

Autour de l'École de Montréal

Karim Benyekhlef*

I. Le quatrième temps de la vie scientifique du CRDP	19
II. Une école?.....	20
III. Antipositivisme : pour un pluralisme juridique	22
IV. Antiétatisme, mondialisation et nationalisme méthodologique	26
V. Effectivité et surdétermination	29
Conclusion	32

* Professeur titulaire, directeur du Laboratoire de cyberjustice et titulaire de la Chaire LexUM en information juridique, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

Je remercie Pierre-Luc Déziel, alors candidat au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour son aide dans la préparation de ce texte et maintenant professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.



Ce court texte se veut un prétexte pour entamer des discussions et des échanges sur une plateforme virtuelle devant déboucher sur un colloque à venir. Mes remarques sont parcellaires et ne rendent certes pas justice à la richesse des travaux des chercheurs. Elles sont un point de départ.

Lorsque le Centre de recherche en droit public a souligné son cinquantenaire en 2012, une brochure a été préparée afin d'illustrer les travaux conduits par ses chercheurs au cours du dernier demi-siècle. C'était alors l'occasion de revenir sur cinquante ans de recherche en droit marquée par des tendances, des inclinations, des polémiques, des discussions, des dissensions, des connivences, des complicités... Tout ce qui fait le sel de la vie intellectuelle ! Pour autant, y aurait-il un fil d'Ariane qui réunirait ces travaux multiples ? Des travaux dont la variété masquerait une constance doctrinale, des affinités théoriques, l'adhésion à une doctrine propre ? La brochure du cinquantenaire établissait quatre temps ayant rythmé la vie scientifique du Centre : de 1962 à 1972, une recherche visant à repenser l'État ; de 1972 à 1985, une recherche visant à élargir la notion de droit public ; de 1985 à 1999, une formalisation des axes de recherche qui occupent encore les chercheurs aujourd'hui et, finalement, de 1999 à aujourd'hui, une recherche marquant le tournant pluraliste. De ces quatre moments intellectuels, je me propose d'aborder le plus récent. Il n'est pas en effet dans mon intention de dresser une histoire intellectuelle du CRDP mais, plus modestement, de porter le regard sur cette période récente et féconde qui a vu émerger au Centre une certaine doctrine autour de quelques concepts clés qui animent encore la réflexion de plusieurs de ses chercheurs. Ces quatre périodes sont certes marquées par des intérêts communs de recherche, une certaine communauté d'esprit, des travaux d'équipe, mais ces qualités ne fondent pas forcément une doctrine partagée. Elles laissent place à une grande liberté scientifique et à des chercheurs qui empruntent des routes sans doute communes, mais chacun muni de son propre viatique conceptuel.

I. Le quatrième temps de la vie scientifique du CRDP

Le quatrième temps de la vie scientifique du Centre marque pourtant une certaine unité. Il est le résultat des travaux conduits dans la décennie 90 autour de l'émergence des normes dans des environnements technologiques (technologies de l'information et de la communication et technologies de la santé : génétique, génomique, etc.). La relecture des travaux des chercheurs de ce moment confirme une inclination à partager une vision qui s'éloigne des canons alors usuels de la recherche en droit. En fait,

tout semble partir d'une insatisfaction à l'égard du positivisme juridique, c'est-à-dire de cette conception qui veut «qu'il n'est de droit que statué ou posé» et «que les formes dans lesquelles il est posé ou statué suffisent à établir son caractère de droit»¹. Le positivisme ne semble pas refléter les réalités du monde. Il explique mal l'émergence des normes d'abord informelles et, ensuite, formelles qui caractérise les phénomènes technologiques étudiés. Comment expliquer que des juristes, préoccupés par un formalisme normatif, puissent se poser la question de l'adéquation d'une conception fondatrice du droit moderne aux réalités sociales ? Il faut d'abord bien entendu reconnaître que les juristes se posent ce type de question depuis longtemps, à intervalles réguliers². Ceci dit, la composition interdisciplinaire du CRDP conduit naturellement à ces interrogations. Mais, c'est d'abord le programme de recherche du CRDP élaboré à la fin des années 1980, s'articulant autour de questionnements relatifs à l'émergence et à la cristallisation des normes dans des environnements technologiques, qui lance ces réflexions et oblige, dès lors, à revisiter les notions juridiques classiques, comme celles des sources du droit ou du monopole de l'État sur l'objet «droit», cette marque essentielle de la souveraineté : dire le droit.

II. Une école ?

Mais avant d'aller plus loin, il n'est pas inutile de dire quelques mots de la notion d'«école». Le Petit Robert évoque un «groupe ou [une] suite de personnes, d'écrivains, d'artistes qui se réclament d'un même maître ou professent les mêmes doctrines». Qu'on se rassure, il n'y a jamais eu de maître au CRDP. Des maîtres, sans doute, mais un maître, jamais. Ce sont plutôt les idées qui ont réuni des chercheurs aux parcours souvent distincts, mais qui poursuivaient toutes et tous une réflexion originale sur la meilleure manière d'appréhender la norme dans son contexte social. Si école il y a eu, ce serait donc autour de quelques idées que je me propose de présenter brièvement afin de susciter les échanges. Au terme de nos discussions, peut-être pourra-t-on définir plus précisément cette école de Montréal ou alors conclure que les points de doctrine sont trop éloignés pour constituer un mouvement, une école.

¹ Eric MAULIN, «Positivisme», dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1174.

² Lire, entre autres, Évelyne SERVERIN, *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000.

Les acteurs de cette « école » ne semblent d'ailleurs pas vouloir faire... école. On rejette d'emblée l'idée d'une théorie. Andrée Lajoie, dans un ouvrage qui ramasse et condense plusieurs idées défendues par cette génération de chercheurs, écrit :

Située dans cette problématique, notre démarche ne se donne pas pour but de formuler « une » théorie des phénomènes qui nous interrogent dans la production du droit, quel que soit le milieu de son émergence : nous visons au contraire le maintien, pour cette analyse, d'approches théoriques différentes, dont la validité et la portée devraient faire l'objet d'examen critique au cours de synthèses comparatives périodiques.³

L'approche se veut ouverte, loin de tout dogmatisme conformément au dispositif postmoderne. Pourrait-on alors arrêter ici l'enquête ? Circulez, il n'y a rien à voir. Non. Cette pluralité d'approches ne signifie pas l'absence de points communs, de questions partagées, de visions complices. Cet extrait ne fait que souligner la nécessité de confronter les points de vue et de leur remise en cause permanente.

Plusieurs acteurs ont animé le CRDP de cette époque. Au premier chef, on peut penser à Andrée Lajoie, Guy Rocher, Rod Macdonald, Richard Janda, Pierre Trudel, Jacques Frémont, Jean-Guy Belley et d'autres. Une nouvelle génération de chercheurs s'est aussi inscrite dans cette lignée et on y reviendra. Ils n'étaient pas tous formellement rattachés au CRDP, mais les collaborations établies sont fortes et les projets communs nombreux. Ces noms sont associés à ce moment de l'histoire théorique du Centre. De cette liste, tous sont juristes, sauf Guy Rocher dont l'association au CRDP date de 1979 et qui fait porter ses travaux sur la sociologie du droit. Mais, l'étude des phénomènes normatifs des environnements technologiques oblige à faire intervenir d'autres disciplines (informatique, économie, médecine, génétique, biologie, etc.)⁴. On y reviendra.

³ Andrée LAJOIE, « Introduction », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, sur-détermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 1998, p. 1, à la page 2.

⁴ Sur l'interdisciplinarité : « L'interdisciplinarité demeure encore une réalité difficile à cerner. Elle recoupe en effet plusieurs “mouvements” épistémologiques de nature hétérogène pouvant inclure : 1) le développement de liens conceptuels utilisant la perspective d'une discipline pour modifier la configuration d'une autre discipline ; 2) le recours aux techniques de recherche d'une discipline pour élaborer un modèle théorique dans une autre ; 3) le développement d'un cadre théorique inédit qui permette

III. Antipositivisme : pour un pluralisme juridique

On peut présenter les réflexions de ces acteurs à partir de l'ouvrage qui conclut un de leurs projets majeurs de recherche : *Théories et émergence : pluralisme, surdétermination et effectivité*, publié en 1998. Cet ouvrage fait suite à un colloque ayant réuni des chercheurs du Centre et d'ailleurs. On retrouve dans celui-ci les thèses essentielles des acteurs : du pluralisme radical de Macdonald, à l'effectivité de Rocher en passant par la surdétermination chère à Lajoie. Tous sont animés par ce que Lajoie appelle un « antipositivisme ». On retrouve ici encapsulée une partie du programme théorique des acteurs du moment :

Bien évidemment, on ne s'interroge pas sur le mode de production du droit s'il ne peut découler que de prononcés qui se trouvent être interprétés déductivement par des juges appliquant un syllogisme. Les terrains de recherche où nous tentons d'induire – non pas la, mais des – réponses alternatives à cette question, trahissent eux aussi le même *antipositivisme*. Car chercher – non pas les sources, mais des éléments constitutifs – du droit dans la production normative des institutions non traditionnellement reconnues comme juridiques (banques, hôpitaux, universités, entreprises, bureaucraties, commissions de réforme) sans parler de la collectivité non institutionnalisée elle-même, c'est renier le monisme kelsenien, le monopole du législateur. Cet antipositivisme, il va sans dire, n'est pas inconscient de notre part, il fait l'objet de théorisations variées et complémentaires dont la synthèse comparative périodique constitue pour nous un objectif tout aussi important.

Le questionnement sur l'émergence des normes et les conceptualisations du droit qui le sous-tendent, de même que les théorisations alter-

d'intégrer la recherche effectuée dans plusieurs disciplines ; 4) la modification et l'extension du cadre théorique d'une discipline pour l'appliquer à une autre ; 5) l'identification d'un nouvel objet, d'un nouveau champ de recherche ou de pratique (interprofessionnel) intéressant plusieurs disciplines, etc. Moulée dans des configurations toujours changeantes, l'interdisciplinarité se confond d'ailleurs souvent avec ses alliées que sont la pluri, la multi et la transdisciplinarité.», *Rapport du Groupe de réflexion sur l'interdisciplinarité à l'Université de Montréal, Université de Montréal*, janvier 2010, en ligne : <http://www.fesp.umontreal.ca/fileadmin/Documents/Faculte/Publications/RapportGroupeReflexionInterdisciplinarite.pdf>.

natives à l'antipositivisme qu'il présuppose constituaient et constituent toujours donc l'axe unificateur de la démarche de l'équipe.⁵

L'approche interdisciplinaire colore bien entendu cet antipositivisme. Comment pourrait-il en être autrement ? Comment peut-on tenter de subvertir, voire de condamner, le positivisme sans occuper une position extérieure propre à permettre un regard détaché, seul capable d'offrir une alternative à celui-ci ? La sociologie du droit sera ici alors convoquée. Mais, on notera plus loin que celle-ci ne suffit peut-être pas à offrir un horizon satisfaisant.

Le pluralisme radical ou critique de Rod Macdonald est-il soluble dans l'approche plus politique de Jean-Guy Belley ou Guy Rocher ? Pour le premier⁶, la définition même du « droit » ne saurait être régulière ou formelle. Elle serait hétérogène, perméable et perfectible. Son approche s'oppose à l'idée d'un droit s'appuyant sur les notions d'ordre et de stabilité. Le droit de Macdonald est chaotique, en perpétuel mouvement et en constante transformation. Il échappe au monopole de l'État et se construit par l'interaction des membres de la société politique. C'est un droit qui n'est pas nécessairement écrit, ni dit, et qui pas nécessairement formulé ou codifié. C'est un droit construit, vivant et émergent. Mentionnons aussi qu'au plan épistémologique, il ne s'agit pas, pour Macdonald, de prendre le droit comme un donné qui transforme la société, mais d'observer comment la société transforme et construit le droit. En somme, aux plans philosophique et sociologique, le droit n'est plus une variable indépendante, donnée et immuable. Le droit devient une variable dépendante, qui peut subir les effets des comportements des membres de la société dans laquelle elle intervient. On assiste alors à une véritable démocratisation de l'idée même du droit. Le droit est ainsi construit par l'interaction de chacun des membres d'une collectivité. En somme, il semble que la prétention de Macdonald est de dégager une couche supplémentaire d'activité juridique, une couche que l'on pourrait qualifier de souterraine, de

⁵ A. LAJOIE, préc., note 3, à la page 2 [nos italiques].

⁶ Lire notamment : Rod MACDONALD, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 9 et Rod MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47. Pour une liste des publications de Rod Macdonald, lire Andrée LAJOIE, *La vie intellectuelle de Rod Macdonald. Un engagement*, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 99 et suiv.

silencieuse, de chaotique dans son indétermination, et où se situerait l'origine certaine, bien que souvent imprécise, des normes formulées et explicites.

Quant à Jean-Guy Belley⁷, son ontologie juridique est résolument politique dans la mesure où elle reste campée dans une acception du droit comme agissant dans un contexte social où un groupe d'individus en position de *pouvoir* élabore une activité normative visant l'encadrement des comportements des membres d'une collectivité. Ainsi, pour Belley, le droit ne peut être présent que dans une structure hiérarchique et ne peut être le produit que d'une volonté ou d'une intention humaine dirigée par la raison. On pourrait donc dire que ce n'est que timidement que cette ontologie se détache du positivisme juridique. L'exclusion des concepts d'émergence ou de spontanéité du droit applicable à une structure sociale réseautique distingue l'ontologie juridique de Belley de celle de Rod Macdonald.

Jean-Guy Belley reconnaît lui-même que son approche du pluralisme est marquée par les sciences sociales alors que celle de Macdonald apparaît plutôt juridique, puisque ce dernier se montre sceptique « quant à la capacité des anthropologues ou sociologues » d'appréhender les enjeux du pluralisme juridique « dans la perspective des acteurs qui doivent décider ou juger en contexte d'indétermination normative »⁸. Andrée Lajoie, dans un article important⁹, revient sur une définition du droit et opte pour une définition « ouverte et polysémique ». Lajoie rejette les distinctions entre l'État et la société civile ou entre le public et le privé, affirmant qu'elles opèrent davantage au plan symbolique et idéologique plutôt que pratique. Ainsi, bien que pluralistes et affirmant l'existence d'un droit non étatique, les sociologues juridiques institutionnalistes, comme Rocher ou Belley, offrent une définition du droit qui s'appuie encore sur la dichotomie entre l'État et la société civile. Lajoie veut donc, à l'instar de Macdonald, rompre

⁷ Lire notamment : Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique de Rod Macdonald : une analyse séquentielle », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 57 et Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11.

⁸ J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique de Rod Macdonald : une analyse séquentielle », préc., note 7, à la page 66.

⁹ Andrée LAJOIE, « Contribution à une théorie de l'émergence du droit. 1- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : quelques définitions interreliées », (1991) 25 *R.J.T.* 103.

avec cette tradition et opérer une rupture entre le droit et l'État. Pour ce faire, elle se fonde sur Gérard Timsit : « [...] définir le droit par son caractère obligatoire, mais le faire de manière à ce que cette obligation, d'une part, ne soit pas nécessairement référée à l'État et que, d'autre part, sa portée puisse varier en fonction du degré de spécificité des interrelations qui rendent la norme obligatoire »¹⁰.

Finalement, dans un article cosigné¹¹ par Lajoie, Quillinan, Macdonald et Rocher sur le pluralisme juridique à Kahnawake, les auteurs reviennent sur ces approches distinctes du pluralisme :

Dans notre conception, le pluralisme juridique est tributaire du pluralisme social des valeurs et commence quand un système juridique unifié attribue à un groupe un régime particulier fondé sur les valeurs de ce groupe, ou quand un tel groupe, dès lors semi-autonome, se définit un tel régime particulier dans un nouvel ordre juridique distinct du premier. À partir de là, on distingue, pour l'époque contemporaine, deux conceptions du pluralisme, que Jean-Guy Belley a analysées. La première, modérée, s'appuie sur la définition positiviste du droit, se bornant à constater l'existence de pouvoirs sociaux distincts de l'État et disposant d'un appareil de coercition souvent plus efficace que le sien, alors que la seconde, radicale, remet en cause la définition étatique du droit au nom d'un choix pour une forme pluraliste et décentralisée de la démocratie elle-même. Dans cette dernière vision des choses, non seulement le pouvoir normatif est vu comme partagé entre l'État et d'autres ordres juridiques parallèles, mais ces ordres normatifs concurrents ne sont pas hiérarchisés, alors que l'État se trouve, pour ainsi dire, décentré et nivelé. Autrement dit, les différents milieux sociaux créeraient leurs propres normes pour modeler le comportement social et leurs propres institutions pour renforcer et appliquer ces normes. Dans une telle conception, il y a peu de distinctions entre les normes juridiques et les autres normes sociales. On aura compris que c'est la définition du droit qui est ici en cause : le droit est alors implicite et inférentiel et inclut « les principes généraux du droit et les présupposés tacites qui gouvernent l'agir des communautés », et ces normes – dont l'intensité juridique variable n'a pas d'importance,

¹⁰ *Id.*, 137.

¹¹ Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake? », (1998) 39 *C. de D.* 681.

émanant de divers ordres juridiques se conjuguent, sans hiérarchie prédéterminée, dans l'expérience subjective de l'individu.¹²

Les auteurs, dont Macdonald dont on reconnaît ici la définition d'un pluralisme radical, rejettent pourtant cette approche dite radicale ou critique :

Dans la mesure où cette expérience subjective est reconstruite comme le droit lui-même et non pas comme un indice de la présence d'ordres juridiques multiples, nous ne suivrons pas cette approche. Pour nous, le droit – certes présent en dehors des cadres étatiques, dont la prééminence ou l'«aplatissement» reste à établir pour chaque cas de figure, dans chaque société déterminée – demeure un phénomène social, collectif. Même si un sujet de droit visé par un ordre juridique peut bien résister à ses règles normatives, il ne revient pas à l'individu de choisir seul les contours et les frontières d'un ordre juridique quelconque.¹³

IV. Antiétatisme, mondialisation et nationalisme méthodologique

Ce court survol permet de noter que la différence des approches ne semble pas un frein aux travaux communs et à des hypothèses partagées. Les auteurs ont une approche manifestement pluraliste. Le pluralisme est la grande affaire de cette génération. Pour certains, ce pluralisme relève pourtant d'un romantisme antiétatique¹⁴, comme si les normes non étatiques recélaient une subversion lyrique reposant sur un retour à une démocratie *pure*, au sens original du mot¹⁵, ou sur une normativité individuelle, voire individualisée : «By highlighting dynamics of reciprocal construction, critical legal pluralism legitimates interpretations of law apart from those endorsed by officials, or by community spokespersons. *The law is within all members of a society.* And this constructivist aspect of

¹² *Id.*, 684-685.

¹³ *Id.*, 685.

¹⁴ Brian TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 184.

¹⁵ Sur le dévoiement de la notion de démocratie par les acteurs de la « démocratie » représentative, lire entre autres : Francis DUPUIS-DÉRI, *Démocratie. Histoire politique d'un mot aux États-Unis et en France*, Montréal, Lux Éditeur, 2013 ; Yves SINTOMER, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage au sort et politique d'Athènes à nos jours*, Paris, La Découverte, 2011 et le classique de Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Champs, 2012.

legal pluralism is what gives law its true authority»¹⁶. Cet individualisme apparaît utopique: «En tentant de fonder et de maximiser la liberté du sujet de droit, Roderick Macdonald fait, selon des expressions de Jean-Guy Belley, de chaque individu un champ poreux de juridicité, libéré de multiples loyautés politiques et seulement lié par un cosmopolitisme individualisant. On aurait là un exemple de normativité sans transcendance, de psychologisation du Droit peu différente d'un populisme»¹⁷. Ces chercheurs appartiennent à une génération clairement marquée par la gauche, alors que celle-ci se caractérisait par un antiétatisme. Une posture aujourd'hui rejetée par une gauche qui, retournement ironique, voit dans l'État un des remparts au néolibéralisme¹⁸.

Il est étonnant de ne retrouver aucune référence explicite et explicitée aux phénomènes de la mondialisation dans les textes des auteurs de cette époque. Pourtant, la mondialisation offre au pluralisme juridique un terrain pratique où il est possible de valider des hypothèses, de réfuter la validité pratique du positivisme et de justifier une multiplication ordonnée¹⁹ des ordres juridiques. Les phénomènes globaux assurent un dépassement de la pure théorie pour offrir un terrain d'expérimentation qui permet de rendre opératoire une internormativité, avatar du pluralisme. Le thème de l'internormativité a fait l'objet de peu de développement dans les travaux des chercheurs du Centre. Une théorie opératoire de l'internormativité reste à élaborer. Une théorie propre à faciliter les passages, les prises en compte et les traductions d'un ordre juridique à un autre. Le droit global, c'est-à-dire ce droit qui n'est ni national ni international et

¹⁶ R. MACDONALD, «Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law», préc., note 6, à la page 23 [nos italiques].

¹⁷ Étienne LEROY, «L'hypothèse du multidjuridisme dans un contexte de sortie de modernité», dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 29, à la page 41.

¹⁸ La position anti-étatiste de Macdonald et d'autres trouverait peut-être un écho dans les travaux de David Graeber, un anthropologue, qui déplore l'incapacité de la philosophie politique (et du droit) à apprécier l'aptitude des individus à agir hors de l'État, hors du pouvoir. Graeber refuse la fétichisation de l'État dans le discours progressiste contemporain. Il reste à savoir si l'anarchisme affiché de Graeber conviendrait à nos auteurs... Lire notamment: David GRAEBER, *Pour une anthropologie anarchiste*, Montréal, Lux Éditeur, 2006.

¹⁹ Lire Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, Paris, Le Seuil, 2006.

qui occupe ces interstices laissés vacants par la mondialisation²⁰, offre un formidable terrain empirique d'analyse et de conception.

De même, on ne retrouve aucune référence aux travaux sur l'analyse économique du droit de Ejan Mackaay qui appartient pourtant à la même génération de chercheurs. Plutôt qu'un rejet de ces thèses, il conviendrait mieux parler d'une ignorance de celles-ci. Peut-être voit-on dans l'analyse économique du droit une domination de l'économie qui saperait la nature normative du droit ? Mais, une telle justification n'est pas exprimée. Karl Polanyi n'est pas convoqué alors que ses travaux auraient pu servir pour illustrer l'erreur essentielle que constitue le statut suréminent de l'économie, qu'on présente comme un donné naturel et inéluctable²¹, et justifier également les interrelations normatives inévitables entre et parmi les champs institutionnels et sociaux (illustrant notamment l'encastrement historique de l'économie dans la société). Par ailleurs, les concepts d'ordre spontané²² et de marché, au centre de l'analyse économique du droit, sont ignorés. Ce silence apparaît d'autant plus frappant, pour ne pas dire ironique, que le pluralisme affiché des Macdonald, Lajoie ou Rocher ne peut manquer de servir d'assise théorique à la globalisation et à ses normativités économiques : celles des marchés financiers²³ et du commerce international²⁴. Cette absence de réflexion autour d'un phénomène aussi majeur et prégnant que la mondialisation, bien présent dans les esprits dans les années 1990, ne peut que décevoir le lecteur. Les outils théoriques sont posés, la réflexion bien entamée, les terrains d'expérimentation établis (phénomènes technologiques, gouvernance autochtone),

²⁰ Sur ce thème, lire notamment : Jean-Yves CHÉROT et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; Benoît FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2014 ; Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010.

²¹ Karl POLANYI, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983.

²² Ejan MACKAAY, « L'ordre spontané comme fondement du droit – un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile », (1988) 22 *R.J.T.* 347.

²³ Lire Benoît FRYDMAN (dir.), *Les agences de notation financière. Entre marchés et États*, Bruxelles, Larcier, 2013.

²⁴ Lire Karim BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015. Lire les propos désabusés de Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Revue canadienne Droit et Société*, 257

et pourtant, les auteurs semblent incapables de sortir de leur nationalisme méthodologique²⁵, concentrant leur attention sur une conception de l'État qui semble ignorer les nouvelles configurations globales. Sans parler des phénomènes de reformatage de l'État, induit par le *new public management*²⁶ et autres transformations de la gouvernance. Des travaux plus récents autour des nouveaux modes de gouvernance ont été conduits par Pierre Noreau et Rod Macdonald, mais, à ma connaissance, n'ont pas débouché sur des écrits liant ceux-ci et les thèses pluralistes.

V. Effectivité et surdétermination

Le concept d'effectivité est un des concepts phares de l'École de Montréal. Un de ses principaux théoriciens, Guy Rocher, en offre une définition et une typologie. L'effectivité du droit ne doit pas être confondue avec l'efficacité du droit. L'efficacité renvoie à la capacité d'une loi, d'une norme ou d'une règle à produire les effets que ses auteurs souhaitaient obtenir en la créant. L'effectivité du droit renvoie à une idée plus large, plus étendue et polyvalente et désigne tout type ou forme d'effet qu'une loi peut avoir :

Tenter de comprendre l'effectivité du droit, c'est tout ensemble retracer la diversité de ses effets, voulus et involontaires, recherchés ou accidentels, directs ou indirects, prévus et inattendus, sociaux, politiques, économiques ou culturels. C'est aussi tenter de retrouver les voies par lesquelles passent ces effets et les mécanismes qui les produisent. Que ce soit par la compréhension des diverses formes d'observance ou de non-observance de la loi, par les analyses d'impact, par la recherche sur la mise en œuvre du droit ou sur son efficacité par l'observation des écarts entre la règle et les conduites, une connaissance plus raffinée de l'effectivité du droit est toujours l'objectif poursuivi.²⁷

La recherche empirique prend ici tout son sens. Rocher distingue entre une effectivité attendue du droit, qui est celle qui anime et structure le processus de la production du droit, et une effectivité du droit observée,

²⁵ Lire Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006.

²⁶ Lire Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007 et K. BENYKHLIF, préc., note 24, p. 28 et suiv.

²⁷ Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 133, aux pages 136-137.

c'est-à-dire qui s'inscrit dans la suite du droit produit et se déploie dans la vie sociale et à différents niveaux de réalité²⁸. L'étude de l'effectivité attendue vise l'observation de faits d'une nature particulière. Il s'agit d'une effectivité qui se présente dans l'esprit des producteurs de normes, des juges, législateurs, administrateurs ou parties contractantes. Il s'agit donc d'un travail d'analyse de discours, d'énoncés politiques ou de gestes symboliques ou concrets. À l'inverse, l'étude de l'effectivité observée se conduit à l'aide d'études empiriques des comportements de ceux à qui les normes étaient destinées. On peut alors parler d'efficacité de la loi, de son inefficacité, de ses effets directs et indirects. Ici, les travaux d'Ejan Mackaay auraient pu être mis à contribution puisque l'effectivité est une notion qui joue un rôle essentiel dans l'analyse économique du droit. Elle constitue également un indicateur de première importance dans l'imaginaire néolibéral.

La surdétermination constitue le dernier élément de ce triptyque qui a donné son titre à l'ouvrage cité plus haut. Les travaux de Lajoie ont aussi porté, de manière complémentaire et dans sa volonté de déconstruire l'appareillage idéologique du droit²⁹, sur l'énonciation pratique et l'interprétation de la norme. La surdétermination s'inscrit « dans le contexte d'une approche pluraliste du droit »³⁰. Lajoie, se fondant sur la définition de Gérard Timsit, définit la surdétermination comme « un ensemble de valeurs, de principes, de croyances auxquels adhèrent les membres d'une communauté [gouvernant] la production du droit (et pas seulement de la loi) »³¹. Et, en effet, comme le rapporte Jacques Vanderlinden, « on ne peut exclure que le sujet de droits, membre de plusieurs communautés, se trouve situé comme il l'est au carrefour de multiples droits, face à des codes culturels multiples et de nature différente »³². Andrée Lajoie écrit plus précisément :

Le concept de surdétermination est employé ici dans le sens que lui donne la théorie systémale de Gérard Timsit, et repose sur l'hypothèse que la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de va-

²⁸ *Id.*, à la page 138.

²⁹ Bien que juriste, Andrée Lajoie aimait rappeler sa formation de politologue et sa préoccupation marxienne de l'analyse des rapports de force.

³⁰ Jacques VANDERLINDEN, « Rapport général de synthèse », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 201, à la page 231.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

leurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité.³³

Cette référence au champ des valeurs n'est pas sans rappeler le pragmatisme américain et à l'« expérience »³⁴ du juge lorsqu'il décide. Pourtant, les chercheurs n'ont pas cru bon d'évoquer les travaux des pragmatistes américains. Ni d'ailleurs Gérard Timsit qui a nourri les réflexions de Lajoie sur la surdétermination. Timsit critique à ce propos l'utilisation faite de son concept³⁵. Il estime ainsi que Andrée Lajoie et Louise Rolland³⁶ adoptent deux points de vue théoriques qui ne sauraient cohabiter de manière harmonieuse : la perspective de l'analyse systémale (propre à Timsit) et la perspective de l'analyse rhétorique (propre à Perelman). L'analyse systémale s'intéresse à la *signification* des normes alors que l'analyse rhétorique tombe davantage dans le champ de la *persuasion* des auditoires de la validité des normes. Or, selon Timsit, ces deux perspectives ne sont pas compatibles. Cette absence de référence à une thèse si proche, le pragmatisme, soulève une autre question, celle des aires culturelles juridiques.

Les propos et les réflexions de l'École de Montréal font la part belle aux théories européennes, de droit continental plus précisément. La question se pose de savoir comment s'est articulée cette réflexion au regard du régime de *common law*. On perçoit mal dans les textes les distinctions ou les nuances qui devraient être présentées et appréciées. La discussion est ouverte et les réflexions de Jean-François Gaudreault-Desbiens seront fort utiles.

³³ Andrée LAJOIE, « Surdétermination », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 85, à la page 85.

³⁴ « Il s'agit plutôt du nom donné à quelque chose qui résulte de l'interaction de l'organisme humaine avec son environnement : croyances, valeurs, intuitions, coutumes, préjugés, ce qu'il [Oliver Wendell Holmes] appelait la perception des nécessités du temps et que l'on nomme aujourd'hui "culture" », É. SERVERIN, préc., note 2, p. 76. Sur le pragmatisme, lire notamment Jean-Pierre COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme*, Paris, Éditions Gallimard, 2010.

³⁵ Gérard TIMSIT, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 99.

³⁶ Louise ROLLAND, « La surdétermination : l'intégration des valeurs au droit par les tribunaux », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 3, p. 93.

Conclusion

Les outils conceptuels discutés ont été (et sont toujours) très utiles aux chercheurs de la génération suivante qui les a utilisés dans l'analyse et la perception des phénomènes technologiques. Daniel Poulin, Vincent Gautrais, Bartha Knoppers, Pierre Trudel et le soussigné n'ont pas manqué de se fonder sur ces écrits pour mieux comprendre l'émergence et la construction des normes (Internet, génétique, environnement, etc.). Ils ont été bien utiles dans la démystification des aspects juridiques de l'Internet, permettant notamment de dégonfler le cliché qui s'installait selon lequel l'Internet était une zone de non-droit. D'autres chercheurs, comme Pierre Noreau, Jean-François Gaudreault-Desbiens ou Nanette Neuwahl, ont également recours à ces outils dans leurs travaux. Pourrait-on parler d'une École de Montréal 2.0? Sans doute. Les thèses défendues par Lajoie *et al.* constituent, en quelque sorte, une boîte à outils conceptuels dans laquelle chacun puise des idées, des principes, une inspiration. Cette boîte à outils se raffine au fil des emprunts et des travaux subséquents. Les travaux récents de Pierre Noreau sur la gouvernance et les peuples autochtones ont illustré concrètement les apports théoriques des thèses de l'École de Montréal. De même, le droit global, produit de la globalisation des rapports et des relations, représente un terrain fertile pour ces thèses³⁷. Une boîte à outils demande une mise à jour permanente, une réflexion continue. Mais elle réclame aussi qu'on se penche à nouveau sur leur genèse afin de mesurer leur évolution et leur adéquation à des phénomènes contemporains qui n'avaient pas été pris en compte.

Quelques questions en terminant :

- L'antipositivisme suffit-il à faire école ?
- Le pluralisme des uns est-il celui des autres et suffit-il à faire école ?
- Comment expliquer que les réflexions de l'École de Montréal ont d'abord ignoré les phénomènes de la mondialisation du droit ?
- Les chercheurs n'ont pas pu se défaire de leur nationalisme méthodologique. Comment y parvenir en droit ?
- Les thèses pluralistes semblent ignorer une hiérarchie normative et traitent également des phénomènes normatifs, et ce faisant cristallisent les rapports de force établis dans les sociétés néolibérales ?

³⁷ Lire K. BENYEKHLEF, préc., note 24.

- L'utopie de l'individu, source et expression du droit, ne cautionne-t-elle pas une vision consumériste et atomisée de la personne humaine, confortant un antiétatisme néolibéral ?
- Et comment alors expliquer les deux solitudes du pluralisme et de l'analyse économique du droit : pourquoi une absence de débat vigoureux ou même une convergence théorique ?
- L'internormativité, avers du pluralisme, a-t-elle été explicitée ? Un commencement de théorie est-il perceptible ?
- L'École de Montréal est-elle vraiment théoriquement interdisciplinaire ?
- Systèmes juridiques : les réflexions de l'École de Montréal intègrent-elles suffisamment les distinctions entre les systèmes juridiques (*common law*-droit civil) ? Si oui, comment les traitent-elles ? Sinon, comment l'expliquer ?
- L'effectivité et la surdétermination sont des concepts inhérents au pluralisme juridique ?
- Quel est l'héritage intellectuel de cette première École de Montréal ? Comment les thèses développées par les chercheurs ont-elles été utiles aux autres chercheurs ?
- L'École de Montréal 2.0 est-elle l'héritière directe de la première ou suit-elle son propre chemin, inspirée simplement par la première ?