparés; elle consiste aussi à l'occasion en l'organisation de conférences locales ou de séminaires de discussion portant sur un thème sur lequel le comité d'éthique réfléchit ou sur lequel il a déjà présenté un avis.

La troisième fonction des comités d'éthique est celle de servir d'organisme de consultation sur des cas particuliers qui pourraient lui être soumis soit par les médecins, soit par des patients, soit par d'autres membres du personnel médical. Cette fonction de consultation est en réalité très rarement exercée. Bien peu de comités d'éthique reçoivent des demandes de la part de médecins, encore moins de patients, sans compter que les comités d'éthique ne sont pas eux-mêmes très désireux de recevoir ce genre de demande. Une telle consultation pose en effet une série de problèmes délicats, dont le moindre n'est pas celui de la confidentialité des dossiers médicaux, surtout lorsque des représentants du public ou des bénéficiaires font partie du comité d'éthique, sans compter aussi l'atteinte que certains y voient à l'autorité du médecin.

Après avoir évoqué la composition et les fonctions des comités d'éthique clinique, une troisième question se pose, c'est celle de leur autorité : à qui ces comités d'éthique répondent-ils, auprès de qui sont-ils responsables? En général, les comités d'éthique peuvent être responsables soit au conseil d'administration de l'hôpital, soit à la direction de l'hôpital en la personne du directeur général ou en la personne du directeur des services professionnels, soit au comité des médecins, dentistes et pharmaciens de l'hôpital (couramment appelé le C.M.D.P.) que l'on trouve dans tout centre hospitalier et qui exerce une grande autorité professionnelle. Il semble que la plupart des comités d'éthique relève de ce C.M.D.P., car la plupart auront été créés en vertu d'une recommandation ou d'une décision venant de ce comité; et leur rapport au C.M.D.P. passera par l'autorité du directeur des services professionnels plutôt que du directeur général de l'hôpital. Il s'agit en effet d'un comité traitant de questions professionnelles et non de questions administratives, ce qui justifie et légitime son rapport au C.M.D.P. et au directeur des services professionnels.

Au Québec, la formation des comités d'éthique clinique a été très fortement recommandée il y a quelques années par l'Association des hôpitaux du Québec, qui est l'association indépendante regroupant les autorités de tous les centres hospitaliers du Québec. Cette association

publiait en juin 1987 un important document intitulé : *Les comités d'éthique en centre hospitalier : proposition de planification*. Dans ce document, l'Association décrit rapidement l'histoire des comités d'éthique dans les hôpitaux de l'Amérique du Nord, suggère des modalités diverses de composition de ces comités, explicite quelles pourraient être leurs diverses fonctions et recommande fortement à ses membres de voir à l'instauration de tels comités dans les hôpitaux. Cette intervention de l'association a eu un effet certain sur la création et la diffusion des comités d'éthique clinique au Québec, car cette association jouit d'un pouvoir moral considérable dans les centres hospitaliers du Québec, dont elle est à la fois le représentant, le porte-parole et l'organisme de conseil principal.

II- LES COMITÉS D'ÉTHIQUE CLINIQUE DANS LE CONTEXTE DE L'ORGANISATION DE L'HÔPITAL

Il ne faut évidemment pas croire que le comité d'éthique clinique est reçu et accepté dans l'hôpital du seul fait qu'il est créé ou du seul fait qu'il a été proposé et promu par l'Association des hôpitaux du Québec ou par le directeur des services professionnels. En réalité, la vie des comités d'éthique clinique est complexe. Le comité d'éthique doit trouver sa place et son rôle au sein de l'hôpital. Au regard du sociologue, celui-ci constitue une organisation bureaucratique extrêmement complexe, dans lequel les jeux de pouvoir sont très élaborés, entre différents groupes professionnels ayant des traditions différentes et leur formation professionnelle propre. L'hôpital constitue donc un véritable système social, entendu au sens où chacune des parties est interdépendantes des autres parties pour constituer un ensemble structuré, chaque partie ayant sa part d'autorité, de pouvoir et de responsabilité limitée par celle des autres. Au surplus, les différentes composantes du système social de l'hôpital ont chacune leur représentation de ce qu'est l'hôpital, ou de ce qu'il devrait être, ou de ce qu'on voudrait qu'il soit, et chacune des composantes a sa stratégie pour faire prévaloir sa représentation de l'hôpital. Ainsi, par exemple, pour certains groupes de médecins l'hôpital sera tout autant un centre de recherche en médecine qu'un centre de pratique médicale au service d'une population; d'autres médecins auront par ailleurs une représentation de l'hôpital comme étant au service d'une clientèle avant d'être une institution de recherche. Les chirurgiens cardiologues auront de l'hôpital une représentation qui sera bien différente de celle du gynécologue, du médecin de médecine familiale ou du psychiatre. Les administrateurs ont aussi une représentation de l'hôpital, à travers leurs préoccupations de gestion et d'économie, qui peut être bien différente de celle des médecins et souvent en conflit avec cette dernière.

Dans cette perspective, l'on peut dire que le comité d'éthique clinique s'installe dans l'hôpital au milieu d'autres concurrents avec lesquels il va devoir négocier son autorité et son ancrage dans l'organisation de l'hôpital.

Le premier concurrent que le comité d'éthique vient heurter, c'est sans doute la représentation que les médecins se font de leur responsabilité professionnelle. Pour un bon nombre de médecins que nous avons interviewés, le comité d'éthique clinique apparaît comme étant en concurrence avec la liberté qu'ils ont et qu'ils disent devoir conserver dans les décisions professionnelles et personnelles qu'ils prennent face à leurs patients et avec leurs patients. La profession médicale a à son crédit une longue tradition d'autonomie professionnelle; le médecin est depuis longtemps le seul juge dans les décisions qu'il doit prendre concernant l'hospitalisation d'un patient, le traitement à lui faire subir, l'intervention chirurgicale nécessaire, la durée de l'hospitalisation et tant d'autres choses. Les médecins tiennent à cette responsabilité professionnelle; pour un certain nombre d'entre eux, cela fait même partie du serment d'Hippocrate auquel ils aiment se référer. On peut dire que le comité d'éthique vient en quelque sorte heurter une très ancienne et solide culture de la profession, le terme culture étant ici entendu au sens anthropologique du terme. Les médecins ont leur représentation de leur profession, ils ont aussi leur représentation de l'hôpital, du patient, et de leur responsabilité à l'endroit de l'hôpital tout autant que du patient. Dans cette perspective, le comité d'éthique n'est pas nécessairement perçu d'une manière positive ou bienveillante par un bon nombre de médecins. Plusieurs sont même portés à y voir une intervention inopportune et non bienvenue dans leurs responsabilités personnelles et professionnelles, presque un acte de non-confiance à leur endroit.

Un autre élément concurrent du comité d'éthique, très étroitement lié au premier, c'est le sentiment qu'ont les médecins que le comité d'éthique risque de porter atteinte à l'intimité du patient et à la relation professionnelle et personnelle que le médecin a avec le patient. La majorité des médecins que nous avons interviewés s'oppose fortement à l'idée que le comité d'éthique clinique puisse être un lieu auquel on s'adresse pour y soumettre les cas auxquels ils font face. Ils sont prêts à accepter que le comité d'éthique prépare des avis généraux, mais à la condition que ceux-ci ne soient pas considérés comme autre chose que des guides et n'aient aucun caractère contraignant.

Un troisième élément de concurrence est la peur de la bureaucratie chez la plupart des médecins. Ceux-ci sont en effet très sensibles à la montée de la bureaucratie dans l'organisation de l'hôpital, à la bureaucratisation des fonctions professionnelles tout autant que de la gestion dans l'hôpital. Beaucoup de médecins considèrent que cette bureaucratisation risque de porter atteinte à leur pratique professionnelle. Ils sont sensibles au fait que la culture gestionnaire a amené avec elle un surcroît de normativité. Le processus de rationalisation dans lequel les hôpitaux ont dû s'engager a entraîné la production de nombreuses règles et de normes auxquelles les médecins doivent se plier. Le même processus a amené la création de nombreux comités au cours des dernières années, auxquels les médecins sont appelés à participer. Pour un certain nombre de médecins interviewés, le comité d'éthique s'inscrit dans ce procès de bureaucratisation; ils y voient une

autre instance, s'ajoutant à celles existant déjà, et trop nombreuses à leurs yeux, venant chapeauter leur activité professionnelle. Le sociologue qui observe le fonctionnement de l'hôpital est évidemment rapidement frappé par ce que l'on peut appeler le choc de deux cultures : la culture professionnelle du corps médical, depuis longtemps installé dans l'hôpital et y ayant une longue tradition d'autonomie, et la culture gestionnaire particulièrement développée au cours des dernières années, qui a été mise en place par un nouveau corps d'administrateurs professionnels. Aux yeux d'un certain nombre de médecins, le comité d'éthique apparaît comme étant l'expression beaucoup plus de la culture administrative que de leur culture professionnelle. Surtout si l'on évoque la possibilité que le comité d'éthique puisse recevoir des cas pour consultation; tous les médecins sont alors unanimes à invoquer le fait que les cas qui se posent exigent une solution urgente, ils ont un caractère dramatique et il serait à leurs yeux ridicule de prendre le temps de les porter devant un comité d'éthique et d'attendre un avis de cet organisme.

Ce facteur de résistance est encouragé par un quatrième, qui est précisément que le directeur des services professionnels ou le directeur des soins infirmiers ont souvent été la personne jouant le rôle de consultant en éthique, sur une base à la fois personnelle et informelle, auprès du personnel médical et infirmier. Les relations personnalisées et informelles peuvent apparaître à un bon nombre de médecins comme étant bien supérieures au genre de rapport que l'on pourrait établir avec un comité plus impersonnel et formé d'une manière qui leur apparaît hétéroclite.

Un cinquième facteur entre encore en ligne de compte, c'est l'idée d'un pluralisme moral contre lequel le comité d'éthique pourrait sembler aller. Un certain nombre de médecins voient dans la création de ces comités d'éthique clinique la menace de voir ressurgir une nouvelle autorité morale et la crainte de la recherche d'un nouveau consensus moral. Pour un bon nombre de médecins, le consensus moral apparaît comme difficile, sinon comme impossible; il ne leur paraît pas facile ni même nécessaire de rechercher un tel consensus. Les médecins en général vont plutôt penser que l'état moderne de l'éthique est marqué par le pluralisme et que, dans cette perspective, leur responsabilité personnelle et professionnelle n'en est qu'accentuée.

Cette idée du pluralisme moral prend une forme parfois inattendue, c'est celle de la contestation des infirmiers et infirmières. D'une manière générale, il nous a semblé qu'ils ont souvent des points de vue assez divergents de ceux des médecins, surtout lorsqu'il s'agit de soins auprès des patients. Les infirmiers et infirmières ont le vif sentiment qu'ils sont beaucoup plus près des patients, de leurs besoins et de leurs intérêts que ne peut l'être le médecin qui ne voit chaque patient que quelques minutes dans la journée ou même dans la semaine. À cause de cela, des infirmiers et infirmières ont souvent développé une perception des problèmes et des besoins des patients et de l'hôpital assez différente de celle des médecins. À telle enseigne que l'on a pu voir dans au moins un hôpital les infirmiers et infirmières créer leur propre comité d'éthique plus ou moins formel et plus

ou moins autorisé, comme un lieu qui leur soit propre de réflexion sur les problèmes éthiques qu'ils rencontrent dans les soins infirmiers.

Enfin, un dernier obstacle se pose au comité d'éthique clinique, c'est celui de l'impréparation éthique de la plupart des participants à la vie de l'hôpital. Les médecins en particulier, probablement plus que le personnel infirmier, n'ont guère été préparés à une réflexion éthique. De telles préoccupations ne faisaient pas partie de l'enseignement des facultés de médecine jusqu'à ces toutes dernières années, alors qu'elles pouvaient faire partie de la formation des infirmiers et infirmières. De leur côté, les patients et leurs proches ne sont pas non plus habitués à penser qu'ils pourraient s'adresser à un comité d'éthique ou à tout le moins lire les avis d'un comité d'éthique de l'hôpital qu'ils fréquentent. Ce n'est que tout récemment que les questions éthiques ont commencé à faire l'objet d'un enseignement et d'une réflexion dans les facultés de médecine de notre pays et qu'elles ont surgi dans les médias et ont été posées devant l'opinion publique.

CONCLUSION

Pour conclure cet exposé, je voudrais souligner un point qui me paraît important dans la perspective de ce colloque sur la bioéthique. D'une manière générale, il nous est apparu que les questions éthiques qui sont discutées dans les hôpitaux du Québec et celles sur lesquelles réfléchissent les comités d'éthique clinique sont exclusivement de l'ordre des rapports entre le médecin et un patient ou une patiente ou quelques patients. Mais les problèmes que l'on peut appeler d'éthique collective ou d'éthique sociale ne semblent jamais faire l'objet de considérations, ni de la part des personnes que nous avons interviewées, ni de la part des comités d'éthique clinique. Je fais référence ici aux grands problèmes éthiques qui sont posés dans l'allocation des ressources financières, des ressources en personnel, en équipements et en locaux. Les processus d'allocation de ces ressources reposent nécessairement sur des valeurs qui se cachent derrière des priorités. Chaque hôpital, en effet, cherche à établir ce qu'il appelle sa liste des priorités, qui sert à définir la vocation ou la mission de l'hôpital dans son territoire. Or, de telles décisions supposent des choix entre différentes options, choix qui impliquent souvent des valeurs morales. De même dans l'allocation de ressources rares comme les équipements coûteux, il est évident que des valeurs profondes sont en cause; c'est le cas, par exemple, lorsqu'un hôpital doit décider d'investir des sommes considérables dans l'achat d'un équipement qui servira à un nombre relativement limité de patients, par opposition à des investissements dans des équipements moins coûteux ou dans des services qui desservent de grandes populations. On sait, par exemple, qu'un département de néo-natalogie ou un département de chirurgie des greffes supposent un équipement très coûteux pour desservir une population limitée.

Dans cette perspective, se posent des problèmes de justice distributive qui semblent occultés complètement par les règles administratives. En d'autres termes, il nous est très souvent apparu que les règles budgétaires,

administratives et de procédure qui servent au fonctionnement de l'hôpital ont comme effet d'occulter les problèmes éthiques. Ceux-ci trouvent en réalité leur solution, sans réflexion morale, à travers la production et l'application de règles administratives. Il y a là, nous semble-t-il, une grande lacune de la conscience morale et un champ de réflexion élargi auquel la bioéthique devrait également s'appliquer.

Je ne voudrais cependant pas terminer cet exposé sans dire que je n'ai pas voulu transmettre une image négative des comités d'éthique clinique. Au contraire, je tiens à dire l'intérêt que je porte à ces nouvelles institutions et l'espoir que l'on peut entretenir à leur sujet. D'ailleurs, si j'ai fait état de l'expérience québécoise — dans un exposé peut-être un peu trop marqué au coin du localisme — c'est pour qu'elle puisse servir d'élément de réflexion à quiconque voudra instituer de tels comités dans un ou des centres hospitaliers. Dans cette perspective, mon intention a précisément été de ne pas cacher les difficultés que rencontre une telle entreprise, compte tenu du milieu hospitalier, ses cultures et ses acteurs, dans lequel on veut l'implanter.

CHAPITRE 14

L'ÉTHIQUE ET (DE, POUR, PAR) LA SCIENCE*

La science se doit de respecter l'éthique. En revanche, l'éthique ne se construit pas ou ne doit pas se construire sur la science. La science n'est pas en mesure d'apporter de réponse à l'éthique. Tel est le principe, telle est la règle, que l'on croit bien établis. Mais les choses sont-elles aussi claires, aussi simples? Est-ce bien ainsi que les choses se font et se passent? Voyons voir!

Adoptons comme point de départ de nos réflexions ce qui arrive aux lauréats des prix Nobel, ceux et celles qui sont des hommes et des femmes consacrés à la recherche scientifique. Ce sont des hommes et des femmes de laboratoire, généralement en milieu universitaire, dirigeant des équipes d'assistants, de stagiaires, d'étudiants, de techniciens. Ils ont souvent dû employer une partie de leur temps à préparer longuement et soigneusement des demandes de subventions ou des contrats pour maintenir leur laboratoire, acquérir l'équipement nécessaire, recruter et embaucher le personnel requis. Une autre part de leur temps précieux s'est passé à régler, même de loin, des questions administratives impliquées dans l'utilisation des fonds obtenus. Le reste de leur temps a pu servir à la direction intellectuelle des recherches en cours, qui leur ont valu la reconnaissance de leurs travaux par leurs pairs et l'obtention du prestigieux prix Nobel.

Voilà que celui-ci a un effet que la théologie catholique appelait la «transsubstantiation» ou encore l'action «sacramentelle» : il vient changer la nature de la personne qui le reçoit, il inscrit en lui ou en elle un «signe indélébile» qui le marque pour le reste de sa vie. Il devient un «prix Nobel». Et à ce titre, de pur scientifique qu'il était, il devient un Sage. «Le prix Nobel», c'est-à-dire celui ou celle qui le détient, est maintenant invité à se prononcer sur les grandes questions sociales et morales qui préoccupent l'humanité. Il ou elle est invité(e) à ajouter son nom à la liste des autres «prix Nobel» qui ont signé tel ou tel manifeste, qui appuient telle ou telle cause, qui écrivent à tel ou tel chef d'État, qui sont en faveur de telle ou telle politique, et ainsi de suite. Il ou elle peut aussi donner son nom à une nouvelle oeuvre humanitaire ou à une entreprise particulièrement éclairée et novatrice.

* Ce texte a initialement été publié dans : Yvon JOHANISSE avec la collaboration de Gilles BOULET (dir.), *La magie contemporaine. L'échec du savoir moderne*, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1994, p. 89.

Ainsi s'opère une transformation, une transmutation : de la chrysalide du laboratoire émerge un prophète nouveau; la connaissance scientifique engendre une implication éthique et un engagement social.

La conséquence en est que le rapport que l'on croyait clairement établi entre l'éthique et la science se trouble et devient troublant. Le scientifique n'est donc pas aussi loin qu'on le dit de l'éthicien; la science n'est pas aussi muette et aveugle qu'on la prétend en matière de morale. Si l'homme, la femme de science peut si rapidement devenir prophète, cela ne peut être seulement par la vertu d'un simple prix, fut-il le plus prestigieux du monde. C'est plutôt qu'on attribue à la connaissance qu'il ou elle possédait en matière de chimie ou de biologie moléculaire une extension allant bien au-delà du seul champ des éléments de la nature. Dans cet univers de connaissances scientifiques, il serait donc possible de puiser et d'alimenter la source, les racines d'une sagesse, d'une vision du monde, d'une conception de l'ordre des choses, en définitive d'en induire un ordre des valeurs. Le discours de la science a pu engendrer la rhétorique axiologique.

Le prix Nobel, dira-t-on, est exceptionnel. On ne l'attribue qu'à de grands scientifiques. C'est d'ailleurs ce qui lui donne son prestige. Mais son exceptionnalité lui confère du même coup ce qu'il porte de révélateur. Il illustre, en la concrétisant, la culture positiviste et scientiste contemporaine. Il en est le miroir grossissant. Car si l'on attribue ce pouvoir transformant à un prix, même prestigieux, c'est que la culture ambiante des temps présents a déjà produit le milieu intellectuel et moral susceptible d'accueillir l'idée et le fait d'une telle transmutation.

Auguste Comte l'avait déjà prévu et formulé au début du XIXe siècle. Sa fameuse théorie des Trois États avait voulu démontrer que l'histoire universelle de la connaissance a comporté trois phases : la phase théologique, où des forces ou des êtres surnaturels servaient d'explication aux phénomènes de la nature et aux événements de la vie; la phase métaphysique, alors que des concepts abstraits se sont substitués aux explications trop anthropomorphiques de la théologie; la phase positiviste, correspondant à la pleine maturité de l'intelligence humaine, qui s'emploie à observer la réalité telle qu'elle s'offre au regard et à l'expliquer selon la démarche de la méthode scientifique.

Comte voyait la phase positiviste en voie de se réaliser dans le monde moderne, avec le progrès des sciences. Progrès des sciences de la nature d'abord, qui a permis d'éliminer successivement les explications théologiques et métaphysiques des éléments et des forces de l'univers. Progrès qui se poursuivait à ses yeux dans les sciences humaines et qui se poursuivra, dans la mesure où celles-ci s'inspireront de la méthode rigoureuse d'observation et d'explication éprouvée dans les sciences de la nature. C'était d'ailleurs, constatait-il, au tour des sciences humaines à sortir de la gangue de la théologie et de la métaphysique et à entrer dans l'âge positiviste. Auguste

Comte voulait lui-même contribuer à ce mouvement : c'est à cette fin qu'il créa une science nouvelle, qu'il fut le premier à nommer : la Physique sociale ou encore la Sociologie.

C'était la conviction d'Auguste Comte que les désordres sociaux provenaient de l'ignorance des mécanismes et du fonctionnement de la société dans laquelle l'humanité était maintenue tant que les connaissances sociales demeuraient aux stades théologique et métaphysique. Car la philosophie sociale et morale continuait à s'élaborer à partir de notions fausses, incomplètes, biaisées de la réalité : elle ne pouvait en conséquence qu'errer dans ses conclusions pratiques et engager l'action humaine sur de fausses pistes.

Les connaissances qu'apportera la sociologie positiviste permettront enfin d'élaborer une nouvelle philosophie politique et une nouvelle morale individuelle et collective : la morale positiviste. Celle-ci ne sera pas le produit des *a priori* et des préjugés que l'esprit humain charrie depuis trop longtemps : elle sera fondée sur l'observation rigoureuse, systématique de la réalité, par conséquent sur des connaissances précises, scientifiquement éprouvées, touchant l'être humain, sa nature réelle, ses conditions concrètes de vie en société, ses besoins individuels et collectifs. Mais Auguste Comte ne s'arrêtait pas là, dans la révolution des connaissances dont il se voulait le prophète et le promoteur. La sociologie qu'il créait n'allait pas être le couronnement de la nouvelle hiérarchie du savoir qu'il proposait. La sociologie allait servir de piédestal à la science suprême, la Reine des sciences, qui allait être la Morale. Mais une Morale conçue dans des termes nouveaux, c'est-à-dire ceux de la philosophie positiviste. Dans cette nouvelle vision de la hiérarchie et des fondements de la connaissance, la Morale ne devait pas continuer à s'inspirer d'idées générales, sans ancrage dans la réalité. L'originalité d'Auguste Comte fut d'être celui des philosophes qui a défini la morale de la manière la plus radicalement scientiste. Ce sont les connaissances scientifiquement éprouvées, notamment celles qu'apportera la sociologie scientifique, qui serviront de base et de guide à la nouvelle Morale, à l'exclusion de toute autre considération.

L'influence de Comte a été grande dans le procès d'émergence des sciences sociales. Sans qu'on se rallie nécessairement à sa «Loi des Trois États» et à la totalité de sa philosophie positive, sans qu'on partage non plus son optimisme sur les effets bénéfiques des sciences sociales, sa proposition de créer et de mettre en place les nouvelles sciences sociales n'a pas été semée dans le désert : elle a inspiré l'École sociologique française à ses débuts, avec Émile Durkheim et ses disciples, elle a été dans l'esprit des premiers sociologues américains et l'on trouve encore en Amérique du Sud des tenants d'un positivisme social de stricte observance.

La chose est moins claire en ce qui concerne la morale : il ne s'est guère développé une morale savante explicitement et ouvertement positiviste, selon

les projets et les prévisions d'Auguste Comte. Mais je crois qu'Auguste Comte a annoncé l'émergence de ce que j'appellerais le climat moral du monde contemporain, un climat moral qui, dans bien de ses manifestations, respire le positivisme scientiste d'Auguste Comte.

Sans s'inspirer de Comte, peut-être, mais puisant à d'autres sources d'observation et de pensée, Max Weber parlait du **désenchantement du monde** suite aux avancées de la science et des techniques modernes. Il entendait par là que le progrès des connaissances scientifiques (ou leur évolution, si l'on ne veut parler de progrès) avait sapé les bases des grandes mythologies, des fois religieuses. Celles-ci ne sont pas mortes, et ne disparaîtront probablement jamais. Mais les connaissances acquises dans les sciences les ont forcées à un repli face à de nouvelles contestations, et des contestations plus radicales venant s'ajouter à celles que les religions ont de tout temps rencontrées sur leur chemin.

La différence entre Auguste Comte et Max Weber, c'est que le premier était optimiste devant les acquis de la pensée scientifique : il les considérait inconditionnellement comme un progrès et nécessairement bénéfiques à l'humanité. Max Weber, pour sa part, était beaucoup plus nuancé; en réalité, sa vision de l'évolution de l'Occident et de son univers culturel était plutôt tragique qu'optimiste. La rationalité scientifique, et toutes les autres formes de rationalisation de la connaissance et des structures de la vie sociale (droit, bureaucratie, État, etc.) n'ont pas rendu l'être humain plus heureux; elles le privent de la sécurité, de la sérénité intérieure, du sentiment d'harmonie avec le Cosmos que les mythologies et les religions lui avaient apportés jusque-là.

Sans faire appel à d'autres penseurs qui ont aussi contribué à cette évolution, contentons-nous ici de considérer Comte et Weber comme deux prophètes majeurs (ou futurologues) de ce trait de la civilisation contemporaine qui consiste à être imprégnée de la primauté et de l'hégémonie des sciences dites exactes dans la hiérarchie des connaissances. Cette prépondérance de la pensée scientifique se retrouve partout, y compris dans les révoltes qu'elle a engendrées en contrecoup, qu'il s'agisse du romantisme du XIX^e siècle, du dadaïsme du début du XX^e siècle ou du postmodernisme de la fin du XX^e siècle.

Prenons à témoin le droit ou plus exactement la théorie du droit : elle n'a pas été exempte de cette influence. Ce qui s'appelle précisément le positivisme juridique est avec le jusnaturalisme (la théorie fondée sur le droit naturel) l'une des deux grandes écoles de pensée dans la philosophie et la théorie du droit. On peut mettre bien des choses sous le vocable du positivisme juridique et tous ceux qui en traitent ne se gênent pas pour le faire. On peut en effet le caractériser par un de ses traits plutôt que par un autre. Pour nos fins, évoquons l'un de ces traits, qui se retrouve dans une des (nombreuses) définitions qu'on en a données : «une attitude ou une approche des problèmes de la philosophie et de la théorie du droit, fondée sur les

principes d'une philosophie empiriste, antimétaphysique.»¹ On ajoute encore que, dans une de ses acceptions, «l'idée générale du positivisme juridique est qu'il est possible de construire une science du droit sur le modèle des sciences de la nature»². En lisant de telles définitions du positivisme juridique, on se sent bien près d'Auguste Comte, qui prendrait grand plaisir à les lire aujourd'hui; il aurait bien raison d'y voir la confirmation de sa philosophie positive.

Mentionnons parmi les représentants les plus particulièrement significatifs de cette définition du positivisme juridique le juriste américain Christopher Columbus Langdell, qui fut doyen de la Faculté de droit de l'Université Harvard de 1871 à 1895. Au milieu du siècle dernier, les grandes universités américaines n'avaient pas encore accueilli le droit parmi les domaines du savoir qu'elles reconnaissaient et acceptaient d'enseigner. Les avocats se formaient en fréquentant les cabinets d'avocats déjà installés et reconnus par le Barreau. Le droit de pratique s'obtenait en passant avec succès les examens du Barreau. Ce fut une des tâches de Langdell de convaincre l'Université Harvard de faire une place à l'enseignement du droit. Pour y arriver, il entreprit de faire la démonstration que le droit est une science et que c'était à ce titre qu'il requérait son admission dans le giron universitaire. Le droit est une science, arguait-il, parce que : 1° il a un objet dans la réalité objective : les arrêts des tribunaux, les lois, les règlements, etc., tels qu'on les trouve dans les ouvrages de droit, et qui ont une existence aussi réelle que peuvent en avoir les choses qui sont le sujet d'étude des scientifiques; 2° cet objet peut être considéré comme un système, car il est formé d'un ensemble de propositions interreliées, doté d'une cohérence interne, d'une logique propre; 3° de plus, il existe une hiérarchie nettement établie entre ces propositions; 4° on peut ramener toutes les propositions à un petit nombre de principes fondateurs; 5° cet univers de connaissance est le produit d'une lente évolution et de l'apport de milliers et milliers de savants.

Le droit et l'éthique sont bien près l'un de l'autre, même si éthiciens et juristes s'efforcent — avec raison — de les distinguer et d'en délimiter — plutôt artificiellement — les frontières. Le droit se nourrit de la morale courante et s'appuie sur elle. Et l'éthique emprunte souvent un langage et des formes inspirés du droit, surtout lorsqu'elle se formalise et que son élaboration et sa mise en application s'institutionnalisent, comme dans les comités d'éthique ou de déontologie, par exemple, qui se sont récemment multipliés.

Baignant dans le même climat scientifique ou positiviste de l'Occident contemporain, l'éthique n'échappe pas à l'influence hégémonique des

¹ André-Jean ARNAUD et J.-G. BELLEY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 461.

² *Id.*, p. 462.

sciences. Une expression particulièrement claire en est l'autorité morale dont on investit les chercheurs scientifiques à partir du moment où ils sont les récipiendaires d'une reconnaissance prestigieuse comme le prix Nobel. Nous revenons ici à ce qui était le point de départ de notre réflexion. En de tels cas, qu'apporte donc la science à l'éthique? De toute évidence, elle lui fournit une **légitimité**. Celui qui est investi du prix Nobel devient habilité à faire part de ses options morales, des valeurs qu'il privilégie, de ce qu'il juge bien ou mal pour l'humanité présente et à venir. **On reconnaît ainsi que la Science peut être mère de la Sagesse.** Imaginons un instant un cas de contradiction ouverte entre le jugement moral que porterait un physicien récipiendaire du prix Nobel et celui d'un philosophe éthicien. Comment ne pas croire qu'une large majorité de la société occidentale contemporaine se rangerait à l'avis du physicien?

La science ne fournit pas que légitimité à la morale, elle lui apporte aussi un **contenu**. Un cas que j'ai analysé de près me paraît particulièrement révélateur : c'est celui de la régulation bureaucratique ou administrative qui prend figure de valeur. Dans ce qui est devenu la «science de l'administration», véritable science positiviste, un des principes fondamentaux est celui qui veut qu'une bonne gestion soit basée sur des règles qui doivent présenter au moins trois caractères. Elles doivent d'abord être claires, relativement simples, pour que les administrés puissent les comprendre, les assimiler et les utiliser le moment voulu et à bon escient. Elles doivent en second lieu être transparentes, c'est-à-dire qu'elles doivent être rendues publiques à l'intention de l'ensemble des administrés, qu'il n'y en ait pas de cachées, qu'il n'y en ait pas de secrètes. Enfin, les règles doivent faire appel le plus possible à la participation des administrés aux décisions qui les concernent ou qui sont susceptibles d'affecter leurs conditions d'emploi ou leurs conditions de travail.

Lorsque cette régulation existe et qu'elle est utilisée d'une manière également transparente, on en conclut non seulement que l'administration sera saine et efficace mais plus fondamentalement que les exigences de la justice seront respectées. C'est ce qu'il m'a été donné d'observer notamment dans le processus d'allocation des ressources dans le monde de la santé, plus particulièrement des centres hospitaliers, à l'intérieur de ceux-ci et entre eux. On peut alors constater que **la procédure devient justice**. C'est la justice qu'on peut appeler de procédure qui rejoint sans doute la «rationalité procédurale» que Gilles Lane a analysée³. La justice de procédure, qui est en réalité une justice positiviste, tient lieu de la justice distributive longuement élaborée par les philosophes, de l'Antiquité à nos jours, d'Aristote à John Rawls. J'ai déjà eu l'occasion de décrire cette dérive positiviste de la notion

³ Gilles LANE, dans José PRADES, Robert TESSIER et Jean-Guy VAILLANCOURT (dir.), *Gestion de l'environnement, éthique et société*, Saint-Laurent, Fides, 1992.

de justice dans les analyses que j'avais menées, avec une équipe, de la prise de décision touchant l'allocation des équipements coûteux dans le monde hospitalier québécois.

Je trouve ce cas révélateur parce qu'il nous donne d'observer le scientisme moderne dans les replis des sciences humaines, celles qu'on considère les moins «dures» (pour ne pas parler de sciences «molles»!). À ce titre, ce cas témoigne particulièrement bien de l'extension de la culture de la rationalité dans le monde contemporain et de l'emprise que celle-ci a gagnée sur le jugement éthique.

On peut aller encore un cran plus loin : l'attitude exclusivement et authentiquement scientifique — de l'homme et de la femme consacrés à la science — devient une leçon de morale. Nous touchons alors au **processus** de la recherche scientifique. Citons ici Max Weber. Il fut par excellence celui qui prit fermement position en faveur de la «neutralité axiologique» de l'enseignement scientifique au niveau universitaire, et cela parce qu'à ses yeux la science n'a rien à nous dire sur le sens de la vie. C'est dans sa grande conférence sur «Le savant» qu'il s'exprime sur ce sujet avec le plus de clarté et de fermeté : «Qui donc encore, de nos jours, croit — à l'exception de quelques grands enfants qu'on rencontre encore justement parmi les spécialistes — que les connaissances astronomiques, biologiques, physiques ou cliniques pourraient nous enseigner quelque chose sur le sens du monde ou même nous aider à trouver les traces de ce sens, si jamais il existe. S'il existe des connaissances qui sont capables d'extirper jusqu'à la racine la croyance en l'existence de quoi que ce soit ressemblant à une "signification" du monde, ce sont précisément ces sciences-là. En définitive, comment la science pourrait-elle nous "conduire à Dieu"? N'est-elle pas la puissance spécifiquement a-religieuse?»⁴

Mais cette même science, lorsqu'elle est enseignée dans son austérité et sa vérité, Weber conclut qu'elle devient éthique et sert de leçon morale. Si la science est muette sur le sens du monde, elle ne l'est donc pas en matière d'éthique. Dans la même conférence, Weber le disait ainsi : «La tâche primordiale d'un professeur capable est d'apprendre à ses élèves à reconnaître qu'il y a des faits inconfortables, j'entends par là des faits qui sont désagréables à l'opinion personnelle d'un individu; en effet, il existe des faits extrêmement désagréables pour chaque opinion, y compris la mienne. Je crois qu'un professeur qui oblige ses élèves à s'habituer à ce genre de choses accomplit plus qu'une oeuvre purement intellectuelle, je n'hésite pas à prononcer le mot d'"oeuvre morale", bien que cette expression puisse paraître trop pathétique pour désigner une évidence aussi banale.»⁵

⁴ Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959.

⁵ *Id.*

Il me semble que Max Weber, lui-même bien peu comtien pourtant, exprime le fond de la pensée positiviste, sa foi la plus profonde en la vertu morale de la posture scientifique.

Il est vrai — et je le concède volontiers — que la science et les scientifiques sont critiqués et qu'ils ne jouissent pas d'un prestige et d'une autorité unanimement reconnus. C'est en réalité ce qu'on appelle aujourd'hui la technoscience et ses réalisations qui sont soumises à des attaques et des remises en question, bien plus que la connaissance scientifique elle-même. En effet, on peut observer que c'est parfois au nom de connaissances scientifiques que les réalisations de la technoscience sont contestées. Le cas le plus clair se trouve sans doute dans le domaine de l'environnement : c'est en s'appuyant sur des connaissances scientifiques que les écologistes s'attaquent à certains projets ou à certaines entreprises qu'ils jugent néfastes pour l'environnement immédiat ou pour l'avenir de la planète. L'éthique environnementaliste prend appui sur la science.

Dans cette même veine de pensée, il y a un autre phénomène qui mériterait une analyse particulière en termes du rapport entre l'éthique et la science : c'est le cas de la littérature contemporaine impliquant «les savants fous». Ce sont notamment les romans tels que *Frankenstein* de Mary Shelley, *Les Oeufs fatidiques* de Mikhaïl Boulgakov, le *Château des Carpathes* de Jules Verne et, peut-être le plus populaire de tous, *Le cas étrange du Dr. Jekyll et de M. Hyde* de Robert Louis Stevenson. Mais ce qui est frappant dans ces romans, c'est que si le savoir est mis au service de la malice, il sera cependant — souvent — vaincu par un savoir mis au service de l'humanité. La science joue alors un rôle moral évident. Elle est salvatrice, rédemptrice, au nom de la cause de l'Humanité. En ce sens, cette littérature apporte encore de l'eau à mon moulin.

Si l'on revient, en conclusion, au titre dont est coiffé cet essai, «L'éthique et (de, pour, par) la science», on aura compris que c'est l'éthique **par** la science que j'ai voulu mettre en lumière. Quand on lit tout ce qui s'écrit sur les rapports entre l'éthique et la science, on constate qu'on y parle surtout de l'éthique de la science ou de l'éthique pour la science. Je crois que l'on néglige, ou même que l'on occulte, cet autre mode de rapport qui est celui de l'éthique par la science. J'ai surtout esquissé rapidement l'idée que celle-ci fournit à la première à la fois une **légitimité** dont l'éthique a bien besoin dans le monde relativiste d'aujourd'hui, un **contenu**, c'est-à-dire des éléments sur lesquels s'appuient l'évaluation et le jugement moral et un enseignement moral tiré du **processus** de la recherche scientifique.

CHAPITRE 15

Y A-T-IL DES NORMES D'ALLOCATION DES ÉQUIPEMENTS CÔUTEUX EN MILIEU HOSPITALIER?*

Pour les fins de la recherche dont il sera ici question, j'ai fréquenté assidûment les hôpitaux du Québec. Pas comme médecin bien sûr, ce que je ne suis pas, ni comme patient, grâce à Dieu pas encore, mais comme chercheur, dans le cadre d'un projet mené avec une équipe interdisciplinaire¹. Projet de recherche qui nous a amenés à interviewer un grand nombre de médecins, administrateurs, ingénieurs, infirmiers et infirmières dans les hôpitaux du Québec. Ce projet porte sur l'analyse des normes qui régissent l'acquisition et l'utilisation des équipements coûteux dans les hôpitaux du Québec. Ce qui nous intéresse en particulier, c'est de cerner de quelle manière se prend la décision dans l'acquisition de ces équipements coûteux. Quelle est la source des décisions? Quelle en est la démarche? Et quels sont les moments chauds de la prise de décisions?

La rationalisation et ses règles

Ce qui nous frappe au départ, c'est qu'il y a une notion que l'on entend constamment dans toutes les entrevues que nous faisons. C'est la notion de

* Cet exposé est basé sur une recherche dans les hôpitaux du Québec, qui a porté sur les règles créées pour régir l'acquisition et l'utilisation des équipements coûteux, à travers les mécanismes de la prise de décision. La notion de rationalisation s'est avérée centrale; c'est d'elle qu'émergent diverses règles. Trois types de règles, juridiques ou non juridiques, ont été identifiées : des règles constitutionnelles, procédurales et substantives. Une attention particulière a été portée aux principaux producteurs de ces normes, qui sont du même coup les producteurs et les porteurs de la culture gestionnaire dans les hôpitaux : les administrateurs, les ingénieurs biomédicaux. On analyse certaines fonctions manifestes et latentes des règles dans le fonctionnement de l'hôpital. En conclusion, on identifie certaines limites de la justice de procédure et ce qui distingue celle-ci de la justice distributive. Ce texte a initialement été publié dans : (1990) 20 *R.D.U.S.* 219, et il est reproduit avec l'autorisation de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke, Québec; voir *supra*, p. 277.

¹ Cette équipe était composée des chercheurs suivants : Guy Bourgeault, Yves Brillon, Thérèse Leroux, Patrick A. Molinari, Pierrette Mulazzi et Guy Rocher. Y ont également participé, des étudiant(e)s de 2^e et 3^e cycles, en sociologie et en droit : Marie Bernard, Louise Bouchard, Geneviève Daudelin, Martyne-Isabel Forest, Caroline Larue, Magali Lewis, Louis Machabée, Nicole Roy, Khatoune Temisjian.

rationalisation. Il n'y a à peu près pas d'interviewé qui n'a pas employé à plusieurs reprises les expressions «que l'on rationalise, il a fallu rationaliser, nous devons rationaliser».

Cette notion, elle est vraiment clé. Et elle est employée autant par ceux qui sont favorables à la rationalisation que par ceux qui ne le sont pas. Sous la notion de rationalisation, on met, d'après ce que nous pouvons voir, différentes choses. On y trouve d'abord l'idée qu'il y a une rareté de ressources par opposition à une infinité de besoins. Il y a ensuite la notion que les ressources seront dans l'avenir encore plus limitées et les besoins encore plus grands. Il y a également l'idée que depuis trente ans la médecine coûte de plus en plus cher, particulièrement à cause de l'équipement. Enfin, l'idée qu'à une certaine époque mythique, que l'on peut dater, il n'y avait pas de rationalisation. Dans la perspective de ceux qui nous en parlent, au-delà de dix ans, c'est à peu près la période de temps qui devient mythique, c'était le règne de l'arbitraire. Il y a dix ans, il n'y avait pas beaucoup de rationalisation, nous dit-on; il y a dix ans, il n'y avait pas de problème des ressources comme aujourd'hui; il y a dix ans, c'était «au plus fort la poche», comme on nous dit aussi dans certaines entrevues. Depuis dix ans, nous sommes engagés dans la rationalisation.

Rationalisation veut dire aussi autre chose, car pour rationaliser il faut faire des règles, des normes. Le principe de la rationalisation, c'est précisément de s'appuyer sur une normativité, des critères, des standards, des normes, des règles. C'est vers ces règles précisément que nous sommes allés. Non pas exclusivement les règles juridiques mais les règles qui se font au jour le jour dans un hôpital, qu'elles soient juridiques ou non. C'est un problème de distinguer ou de discriminer ce qui, dans les règles que nous analysons, est proprement juridique au sens strict du terme et ce qui est en dehors du champ juridique. Je n'aborderai pas ce problème.

Il y a particulièrement trois types de règles que nous avons observées. Tout d'abord, des règles que l'on peut appeler constitutionnelles, c'est-à-dire ces règles qui ont comme objet, par exemple, la création d'un comité, tel le comité dans l'hôpital. À qui répond le comité? Est-ce que c'est au D.G., au D.S.P., au conseil d'administration? Par quelle voie ses propositions, ses recommandations ou ses décisions sont-elles acheminées et vers qui? Est-il décisionnel ou consultatif? Et quelle est la composition de ce comité? Comment les membres en sont-ils nommés? Voilà ce que l'on peut appeler du droit constitutionnel. Généralement, semble-t-il, ces règles sont assez juridiques. Elles viennent du conseil d'administration qui, par son pouvoir délégué, va créer un organisme doté d'un caractère officiel juridique.

Deuxième type de règles, les règles procédurales qui disent, par exemple, comment est convoqué le comité en question. Qui le convoque? De quelle manière, est-ce verbalement, par écrit? Qui préside les séances? Qui tient un procès verbal? Comment se fait la délibération? Et comment se

prend la décision, y a-t-il vote? En général, ces règles nous ont paru assez floues. Il ne nous semble pas y avoir de règles très précises. Il y a un côté assez informel dans ces règles de procédure.

Troisième type de règles, les règles substantives, celles qui nous disent, par exemple, comment doit être présenté un bon dossier si l'on veut que la demande soit bien reçue et si elle a quelque chance aussi de passer. Par exemple, comment faire la preuve qu'un équipement est maintenant désuet? Ou comment montrer qu'un nouvel équipement ou une nouvelle génération d'équipement a été évaluée? Par qui? Comment? Ou encore, faire la preuve que ça ne coûtera pas plus cher avec ce nouvel équipement, ou même que l'on va économiser en achetant tel nouvel équipement. Quel espace sera nécessaire, quel personnel pourra travailler avec cet équipement ou quel personnel sera nécessaire? C'est ce que nous appelons les règles substantives de la composition du dossier.

Si l'on revient à l'interrogation inscrite dans le titre de ce texte : «Y a-t-il des normes d'allocation des équipements coûteux en milieu hospitalier?», la réponse est claire : Oui, il y a des normes. Elles sont là, nous les avons touchées. Elles sont parfois formelles, parfois floues, souvent informelles. Mais il semble que même si les normes ne sont pas formulées, elles sont dans l'esprit de ceux qui nous répondent.

Partant de cette constatation, la question que nous nous sommes posée est la suivante : qui fait ces règles? Car nous nous intéressons au droit dans sa perspective globale, notamment à la production du droit. Ici, il s'agit peut-être de droit et de non-droit à proprement parler. Peu importe. L'essentiel est de retracer qui fait les règles.

Les producteurs des règles

Il nous a semblé qu'il y avait certains producteurs de règles bien précis dans le milieu hospitalier. Il y en a deux en particulier, deux nouvelles professions dans le milieu hospitalier, qui sont particulièrement productrices de règles. La première, c'est celle des administrateurs, plus précisément les administrateurs patentés, c'est-à-dire ceux qui ont été formés à l'université en administration de la santé, dans une école d'administration, à l'École des HEC, et qui, par un parcours quelconque, sont devenus administrateurs dans un milieu hospitalier.

L'administrateur appartient à cette nouvelle profession qui a déplacé les religieuses d'autrefois. Pour la plupart, ces administrateurs ne sont pas des médecins, ce sont des professionnels de l'administration. Comme professionnels de l'administration, ils sont particulièrement doués pour travailler avec des règles. Ils possèdent l'expertise, ils ont le «*know how*» des règles, ils savent comment «normer» l'organisation d'une entreprise, quelle qu'elle soit. Celle-ci peut être une université ou toute autre entreprise de

production et de services, aussi bien qu'un hôpital. Où qu'il soit, le bon administrateur, c'est celui qui sait produire les bonnes règles et les bien utiliser dans la gestion des ressources matérielles et humaines de son entreprise.

Et la deuxième profession productrice de règles, c'est celle des ingénieurs biomédicaux. Cette nouvelle profession est composée de physiciens ou d'ingénieurs, qui se sont spécialisés dans la connaissance de l'équipement médical et qui sont devenus des experts de la question. De plus en plus, ces nouveaux professionnels se répandent dans les hôpitaux. Certains hôpitaux ont été plus accueillants que d'autres. Là où ils sont installés, les ingénieurs biomédicaux et ceux qui font partie du service du génie biomédical sont des producteurs de règles. Et cela tout simplement parce que leur spécialité, c'est précisément la connaissance des bons standards de l'équipement. Ils savent où est le bon équipement; ils savent quel équipement est meilleur que l'autre. Ils sont en contact avec les producteurs. Ils sont même invités à faire des séjours chez eux pour comprendre la nouvelle génération d'équipements. Ils viennent bien souvent remplacer le médecin qui autrefois recevait les vendeurs. Maintenant, et le vendeur et le médecin ont un grand concurrent, c'est cet ingénieur qui connaît l'équipement parfois bien mieux que le vendeur, et souvent bien mieux que le médecin.

Dans les hôpitaux, nous observons que c'est ce service de génie biomédical qui fait surtout les règles substantives dont je parlais tout à l'heure. C'est l'ingénieur qui va dire au médecin comment il faut préparer un bon dossier, quelles règles il faut suivre, quels standards il faut invoquer pour mettre les chances de son côté. L'ingénieur est aussi très près des administrateurs. Dans beaucoup d'hôpitaux, nous avons observé une grande complicité entre l'ingénieur et l'administrateur. L'ingénieur sera le conseiller constant de l'administration, il aura une ligne directe de communication avec le D.G. Celui-ci comptera beaucoup sur l'ingénieur pour clarifier des choses, d'autant plus que ce département de génie a fait réaliser d'importantes économies à l'hôpital car l'hôpital maintenant ne contracte plus l'entretien de ces équipements à l'extérieur. C'est ce département qui fait tout le travail d'entretien et de réparation de l'équipement.

Les règles «spéciales»

Il y a trois règles sur lesquelles je voudrais maintenant revenir. Elles sont très importantes, mais elles sont beaucoup plus cachées, comme règles, que les précédentes. Ce sont trois règles de procédure, mais qui ne font pas partie des règles habituelles de procédure dont on nous parle, bien qu'elles soient d'une grande puissance. Ce sont des règles que j'appelle «spéciales» de procédure. La première, c'est la règle de la participation, qui veut que, quand on doit acheter un nouvel équipement, ou même régulièrement ou chaque année, tous les médecins dans chaque département soient appelés à

faire état des besoins de leurs disciplines, de leurs spécialités, à établir les priorités du département. Une fois que les médecins se sont entendus entre eux, leurs demandes vont monter à une rencontre des chefs de département, puis aux réunions du comité d'équipement, etc. On a ainsi fait participer tout le monde. Le grand principe derrière ça, vous le connaissez, c'est la démocratie dans l'hôpital. Plus la participation est étendue, plus la décision, dit-on, aura été prise d'une manière démocratique. Et ainsi, on sera arrivé à une décision supposément acceptable pour tous.

La deuxième règle spéciale de procédure, c'est la règle du consensus. Non seulement doit-il y avoir participation, mais consensus le plus possible. Par exemple, des D.G. vont nous dire : «Moi, vous savez, je dis aux médecins : entendez-vous entre vous, vous savez ce que vous voulez, vous connaissez vos besoins. Si vous vous êtes entendus entre vous, je m'engage à porter vos demandes directement au conseil d'administration sans les modifier». C'est une règle importante que le D.G. impose ainsi, parce que c'est une règle d'efficacité; elle est définie explicitement comme telle par le D.G.

La troisième règle spéciale de procédure, c'est la règle que l'on peut appeler «chacun son tour». C'est la règle qui veut que cette année, dans la négociation, on accepte que ce soit votre tour, puis l'année prochaine vous accepterez que ce sera notre tour. La règle du chacun son tour établit ce que des médecins ont appelé la «paix médicale» dans l'hôpital. En d'autres termes, même si un équipement est bien plus désuet qu'un autre, il importe, pour assurer la paix entre médecins, entre départements, que l'on respecte la règle du chacun son tour. Et cette règle-là, nous avons pu voir qu'elle est très puissante dans les délibérations et dans le fonctionnement des demandes.

Les fonctions des règles

L'ensemble des règles, y compris évidemment ces trois règles spéciales, ont d'importantes fonctions dans l'organisation et la marche de l'hôpital et en particulier en ce qui concerne l'acquisition des équipements.

Elles ont ce que les sociologues appellent des fonctions manifestes et des fonctions latentes. Les fonctions manifestes sont assez évidentes. Ce sont des fonctions visibles, aisément identifiables. Je dirais qu'il y a deux fonctions manifestes importantes. Premièrement, c'est à travers ces règles que se fait la gestion d'une économie de la rareté dans un hôpital. Deuxièmement, c'est grâce à ces règles que règne un certain ordre dans le fonctionnement des demandes et dans la gestion de l'hôpital. C'est grâce à ces règles qu'il y a, si vous voulez, absence d'arbitraire, absence d'injustice grave. C'est grâce à ces règles qu'on échappe aux péchés mortels d'une mauvaise administration, tels que le népotisme ou le favoritisme évident, dont on dit qu'ils existaient il y a dix ans et plus.

Mais les fonctions latentes nous paraissent plus importantes. Les fonctions latentes, ce sont des fonctions que l'on voit moins, qui sont moins visibles. Il y en a trois que je voudrais indiquer. La première, c'est ce que j'appellerais la fonction d'acculturation. J'emploie ici un terme qui vient des anthropologues, qui ont étudié des sociétés dont les membres ont été mis à un moment donné en contact avec une nouvelle culture, une nouvelle société, d'autres règles et qui ont progressivement intériorisé ces règles, les ont assimilées, pour une partie en tout cas. Ces observations ont été surtout faites dans les sociétés soumises à la colonisation. Les indigènes, les autochtones de ces pays s'acculturent à la nouvelle culture du colonisateur. Dans l'hôpital il se produit, grâce aux règles que j'ai décrites, un phénomène d'acculturation des médecins, disons plus largement du personnel médical : acculturation à la gestion, à la culture gestionnaire. Les médecins sont un peu comme les indigènes de l'hôpital, si j'ose dire; ils y sont depuis longtemps, tandis que les administrateurs y sont arrivés un peu comme des colonisateurs de l'hôpital, ils y sont arrivés avec leur droit à eux, comme les colons britanniques ou portugais ou français sont arrivés avec leur droit. Et progressivement, ils ont imposé leurs règles, comme les colons britanniques ou portugais ou français sont arrivés avec leur droit. Les gestionnaires, les administrateurs et maintenant les ingénieurs biomédicaux acculturent ainsi les médecins, les infirmières à la culture gestionnaire de l'hôpital, c'est-à-dire à ces ensembles de règles qu'il faut respecter. Même si on a fait le serment d'Hippocrate, il faut accepter, par exemple, que la règle «chacun son tour» est efficace et on la respecte, bien qu'il semble qu'elle aille peut-être parfois à l'encontre du serment d'Hippocrate.

La deuxième fonction latente consiste à faire accepter la gestion de l'économie de rareté, en faisant accepter la rareté comme une dure réalité. Je veux dire par là que la rareté des ressources est généralement présentée comme un fait, une réalité incontournable. On omet de dire que la rareté est un concept relatif et construit : ainsi, quand des hommes politiques affirment qu'«il n'y a pas d'argent», il faut comprendre qu'ils se refusent à aller en chercher davantage par des taxes, des impôts, des emprunts. Car c'est bien important pour une administration de faire accepter la rareté comme une rareté réelle, qu'elle soit réelle ou non, peu importe. Et même de créer une certaine satisfaction de ce que l'on a obtenu malgré la rareté!

Et troisième fonction latente qui est liée à la deuxième que je viens d'évoquer, c'est le sentiment que, lorsque les règles sont connues, lorsqu'elles sont suivies, lorsqu'elles sont transparentes, la justice règne. Au bout du compte, on a atteint une certaine justice. C'est la justice que l'on peut appeler de procédure, c'est-à-dire la justice qui consiste à dire que, lorsque les règles sont bien connues et qu'elles sont bien appliquées, ce qui en sort au bout du compte, c'est le «*Due process of law*» qui l'a voulu et le «*Due process of law*» a comme fonction de produire la justice.

L'assimilation de la culture gestionnaire

Tous les médecins, toutes les infirmières ne subissent pas l'acculturation au même degré. Il y en a, comme dans toute société colonisée, qui sont plus colonisés et d'autres moins. Il y en a qui résistent à la colonisation et d'autres qui intègrent ou qui assimilent la culture du colonisateur. Dans les hôpitaux, nous avons pu constater qu'il y a une polarité de médecins. Il y a des médecins qui ont bien intégré, bien assimilé la culture gestionnaire et ils sont devenus les porte-parole d'une bonne gestion. Généralement, ce sont des médecins qui appartiennent à la catégorie de ceux que nous appelons les gros consommateurs d'équipements. Il se trouve comme par hasard que ce sont eux qui font le plus de demandes et qui ont évidemment le plus à recevoir. C'est, par exemple, le représentant de la radiologie ou de la chirurgie cardiaque dans certains hôpitaux ou de quelques autres chirurgies importantes. Eux, ils ont appris à bien présenter des dossiers, parce que ce qu'ils ont à demander est gros, c'est de l'ordre de 300 000 dollars, 500 000 dollars, et ça revient souvent. Ils ont développé une expertise dans la présentation des demandes. Ils ont aussi plus facilement accès à la procédure, ils la comprennent mieux, si bien qu'un bon directeur de département de radiologie doit être bien intégré à la structure gestionnaire; sans cela, il ne réussira pas très bien et son département va péricliter. Par ailleurs, il y a ceux qui sont peu acculturés, ce sont généralement des médecins qui sont loin de l'équipement, par exemple en médecine communautaire, médecine familiale, en psychiatrie. Ceux-là n'ont pas voix au chapitre, souvent ils ne sont même pas représentés au comité de l'équipement. Si bien que leur pauvre petite demande de 2 000 dollars ou de 5 000 dollars a si peu d'importance qu'elle passe pratiquement inaperçue; les gros achats ont occupé toute l'attention et vidé la caisse. Il n'est donc pas étonnant que des médecins qui sont des petits consommateurs d'équipements coûteux soient plus critiques que les autres. Ce sont eux, par exemple, qui vont critiquer ce qu'ils ont appelé la technicisation de la médecine moderne. Ou qui vont s'inquiéter de la formation des jeunes médecins, trop formés aux techniques et à l'équipement et plus assez aux diagnostics que le médecin peut faire sans tous ces équipements. Ce sont eux aussi qui vont être les plus critiques des administrateurs, qui vont dire de ceux-ci qu'ils ne connaissent rien de la médecine, que la bureaucratie s'est installée dans l'hôpital et ressemble à la bureaucratie du gouvernement. Ce n'est généralement pas le cardiologue, ni le radiologue qui va nous tenir ce discours, c'est le psychiatre ou le médecin de médecine communautaire. Si bien que lorsque nous entrons dans un nouvel hôpital, il nous apparaît d'abord comme une unité, un système. Mais bientôt nous nous rendons compte qu'un hôpital, c'est une famille, c'est-à-dire un milieu conflictuel. Comme toute bonne famille, l'hôpital connaît des conflits : conflits entre administrateurs et certaines catégories de médecins, conflits entre certains médecins et d'autres groupes de médecins, conflits entre les médecins et les infirmiers et infirmières qui sont souvent très critiques de la pratique médicale qu'ils voient.

Au total, les règles ont donc d'importantes fonctions. Non seulement régissent-elles l'établissement, mais elles régissent la culture de l'établissement, l'esprit de l'établissement. Elles sont le fondement d'une certaine mentalité. Par ailleurs, les règles contribuent à discriminer aussi dans l'établissement entre ceux qui sont intégrés à une culture gestionnaire et ceux qui restent en marge de cette culture gestionnaire. Elles servent aussi à minimiser et à résoudre les conflits.

Justice de procédure et justice distributive

Un dernier mot pour conclure. La justice de procédure que j'ai invoquée tout à l'heure doit évidemment être considérée comme un acquis important. Elle correspond dans un hôpital à ce que l'on appelle pour la société globale un état de droit. C'est cette justice de procédure qui assure qu'il y a en effet de bonnes règles, qu'elles sont bien suivies et qu'on peut les modifier s'il arrive qu'elles créent des énormités ou des aberrations. Mais ce qu'il faut par ailleurs bien souligner, c'est que la justice de procédure n'aboutit pas nécessairement à des décisions justes. Derrière cette justice de procédure se profilent des injustices, parce qu'elle comporte des irrationalités ou des non-rationalités. J'en indique trois. Premièrement, j'ai dit tout à l'heure que les gros consommateurs d'équipements sont beaucoup plus maîtres de l'expertise nécessaire en matière de procédure que les petits consommateurs. Ce qu'il faut toujours voir dans une procédure, c'est que les parties ne sont pas égales. Il y a des rapports de force, dans un hôpital comme ailleurs, qui font qu'il y a des médecins, des départements qui ont plus de poids que d'autres, qui ont plus accès aux règles que d'autres, aux connaissances nécessaires dans la procédure que d'autres. L'inégalité des rapports de pouvoir est évidemment de nature à engendrer des injustices, même au terme d'une bonne procédure. Deuxième facteur de non-rationalité, le fait que parfois le prestige de l'hôpital compte aussi dans la prise de décision, de même que la concurrence entre hôpitaux. Il y a des régions que je ne nommerai pas où il y a trois ou quatre hôpitaux et il règne une certaine complémentarité mais aussi une concurrence très vive entre ces hôpitaux. Concurrence, par exemple, pour attirer les jeunes spécialistes qu'il faut absolument avoir, parce que c'est vital pour les hôpitaux de région de recruter des spécialistes, surtout quand on sait qu'ils n'y restent pas longtemps. Et alors, la concurrence entre les hôpitaux vient très souvent interférer dans les règles de procédure, dans la justice de procédure et créer ainsi des déséquilibres dans les décisions. Troisième facteur qui peut fausser la rationalité, il arrive que les jeux politiques et les hommes politiques ont quelque influence. Quand un député est en même temps un ministre, ça aide beaucoup; si sa femme est en même temps infirmière, médecin ou administrateur dans l'hôpital, c'est quelque chose que l'on peut utiliser avec succès. S'il y a de la parenté dans l'hôpital qui est près du pouvoir politique, ça aide aussi. C'est normal, mais ça ne fait pas partie de la même rationalité que la rationalité de la justice de procédure.

Ces dernières considérations m'amènent à conclure qu'il y a finalement une distinction importante qu'il faudrait faire, nous semble-t-il, entre l'acquis de la justice de procédure et la justice distributive. Celle-ci relève d'un autre esprit, elle est une autre forme de justice. La justice distributive veut donner à chacun selon ses besoins et selon son aptitude à utiliser ce qu'on va lui donner. Ainsi définie, la justice distributive ne se réalise pas nécessairement dans la justice de procédure; une autre réflexion s'impose pour passer de la justice de procédure à la justice distributive. Et ainsi s'ouvre la porte sur la réflexion philosophique, au-delà des limites de cette présentation.

CHAPITRE 16

LE DÉFI ÉTHIQUE DANS UN CONTEXTE SOCIAL ET CULTUREL EN MUTATION*

N'étant ni philosophe, ni éthicien, c'est en sociologue, dans la perspective et avec la vieille déformation professionnelle du sociologue, que je vais essayer de parler d'éthique à des philosophes, de franchir le pont entre les sciences sociales et la philosophie. Il se trouve que, depuis quelques années, je suis engagé, avec des collègues et des étudiants, dans des projets de recherche dont je peux dire qu'ils portent sur ce qu'on peut appeler la sociologie de l'éthique. C'est-à-dire que nous avons pris l'éthique et le droit et d'autres formes de normativité comme objet d'étude. Non pas en éthiciens, encore une fois, mais comme chercheurs qui s'intéressent à différentes formes de régulation sociale, à différentes formes de normativité dans la société.

C'est ainsi que je me suis intéressé à l'éthique, de l'extérieur en quelque sorte, mais en essayant en même temps de la comprendre de l'intérieur. C'est donc à partir d'un ensemble de réflexions que je me suis trouvé à faire avec mes équipes de recherche et mes étudiants au cours des dernières années que je vais essayer de vous présenter quelques idées ou quelques orientations de pensée d'un sociologue devant l'éthique.

J'ai essayé d'organiser ma présentation autour de quatre grands thèmes, pour tenter de clarifier un peu certaines choses. Ces grands thèmes, je les donne tout de suite : ce sont ceux de la montée de la classe moyenne, du désenchantement du monde et de l'histoire, de la mutation des rapports sociaux et, enfin, de la fragmentation des zones de vie.

I- LA MONTÉE DE LA CLASSE MOYENNE

On observe dans nos sociétés, surtout depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, un grand réaménagement des classes sociales. D'abord, la quasi-disparition de la classe rurale, qui a fondu comme neige au soleil. Si longtemps majoritaire dans l'histoire de toutes les sociétés humaines, la classe rurale est aujourd'hui presque disparue. En même temps, on observe

* Conférence inaugurale du Colloque sur *Le défi éthique : enjeux et perspectives*, organisé par le département de philosophie de l'Université de Montréal et l'Association des professeures et professeurs de philosophie des collèges, 14-15 janvier 1994. Le texte de cette conférence a été publié dans les Actes du Colloque : (1994) 16 *Revue Philosophique, Revue de l'enseignement de la philosophie au Québec* 11.

une réduction considérable de la classe ouvrière due aux transformations techniques du travail industriel et manufacturier. Cette réduction de la classe ouvrière et la quasi-disparition de la classe rurale ont été compensées par l'accroissement et une sorte d'inflation de ce que l'on appelle la classe moyenne. On en parle souvent au pluriel, les classes moyennes, étant donné que cette classe moyenne n'est pas aussi unitaire que, par exemple, l'aristocratie ou que l'ancienne classe rurale. C'est aussi parce qu'elle est complexe, la classe moyenne, qu'on en parle souvent au pluriel. Le phénomène de l'ascension sociale d'ouvriers, d'artisans, d'anciens agriculteurs, qui sont entrés dans cette classe moyenne, est peut-être le phénomène le plus frappant du XX^e siècle. Un grand nombre d'entre nous sommes les fils et les filles ou les petits-enfants de ces fermiers et artisans, qui avons accédé à cette classe moyenne. Et aujourd'hui, la classe moyenne, c'est nous, les enseignants, les fonctionnaires, les petits bureaucrates, les grands bureaucrates, les professionnels de différentes natures, les annonceurs de radio et de télévision, les artistes : c'est cela, la classe moyenne.

Ce que je veux surtout souligner, c'est que cette montée de la classe moyenne s'accompagne d'une hégémonie de la mentalité de la classe moyenne. Et c'est ici que l'on rejoint des questions d'éthique. Car la mentalité de la classe moyenne, on peut la simplifier en disant qu'elle se caractérise d'abord par un fort individualisme : dans l'esprit et la mentalité de la classe moyenne, chacun est libre de sa montée sociale, chacun doit avoir une suffisante liberté d'action pour bénéficier de la mobilité sociale. L'affirmation de soi fait donc partie de l'esprit d'entreprise qui caractérise la classe moyenne; elle est aussi la motivation qui inspire le besoin d'ascension sociale. En second lieu, la classe moyenne se caractérise par une mentalité utilitaire : dans la perspective de la classe moyenne, on instrumentalise tout en fonction de soi, de ses besoins, de ses désirs, ce qui nous permet de se réaliser comme individu, de monter, de se cultiver, de s'enrichir, etc. Et finalement, troisième trait de cette mentalité de classe moyenne : le goût de la consommation, le besoin de la consommation, le plaisir de la consommation.

Je reviendrai tout à l'heure sur ce troisième trait. Commençons par parler des deux premiers : l'individualisme et l'utilitarisme. Cette valorisation de soi, de sa personne, de son succès, du succès de sa vie, cet esprit d'individualisme, de défense et d'affirmation de ses droits et de ses privilèges, nous les avons exprimés avec le plus de clarté dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. Je crois que c'est là que nous avons déposé tout ce que comporte notre mentalité de classe moyenne. Avec tout le respect qu'on doit à cette Charte, je dis qu'elle est la Bible de la classe moyenne.

Cette hégémonie de la mentalité de la classe moyenne dans la société contemporaine implique un certain nombre de défis éthiques. Tout d'abord, à travers cet individualisme, il me semble que l'éthique doit chercher à retrouver **le sens de la personne**, qui est souvent occulté et disparu sous ce

que l'individualisme présente de réducteur lorsqu'il s'unit à l'utilitarisme. Un sens de la personne, non pas dans la perspective libérale ou «néo-libérale», mais dans son sens profondément humaniste. Par exemple, la notion de la dignité de la personne que l'on a inscrite dans la Charte des droits et libertés, ce sont des juristes qui s'en sont emparés, ce sont des juges qui nous disent ce qu'elle est. Pourtant, c'est là un thème de réflexion philosophique et éthique qui mérite aujourd'hui d'être repris par la philosophie, si l'on ne veut pas abandonner toute l'éthique aux juristes. Il est important de ne pas compter que sur le droit pour nous dire ce qu'est la dignité de la personne. Et pourtant, c'est ce qui se passe en ce moment. Heureusement, un certain nombre de philosophes se sont intéressés à la question de l'individu, de la personne, du personnalisme : Isaiah Berlin ou Louis Dumont, ou encore remontons à Emmanuel Mounier avec son personnalisme ou notre concitoyen Charles Taylor avec son éthique de l'authenticité. Mais il y a un profond écart entre la réflexion philosophique et le discours des juristes. C'est là, me semble-t-il, un premier défi important à relever devant ce grand mouvement, ce grand vent d'individualisme qui accompagne notre temps moderne et qui exprime notre mentalité de classe moyenne.

Un autre défi consiste à contrebalancer l'accent mis sur l'individu par un retour aux solidarités, trop souvent oubliées d'ailleurs. Car ce que l'on peut observer depuis quelques décennies, c'est un déclin des solidarités, je dirais même une éclipse de certaines solidarités. Déclin des solidarités syndicales, à travers la grande crise que traverse le syndicalisme; déclin des solidarités politiques avec le désintérêt que l'on connaît à l'endroit de la politique; déclin des solidarités familiales avec ce que l'on appelle parfois la crise de la famille; déclin des solidarités religieuses. Ainsi, la notion du Corps mystique du Christ, par exemple, qui était notre théologie quand j'étais jeune militant de l'Action catholique, cette idée de la grande communauté des croyants qui transcendait l'espace et le temps, ce communautarisme théologique est comme disparu ou en tout cas mis en veilleuse.

Il y a lieu, dans une réflexion éthique, d'opérer un retour sur ces solidarités, surtout avec les jeunes. Car l'individu, si on veut reprendre le thème de l'individu, ne se fait pas dans le vide social. L'individu se fait à travers et par les réalités contemporaines qui l'entourent. Il y a en particulier trois grands thèmes qui méritent d'être développés sous l'angle des solidarités, particulièrement peut-être avec des jeunes. C'est d'abord le thème de la démographie galopante du monde contemporain et du XXI^e siècle, avec la surpopulation du globe et surtout une surpopulation déséquilibrée car elle se manifestera surtout dans les pays les moins développés alors qu'il y aura une démographie déclinante dans les pays plus développés. Ces déséquilibres dans la démographie du monde vont obliger les pays développés à penser de plus en plus autrement leurs rapports avec les pays sous-développés. Ce sont des réalités bien concrètes qui vont influencer toute notre perspective sur l'immigration et sur les réfugiés, car il y a maintenant non seulement des réfugiés politiques, mais des réfugiés alimentaires.

Deuxièmement, la mondialisation et la continentalisation s'inscrivent dans notre vision du monde à travers les médias d'information qui, aujourd'hui, rapprochent de nous tout ce qui se passe dans le monde, que ce soit en Bosnie, au Gabon, au Zaïre, en Haïti. On vit maintenant au rythme de tout ce qui se passe dans le reste du monde, à l'heure même où les choses s'y passent. Enfin, un troisième thème qui est toujours sensible chez les jeunes, c'est celui de l'environnement, menacé à la fois par notre démographie galopante, par l'industrialisation massive et par les effets de cette industrialisation.

Ces trois thèmes font appel aux solidarités sous l'angle de la responsabilité. Cette notion de responsabilité me semble une notion éthique à reprendre et redévelopper, en insistant peut-être sur un aspect que j'ajoute, celui de la dette culturelle que chaque individu contracte en venant au monde et en vivant. Personne n'existe comme individu et comme personne sans avoir une immense dette à l'endroit de sa famille, son environnement, son milieu, sa société, ses aïeux, son patrimoine, ses ancêtres, bref tous ceux qui l'ont précédé. Cette idée de dette, cette idée que nous sommes des débiteurs, il me semble que c'est une idée qui doit être de plus en plus développée pour contrer la marée de l'individualisme. Nous parlons souvent de l'individu, de la personne comme si elle s'était faite toute seule, comme si elle n'était pas un être sociologique. Le discours éthique doit prendre la personne dans sa totalité humaine et morale, comme individu et comme être social, comme responsable de sa vie et comme débiteur d'un héritage immémorial.

L'autre trait de la mentalité des classes moyennes auquel je veux m'attarder, c'est celui de la consommation. Ce trait est particulièrement marqué depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, par suite de la grande prospérité que cette longue et par ailleurs terrible guerre nous a apportée. Une prospérité qui est aujourd'hui menacée mais qui reste ancrée dans nos mentalités, sous la forme d'un besoin sans cesse croissant de biens. Il fut un temps où la consommation que les sociologues ont étudiée était plutôt la consommation que l'on a appelée ostentatoire, qu'on appelait en anglais *conspicuous consumption*. C'est celle qui se caractérise par l'étalage de biens de prestige : voiture coûteuse, vêtements signés, décoration intérieure fastueuse, etc. Il y a eu des études décrivant la consommation que faisaient les riches pour faire montre de leur richesse, ou même les moins riches pour manifester qu'ils étaient plus riches qu'ils ne l'étaient en réalité. Mais aujourd'hui, ce que l'on observe, ce n'est plus la consommation ostentatoire — elle existe toujours, bien sûr, — mais ce qu'on observe surtout, c'est ce que j'appellerais la consommation gourmande, la consommation boulimique. C'est la consommation du «ce n'est jamais assez» : les deux autos à la porte, la maison de campagne, les vacances en Floride, le système de son de plus en plus perfectionné, les restaurants, beaucoup de jouets pour les enfants. On peut aussi la décrire comme la consommation du «toujours de plus en plus».

Dans cette perspective, le chômage est devenu psychologiquement plus dramatique que jamais, parce qu'il atteint notre besoin boulimique de consommation. Il y a quelques jours, j'étais chez un commerçant de bois dans les Laurentides et j'entendais deux constructeurs qui parlaient des effets du chômage. Ils disaient : «Qu'est ce qui va arriver? Tout le monde va avoir des problèmes parce qu'on tient tous à nos deux autos, on tient toujours à la Floride, à notre système de son et tout le reste. Qu'est-ce qui va nous arriver? Ça va être le règne du travail au noir». Le travail au noir : voilà une des conséquences. Le chômage se dissout, essaie de disparaître dans le travail au noir. Et puis, il y a le travail des jeunes que vous connaissez bien. Parmi nos étudiants, il n'y en a presque plus qui ne consacrent pas plusieurs heures par semaine à un emploi rémunéré. Parfois c'est pour des besoins réels; mais la plupart du temps, c'est pour le système de son, la motocyclette, les vacances, même l'automobile.

Et finalement, l'endettement. Nous sommes presque tous endettés. Grâce à la carte de crédit, dont nous sommes presque tous des détenteurs, nous nous endettons. Je parlais tout à l'heure de la dette à l'endroit du patrimoine mais ici, c'est de l'endettement financier dont il est question : ce n'est plus la même chose! Nous sommes passés de la dette culturelle à la dette financière. Et ce qui est le plus extraordinaire, c'est ce paradoxe fantastique qui veut que la consommation soit devenue une vertu dans la pensée économique capitaliste contemporaine parce que la santé de l'économie capitaliste dépend de la consommation. Plus nous consommons, plus nous contribuons à la richesse collective, plus nous contribuons à la prospérité. C'est quand nous gardons l'argent dans notre poche que nous sommes déviants. «Dépensez, faites vivre l'économie!» C'est ce que nous propose la publicité : non seulement dépenser ce qu'on a, mais dépenser ce qu'on n'a pas. «Hypothéquez l'avenir, voyagez maintenant et payez plus tard!» Une conséquence qui en résulte, c'est l'apparition de la violence. On fait souvent grand état de la violence dans les écoles. Mais celle-ci n'est que le reflet de la violence dans la société. Violence multiforme : à la maison, dans la rue, sur les lieux du travail. Violence physique et violence symbolique. Et cette violence, elle est très largement le fruit empoisonné de la société de consommation. Pourquoi sommes-nous violents dans la société? C'est parce qu'on n'a pas assez d'argent, c'est parce que, étant en chômage, il nous faut encore de l'argent : tout coûte cher — surtout la drogue! — il faut toujours plus d'argent pour combler tous nos besoins. La violence qui nous entoure, c'est une violence de consommateurs frustrés.

Il y a donc de grands défis éthiques qui sont posés par une société dominée par le goût de la consommation. Tout d'abord, il y a toute une réflexion à reprendre et à continuer sur le rapport entre l'être humain et les biens, sur l'avoir et l'être. Une réflexion qui s'inscrit finalement dans ce que la philosophie et l'éthique ont de plus profond, c'est-à-dire la recherche sur le sens de l'existence humaine. Est-ce que toute notre existence humaine trouve son seul sens dans la consommation? La vie humaine n'a-t-elle pas d'autres sens, à travers et au-delà de cette consommation?

Et puis, deuxièmement, il y a aussi une importante réflexion à faire sur la répartition inégale des biens. La société de consommation semble fonctionner comme si les biens étaient répartis également, alors qu'en réalité l'on continue à observer aujourd'hui des écarts toujours croissants entre ceux qui peuvent consommer et ceux qui sont de plus en plus frustrés de ne pas consommer comme ils le voudraient et comme les autres continuent à le faire. D'où cette question de la justice sociale comme thème majeur de réflexion éthique de cette société dite libérale et capitaliste. Cela est particulièrement important au moment où les modèles socialistes connaissent une éclipse, laissant le champ libre au libéralisme trompeusement triomphant.

Et puis, troisième défi qui relève autant de la sociologie que de l'éthique, c'est celui de faire éclater les illusions de la publicité. Cette société de consommation baigne dans la publicité. Et la publicité est vicieuse car elle paraît s'adresser à chacun de nous alors qu'en réalité elle s'adresse au moi perdu dans la masse. La publicité s'adresse à une masse de «moi» où chacun est un numéro dépersonnalisé. Et elle s'adresse au moi à quel titre? Au moi comme consommateur, comme porteur de cartes de crédit. C'est ce moi qui intéresse la publicité. Je ne suis pas contre la publicité; elle existe, il faut vivre avec elle. Mais il faut aussi la démystifier. Il faut en faire émerger les illusions et la tromperie. C'est une des fonctions que la réflexion menée dans un cours de sociologie ou d'éthique peut remplir : rendre les jeunes plus conscients de ce que la publicité a de mensonger, d'illusoire et de dangereux quand on ne la regarde pas d'un oeil critique.

II- LE DÉSENCHANTEMENT DU MONDE ET DE L'HISTOIRE

Passons maintenant au deuxième thème annoncé au début de mon exposé : celui que j'ai appelé le désenchantement du monde et de l'histoire, en utilisant la formule de Max Weber. Celui-ci a développé l'idée qu'avec le progrès de la science et puis aujourd'hui de la technoscience, on a assisté à un recul et à un déclin des mythologies, des religions, des grandes certitudes, des fois et des valeurs antérieures. Dieu est mort scientifiquement : les habitants du Soutnik avaient claironné qu'ils ne l'avaient pas vu dans l'espace, donc qu'il n'existait pas. Le ciel est vide : les astronautes l'ont dit. Voilà le désenchantement du monde par la technoscience, en ce qui a trait aux grandes pensées spirituelles. J'ajoute à cela cependant d'autres formes de désenchantement qui me semblent liées à cette idée du désenchantement du monde.

Et d'abord, le désenchantement de l'histoire. Depuis quelques années, nous sommes entrés dans une période où nous assistons à la perte des idéologies à tendances eschatologiques. Le marxisme connaît une grande éclipse, les socialismes ont plus ou moins réussi. Ils renaissent mais en essayant de prendre des habits de la société libérale et capitaliste. Plus précisément, ce que l'on connaît aujourd'hui c'est la fin de l'espoir en des

lendemains qui chantent, comme on disait il y a quelques années. On ne croit plus aujourd'hui que la société de demain sera nécessairement bien meilleure. Il n'y a plus d'espoir dans le «grand soir» d'une révolution finale et définitive. Il faut vivre maintenant avec l'idée que l'avenir sera à peu près comme aujourd'hui, qu'on ne pourra mieux faire dans l'avenir. La crise de l'État-providence fait aussi partie de ce désenchantement : avec l'État-providence, on avait cru améliorer la société. On est allé à peu près aussi loin qu'on a pu. On ne croit plus qu'on pourra faire mieux; on craint même de faire moins bien.

Deuxièmement, désenchantement à l'endroit de la science. Après avoir causé le désenchantement du monde, la science est elle-même objet de désenchantement en ce sens qu'on reconnaît et admet que la science peut avoir des effets pervers : de cela, on a beaucoup parlé. Mais surtout, si la science apporte des connaissances, elle n'apporte pas de réponse aux grandes interrogations humaines. Il ne faut pas non plus en attendre d'elle. Plus la science progresse, plus la technique avance, plus s'agrandissent et se multiplient les zones d'incertitude. C'est un des plus grands paradoxes dans le monde de la connaissance. Je vous en donne un exemple : le monde de la santé connaît un développement technique et scientifique, mais peut-être surtout technique, considérable depuis trente ou quarante ans. La pratique de la médecine a complètement changé avec l'avènement de toute une technologie nouvelle qui fait que l'on bénéficie aujourd'hui de possibilités de diagnostics, de pronostics et de traitements comme jamais auparavant. Mais en même temps, il est frappant de constater comment avec ce progrès technique l'incertitude médicale est plus grande que jamais. Les décisions médicales étaient plus simples à prendre autrefois quand on n'avait pas tant de techniques. Aujourd'hui les médecins et infirmier(e)s font face à de grands dilemmes médicaux : dilemmes professionnels, dilemmes éthiques. D'où la grande demande d'éthique dans le monde de la santé, devant les possibilités d'acharnement thérapeutique, les options d'euthanasie, la technique qui fait vivre des prématurés ne pesant même pas une livre, les possibilités immenses de vieillissement.

S'est installé, avec ce désenchantement de la science, une sorte d'état de doute. Les incertitudes se sont multipliées et nous sommes entrés dans un règne du doute. Le doute est beaucoup plus courant que les certitudes; la zone de doute dans nos vies est beaucoup plus grande qu'elle ne l'a jamais été. Le doute religieux s'est répandu dans notre milieu, vidant presque les églises, sans pour autant cependant tuer la quête du religieux, comme on peut le constater chez un bon nombre de jeunes. Le doute politique : on doute de ce que la politique peut maintenant faire. On ne croit plus que la politique ait la possibilité de sauver l'économie, comme on a pensé dans les années 1960-1970 qu'elle pouvait le faire. Le doute sur l'avenir économique : la crise et le chômage qui se prolongent et ne paraissent plus se résorber ont engendré une profonde désillusion sur le succès économique. Le doute moral finalement, qui est de plus en plus installé.

Dans cette perspective, finalement, j'ajoute un dernier désenchantement, le désenchantement de l'économie. La plus grande mutation que notre société contemporaine a connue, c'est sans doute la mutation économique. Nous sommes entrés dans une nouvelle phase, où de nouvelles structures économiques sont en train de se mettre en place, dont on ne sait vraiment pas comment elles vont se développer. Une série de grands changements sont en cours : c'est la révolution informatique dans le monde industriel; ce sont les économies nationales maintenant englobées dans des économies continentales et mondiales; c'est la remise en question du rôle de l'État et de l'intervention de l'État dans la vie économique; c'est l'endettement collectif de toutes les nations. C'est enfin et surtout un chômage structurel, permanent dont souffre une très forte proportion de l'humanité contemporaine. Il n'y a plus de stabilité économique. L'idée de la prospérité générale, on n'y croit plus. On observe au contraire des écarts grandissants entre riches et pauvres, entre possédants et défavorisés, entre le Nord et le Sud.

Cet état des choses pose certains grands défis éthiques. Dans l'état d'incertitude et de doute dans lequel nous vivons, le droit est maintenant apparu comme un des substituts à la morale. C'est dans le droit que s'est réfugiée la morale. C'est le droit qui maintenant nous dit ce qui est bien et mal. Vous, éthiciens, êtes en train de vous faire dépasser par la droite — je dis bien par la droite! — c'est-à-dire par les juristes. Où réglons-nous nos problèmes moraux? Chez le législateur à qui nous demandons une législation sur l'avortement, sur l'euthanasie. Qui allons-nous interroger pour obtenir réponse à nos grandes questions morales? Les tribunaux. C'est là que collectivement et individuellement nous demandons la solution à nos dilemmes moraux. Le seul consensus moral qui maintenant peut nous réunir, c'est dans et par le droit qu'il s'effectue. Ce sont les juges et le législateur, mal préparés pour jouer ce rôle d'ailleurs, qui agissent comme guides moraux. L'éthique est en train de déraiper vers le droit. Ce qui fait la terrible force du droit, c'est qu'il est simple en comparaison de l'éthique. Il n'engage pas une réflexion en profondeur, il n'a pas de préoccupation ontologique, il n'a pas de doute métaphysique. Cela entraîne une grande crise de signification de la vie. Car, en dernière instance, ni le droit ni la science n'apportent de réponse à ce que nous sommes venus faire sur cette terre ni à ce que nous voulons être, ni aux interrogations spirituelles de notre temps.

En conséquence de ce que je viens de dire, un grand thème de réflexion éthique devra être celui de la liberté. Comment apprenons-nous à vivre la liberté qu'aujourd'hui nous sommes, en quelque sorte, obligés d'assumer? Que faisons-nous de cette liberté? Qu'est-elle pour nous? En ce moment, c'est le droit qui nous parle de notre liberté, qui nous dit que nous avons une marge d'autonomie : même si nous sommes très malades, terriblement handicapés, nous avons encore droit à notre consentement éclairé. Il est heureux que le droit nous parle maintenant ainsi, que le droit ait incorporé l'idée d'un être humain libre et responsable. Mais il ne faut pas laisser le seul droit nous dire ce qu'est la liberté humaine : les sciences sociales et la philosophie doivent y joindre leur voix.

Il y a à cela une raison que je trouve impérieuse : l'acceptation de la liberté et l'éducation à la liberté sont les choses les plus difficiles à réaliser. Je garde toujours en mémoire la fameuse légende du Grand Inquisiteur dans *Les Frères Karamasov* de Dostoïevski. Le Grand Inquisiteur explique comment les Hommes — on dit les Hommes dans *Les Frères Karamasov*, on ne parlait pas des femmes! — les Hommes demandent la liberté, mais elle leur paraît si difficile à vivre, ils en ont tellement peur qu'ils sont tout de suite prêts à l'abandonner et à déposer tout ce que la liberté suppose de responsabilités entre les mains de celui qui leur dira quoi faire avec la liberté. C'est le rôle du Grand Inquisiteur d'assumer la liberté dont les autres ont peur : il représente la liberté, mais la liberté dont il a dépossédé ceux qui ne savent en user. Dans le monde libre d'aujourd'hui, rien n'est à craindre comme le retour du Grand Inquisiteur, toujours prêt à s'emparer de la liberté de ceux qui la lui abandonnent.

III- LA MUTATION DES RAPPORTS SOCIAUX

Je passe maintenant au troisième thème, que j'ai appelé la mutation des rapports sociaux. J'entends par là que tout un ensemble de nouveaux modes de rapports sociaux sont apparus dans nos sociétés au cours des dernières années. Le plus important de tous est sans doute celui qui concerne les nouveaux rapports sociaux entre hommes et femmes. Nous assistons là à un grand changement de civilisation. On en constate les effets dans notre système d'enseignement : il n'y a pas longtemps, un professeur d'université n'enseignait presque qu'à des garçons alors que nous enseignons maintenant à des majorités de filles. La même chose dans les collèges et cégeps. Et la même chose s'en vient dans les professions, le monde des affaires, la politique. Il s'agit donc d'un profond rééquilibrage qui se produit dans les anciens rapports de pouvoir que les hommes avaient établis avec les femmes et, du côté des femmes, c'est la rééducation de ce que les marxistes auraient appelé leur fausse conscience, celle qui justifiait et légitimait la domination mâle.

Autre important changement, celui qui se produit dans les rapports entre citoyens, avec l'arrivée d'immigrants de plus en plus nombreux et qui vont continuer à arriver, et avec l'arrivée des réfugiés. Nos sociétés, nos pays prennent conscience qu'il n'y a presque pas de pays au monde qui peut se déclarer unitaire. Presque tous les pays maintenant ont des minorités ethniques et linguistiques plus ou moins considérables. C'est notre cas. Nous vivons, particulièrement dans la région de Montréal, dans une société où nous côtoyons dans l'autobus, dans le métro, dans nos salles de cours, dans nos hôpitaux, des citoyens canadiens et québécois originaires des quatre coins du monde et parlant une multitude de langues.

J'ajouterais encore, comme autre changement des rapports sociaux, la montée des personnes du troisième et quatrième âge. Avec le vieillissement de la population, nous faisons face à une présence de plus en plus grande de personnes âgées dont nous ne savons pas quoi faire, qui causent un grand

problème à nos familles. Quelle famille aujourd'hui est capable de prendre en charge une personne âgée : la vieille tante, la grand-maman, la vieille mère, le vieux père? Tout un réseau de centres d'accueil a été mis en place pour relayer la famille. Mais quel isolement ressentent la plupart de ces personnes âgées! Quelle solitude chez elles! Que de tristesse chez les personnes âgées! Que de suicides aussi! On le sait maintenant : les personnes âgées représentent le deuxième groupe le plus susceptible de se suicider après les jeunes. Le nombre de suicides des personnes âgées va certainement aller en augmentant. Par conséquent, nos rapports avec les personnes âgées sont devenus très problématiques et nous allons devoir les repenser. Nous avons des relations agréables avec les grands-parents aussi longtemps que les grands-parents sont agréables. Mais quand les grands-parents sont devenus un peu gâteux, quand ils ont été placés en centre d'accueil, quand ils sont devenus un peu perdus, nous nous éloignons des grands-parents. Il y a là une grande brisure du tissu social.

Voilà donc tout un ensemble de nouveaux rapports sociaux qui vont faire problème à la fois sur le plan microsociologique et sur le plan macrosociologique. Sur le plan microsociologique : dans nos rapports interindividuels avec des étudiants qui viennent de pays dont on ne connaît pas très bien la culture; dans nos rapports avec les personnes âgées; dans les rapports entre hommes et femmes. Sur un plan microsociologique, nous avons donc à apprendre toute une série de nouveaux rapports sociaux. Et en même temps sur le plan collectif : ces changements appellent en effet de nouvelles politiques de l'immigration, de nouvelles règles concernant les réfugiés, de nouvelles politiques sociales touchant les personnes âgées, les différentes formes de la famille contemporaine, l'apparition et l'émergence de nouveaux droits collectifs.

Cela fait surgir un nouveau thème éthique, celui de la différence humaine. C'est un thème que je trouve extrêmement riche. Depuis quelques années, la philosophie et la sociologie d'inspiration féministe, en particulier aux États-Unis, ont beaucoup travaillé ce thème de la différence analysé du point de vue de la femme. En quoi la femme est-elle différente? Les différences entre l'homme et la femme ne sont-elles que culturelles ou ont-elles des fondements biologiques? Voilà une interrogation qui est courante dans un certain nombre d'écrits féministes américains. Mais cette notion de différence ne s'applique pas qu'au féminisme; elle vaut aussi pour nos rapports avec les communautés culturelles, avec les personnes âgées, avec les étudiants, dans les relations de travail. La reconnaissance et le respect de la différence humaine devient de nos jours un thème majeur de réflexion éthique.

IV- LA FRAGMENTATION DES SPHÈRES DE LA VIE

Et finalement, quatrième thème que je voulais aborder, celui que j'appelle la fragmentation des sphères de vie et de culture. C'est un trait

dominant de la société contemporaine qu'elle soit devenue, comme on le dit parfois dans des écrits, hypercomplexe. Remarquez que les anthropologues manifestent beaucoup de résistance lorsque nous disons que la société moderne est hypercomplexe, car ils nous disent que les sociétés archaïques qu'ils étudient sont aussi très complexes, même hypercomplexes avec leur système de parenté. Je les crois volontiers. Mais je continue à dire que si les sociétés archaïques sont hypercomplexes, la nôtre l'est aussi à sa manière. En particulier, un des traits de la modernité, c'est le fait d'une fragmentation sociale et culturelle comme on n'en avait peut-être jamais connue dans l'histoire de l'humanité. Ainsi, dans la société contemporaine, le droit s'est progressivement autonomisé, il s'est détaché de la morale, détaché des religions, détaché du politique. Il n'y a pas si longtemps, le pouvoir politique avait la haute main sur les tribunaux et le dernier mot dans les jugements. De même, la morale s'est autonomisée de la religion, des religions. Nos familles, nos foyers ont gagné leur autonomie par rapport à la parenté. Nos familles nucléaires, comme on les appelle maintenant en sociologie, se sont émancipées de la vaste parenté dans laquelle elles étaient intégrées auparavant. Nos ménages sont devenus des ménages de consommation et non plus de production : la production et la consommation se sont séparées. Nous ne produisons plus ce que nous consommons. L'école s'est emparée de l'éducation et elle s'est autonomisée par rapport à la famille. La professionnalisation fragmente notre marché du travail, le développement scientifique fragmente nos disciplines et entraîne la départementalisation de nos collèges, de nos universités.

Il y a à cette fragmentation certaines conséquences qui me paraissent importantes pour l'éthique. Tout d'abord, voilà qu'on voit apparaître une professionnalisation de l'éthique. Vous êtes des professionnels de l'éthique, de l'enseignement de l'éthique, de la pratique de l'éthique. Il y a là un piège de la professionnalisation, le piège de l'enfermement dans une profession. On peut bien sûr y voir une reconnaissance de l'éthique. Mais en même temps on la départementalise.

Or, cette départementalisation a un double effet. D'un côté, elle peut enfermer l'éthicien dans son éthique savante, celle qui a rapport aux livres et aux doctrines de la morale philosophique ou même théologique. De l'autre côté, la fragmentation de nos savoirs a comme effet d'amener les différentes professions à engendrer leur propre éthique professionnelle à partir de leur expérience pratique, indépendamment de l'éthique savante et même parfois explicitement au mépris de l'éthique savante. Par exemple, à l'occasion de recherches que notre équipe a menées dans les hôpitaux, nous avons eu l'occasion de constater que, devant les grands dilemmes touchant la vie et la mort de patients, la plupart des médecins et infirmier(e)s se réfèrent à une éthique foncièrement individuelle, qu'on peut peut-être appeler circonstancielle : c'est l'éthique du cas par cas, éclairée par l'expérience professionnelle et l'expérience de vie des médecins et infirmier(e)s sur la base desquelles ils construisent un certain consensus pratique dans chaque unité de soins. On observe ainsi des éthiques départementales, variables

d'une unité de soins à l'autre. C'est là une forme bien réelle de la fragmentation culturelle de notre civilisation moderne, qui rejoint directement l'éthique.

L'exemple que je viens de donner concerne ce qu'on appelle couramment la bioéthique clinique. Le même phénomène s'observe sur le plan de l'éthique collective touchant l'allocation des ressources à l'intérieur des hôpitaux et entre les hôpitaux. Avec la rationalisation de l'administration, on a produit des règles d'allocation des ressources qui remplacent heureusement l'arbitraire d'autrefois. Mais ces règles de nature administrative tiennent lieu d'éthique, elles évitent la réflexion éthique. Car ces règles ont institué la justice de procédure, celle que l'on instaure quand on a des règles claires, connues, transparentes et qui sont suivies. Mais la justice de procédure entraîne et cache des injustices : elle demeure basée sur des rapports de pouvoir et des rapports de force dans l'élaboration et l'application des règles. Il règne donc une certaine justice, mais imparfaite et parfois illusoire : la justice de procédure n'est pas la justice distributive, elle ne peut en tenir lieu. Le résultat, c'est qu'on attribue à des règles administratives le statut de règles éthiques; la simplicité de la justice de procédure évite de s'engager dans une réflexion sur les exigences de la justice distributive.

Le défi qui se pose dans ce cas, comme dans bien d'autres, porte sur le statut de l'éthique. C'est là-dessus que je vais terminer. Il me semble que si l'on regarde cette société en mutation et les problèmes nouveaux qu'elle pose, l'éthique fait face à des défis de contenu : réflexion sur la personne humaine, sur la liberté, sur la responsabilité, sur la justice. Mais plus fondamentalement, cette société en mutation remet en question le statut même de l'éthique. Où l'éthique se situe-t-elle maintenant? Quelle conception de l'éthique a-t-on? Il me semble qu'on est en danger d'identifier l'éthique à la régulation. Éthique et régulation, est-ce que c'est la même chose? Je crains fort, pour ma part, que l'éthique n'ait été abâtardie par le fait qu'on l'a réduite à une fonction régulatrice de la société. À mes yeux, l'éthique est bien plus une réflexion qu'une régulation. Ce danger est d'autant plus grand que le droit est le grand concurrent de l'éthique. Il y a danger que l'éthique subisse l'influence de la mentalité juridique qui est dominante et omniprésente dans la société moderne et que, pour mieux jouer la concurrence, elle se veuille l'égale du droit en matière de régulation, qu'elle aille faire concurrence au droit sur le terrain du droit.

Et dans cette même perspective, il y a un dernier point que je soulève. Cette prépondérance de la régulation risque aussi d'entraîner l'éthique dans le vent du *political correctness* que nous connaissons aujourd'hui, c'est-à-dire dans cette poussée d'éthique puritaine qui s'est emparée de l'Amérique depuis un certain nombre d'années. Plus on sent et craint le vide moral et plus on sent la demande de morale, plus on risque d'être entraîné dans des excès de régulation qui se prennent pour de la vertu et pour de la pureté morale. Aux États-Unis, on est toujours un peu excessif : on s'est engagé sur les campus

américains dans une morale de ce qu'ils appellent le multiculturalisme (qui n'est pas celui du Canada), qui représente une autre forme de la fragmentation culturelle dont je parlais tout à l'heure, sous la bannière d'une nouvelle éthique.

Le sociologue que je suis a peut-être été paradoxal : au lieu de mettre en lumière les grands courants et les grands mouvements de pensée d'aujourd'hui, j'ai insisté sur des idées qui sont à contre-courant. C'est que je crois profondément que l'éthique contemporaine doit aller à contre-courant des grands courants qui nous emportent. Elle doit ramer dans le sens inverse : vers l'amont, plutôt que de se laisser aller en aval. Car la sociologie nous enseigne une chose importante : s'il est vrai qu'il est plus facile d'aller dans le sens des grands courants d'une époque, les grands mouvements de l'avenir sont ceux qui vont à contre-courant.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--------------------|----|
| AVANT-PROPOS | IX |
|--------------------|----|

| | |
|---------------------|------|
| PLAN SOMMAIRE | XVII |
|---------------------|------|

PREMIÈRE PARTIE LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ CONTEMPORAINE

CHAPITRE 1

| | |
|--|----|
| L'emprise croissante du droit | 3 |
| Introduction | 3 |
| I- La double mutation du droit contemporain | 4 |
| Première mutation : l'explosion du droit public..... | 4 |
| Deuxième mutation : les droits de la personne | 6 |
| II- Le droit comme morale et comme raison | 7 |
| Le droit et les morales..... | 7 |
| Le droit et le consensus social..... | 9 |
| Le droit et la justice..... | 10 |
| Le droit comme Raison..... | 12 |
| III- L'emprise du droit par la profession juridique..... | 13 |
| Conclusion | 16 |

CHAPITRE 2

| | |
|---|----|
| Le droit canadien : un regard sociologique | 19 |
| Introduction | 19 |

| | | |
|------|--|----|
| I- | Les sources historiques de la sociologie du droit | 20 |
| | Le droit pur et le droit impur | 20 |
| | La critique de l'état du droit : Marx et Engels..... | 22 |
| | La sociologie du droit : Max Weber | 23 |
| | La science politique et le droit..... | 26 |
| II- | Les dimensions fondamentales de la sociologie du droit..... | 29 |
| | Les postulats d'une sociologie du droit | 29 |
| III- | Le droit comme élément au contrôle social..... | 31 |
| | Les moments du droit..... | 33 |
| IV- | Le droit comme valeur sociale | 41 |
| | La mythification du droit | 41 |
| | La démythification du droit | 44 |
| | Conclusion | 63 |

CHAPITRE 3

| | | |
|--|--|-----------|
| | Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes | 67 |
| | Introduction | 67 |
| | Les origines du libéralisme aux XVII ^e et XVIII ^e siècles | 67 |
| | Les idées — valeurs fondamentales des premières Chartes | 68 |
| | Libéralisme et capitalisme bourgeois..... | 70 |
| | Le nationalisme et les droits collectifs | 72 |
| | Les socialismes et les droits économiques et sociaux | 73 |
| | Une troisième philosophie : les existentialismes..... | 74 |
| | Les Chartes : une convergence de différents courants de pensée..... | 76 |
| | La convergence : réconciliation ou cohabitation..... | 72 |

| | |
|--|----|
| Les Chartes canadiennes et québécoise : une différence d'inspiration..... | 79 |
| Les Chartes et les relations de travail | 80 |
| Conclusion | 82 |

CHAPITRE 4

| | |
|--|----|
| Les sociétés technologiques, la culture et le droit | 83 |
| Introduction..... | 83 |
| I- Les sociétés technologiques : un essai de définition | 84 |
| II- Les valeurs dans les sociétés technologiques | 87 |
| Les valeurs : facteur d'émergence des sociétés technologues..... | 88 |
| Les effets de la société technologique sur les valeurs | 90 |
| III- Le droit dans les sociétés technologiques..... | 94 |
| Conclusion | 97 |

CHAPITRE 5

| | |
|--|-----|
| Tensions et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs | 99 |
| Introduction..... | 99 |
| Un intérêt croissant pour les droits et libertés de la personne..... | 99 |
| Droits de la personne et démocratie..... | 101 |
| La notion de droits collectifs..... | 103 |
| Revenons à la démocratie comme utopie | 104 |
| Opposition et tensions entre droits individuels et collectifs..... | 105 |

| | |
|--|-----|
| La complémentarité nécessaire des droits individuels et des droits collectifs | 106 |
| Conclusion | 107 |

CHAPITRE 6

| | |
|--|------------|
| Droits, libertés et pouvoirs : dans quelle démocratie ? | 109 |
| Introduction | 109 |
| Les ambiguïtés du droit et des droits..... | 111 |
| Droit et démocratie..... | 112 |
| La mutation socialisante du droit | 113 |
| La mutation personnaliste du droit..... | 114 |
| Les droits de la personne : conquête et mystification | 115 |
| La sociologie des sociétés démocratiques | 117 |
| Quelle démocratie ?..... | 118 |

DEUXIÈME PARTIE LES SOCIOLOGIES DU DROIT

CHAPITRE 7

| | |
|--|------------|
| Pour une sociologie des ordres juridiques..... | 123 |
| Introduction | 123 |
| I- Le droit positif des juristes : ses limites pour la sociologie | 123 |
| Le droit positif | 123 |
| Les limites de la notion de droit positif | 125 |
| II- La notion d'ordre juridique..... | 127 |
| L'ordre juridique selon Max Weber..... | 127 |
| L'ordre juridique selon Santi Romano..... | 129 |

| | |
|---|-----|
| L'ordre juridique selon Jacques Chevallier | 132 |
| III- Définition de l'ordre juridique | 134 |
| Ordre juridique et ordre normatif | 135 |
| Les emprunts | 137 |
| IV- La pluralité des ordres juridiques | 138 |
| Les ordres juridiques religieux | 139 |
| Les ordres juridiques ludiques | 140 |
| Les ordres juridiques marginaux | 141 |
| Alors, tout ne devient-il pas juridique ? | 142 |
| Le pluralisme juridique : une tradition | 143 |
| V- Les rapports entre les ordres juridiques | 146 |
| Le droit et les changements technologiques | 147 |
| Déréglementation et autorégulation | 148 |
| Conclusion | 150 |

CHAPITRE 8

Le droit et les juristes dans une «société libre et démocratique» selon

| | |
|--|------------|
| Alexis de Tocqueville | 151 |
| La liberté et la démocratie, selon Tocqueville | 153 |
| La méthode sociologique de Tocqueville | 155 |
| Le modèle théorique : de Montesquieu à Tocqueville | 156 |
| Le droit dans les régimes aristocratiques et les démocraties | 157 |
| Contribution du droit au renforcement de la démocratie américaine | 160 |
| Droit et économie | 163 |
| Les droits économiques et sociaux | 166 |
| Sociologie de la profession juridique | 169 |
| La sociologie du droit de Tocqueville | 171 |

CHAPITRE 9

| | |
|---|------------|
| Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons | 175 |
| Introduction | 175 |
| Un intérêt un peu tardif | 176 |
| I- La notion du droit chez Parsons | 179 |
| Une notion pluraliste du droit..... | 181 |
| II- Le droit dans la pensée de Parsons..... | 183 |
| Place et fonctions du droit dans le système social | 183 |
| Le droit, l'évolution des sociétés et la modernité..... | 185 |
| La profession juridique | 187 |
| Les fonctions morales du droit | 190 |
| III- La sociologie du droit de Parsons : sources, évaluation et suites | 192 |
| Évaluation critique | 196 |
| Au-delà de Parsons : Harry Bredemeier, Leon Mayhew et Victor Lidz | 199 |
| Conclusion | 203 |

CHAPITRE 10

| | |
|--|------------|
| La réception de l'œuvre de Max Weber dans la sociologie et la sociologie du droit aux États-Unis..... | 205 |
| Introduction | 205 |
| I- Max Weber et la sociologie américaine..... | 206 |
| II- Max Weber dans la sociologie du droit américaine | 217 |
| La lente percée de la sociologie juridique de Weber | 218 |
| L'intérêt croissant pour la sociologie juridique de Weber au cours des quinze dernières années..... | 221 |

| | |
|---|-----|
| L'évolutionnisme : le droit, la société occidentale et la modernité..... | 222 |
| Weber et l'analyse critique du droit, de la modernisation et du capitalisme..... | 226 |
| Max Weber et la phénoménologie du droit..... | 231 |
| Conclusion | 233 |

CHAPITRE 11

| | |
|--|------------|
| Droit, pouvoir et domination..... | 235 |
| Introduction..... | 235 |
| I- Le débat sur le pouvoir | 236 |
| Le pouvoir : une notion contestée | 236 |
| Les définitions volontaristes..... | 239 |
| Les définitions systémiques..... | 242 |
| Les définitions critiques..... | 244 |
| II- Droit, pouvoir et domination, selon Max Weber | 246 |
| Pouvoir et domination..... | 246 |
| Le droit, comme légitimité de la domination | 248 |
| Le droit et les structures de domination..... | 251 |
| III- Quelques réflexions sur une sociologie du droit et des pouvoirs..... | 253 |
| Le pouvoir dans la définition du droit | 253 |
| Le droit et les rapports de pouvoir et de domination | 255 |
| Le symbolisme dans le droit, le pouvoir et la domination..... | 256 |
| Conclusion | 258 |

TROISIÈME PARTIE DU DROIT À L'ÉTHIQUE

CHAPITRE 12

| | |
|--|------------|
| La bioéthique comme processus de régulation sociale : le point de vue de la sociologie..... | 261 |
| Introduction | 261 |
| I- La civilisation de la modernité | 262 |
| L'hégémonie de la technoscience..... | 263 |
| Le droit dominant | 264 |
| La rationalité économique | 265 |
| L'organisation bureaucratique..... | 266 |
| La professionnalisation | 267 |
| II- La bioéthique dans le contexte de la modernité | 268 |
| La bioéthique, un produit de la technoscience | 268 |
| La rationalité économique, concurrente de la bioéthique..... | 270 |
| La bureaucratisation, une normativité..... | 271 |
| La normativité émergeant des rapports de pouvoir | 273 |
| La normativité juridique et la bioéthique..... | 274 |
| Conclusion | 275 |

CHAPITRE 13

| | |
|---|------------|
| Les comités d'éthique dans les hôpitaux du Québec, et leurs concurrents | 277 |
| Introduction | 277 |
| I- Les comités d'éthique : leur fonctionnement..... | 278 |
| II- Les comités d'éthique clinique dans le contexte de l'organisation de l'hôpital | 281 |
| Conclusion | 284 |

CHAPITRE 14

| | |
|--|------------|
| L'éthique et (de, pour, par) la science | 287 |
|--|------------|

CHAPITRE 15

| | |
|---|------------|
| Y a-t-il des normes d'allocation des équipements coûteux en milieu hospitalier ? | 295 |
|---|------------|

| | |
|-------------------|-----|
| Introduction..... | 295 |
|-------------------|-----|

| | |
|---------------------------------------|-----|
| La rationalisation et ses règles..... | 295 |
|---------------------------------------|-----|

| | |
|---------------------------------|-----|
| Les producteurs des règles..... | 297 |
|---------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------|-----|
| Les règles «spéciales»..... | 298 |
|-----------------------------|-----|

| | |
|-------------------------------|-----|
| Les fonctions des règles..... | 299 |
|-------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| L'assimilation de la culture gestionnaire..... | 301 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| Justice de procédure et justice distributive..... | 302 |
|---|-----|

CHAPITRE 16

| | |
|--|------------|
| Le défi éthique dans un contexte social et culturel en mutation | 305 |
|--|------------|

| | |
|--|-----|
| I- La montée de la classe moyenne..... | 305 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| II- Le désenchantement du monde et de l'histoire | 310 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| III- La mutation des rapports sociaux..... | 313 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| IV- La fragmentation des sphères de la vie..... | 314 |
|---|-----|