



Une certaine ambition

Depuis près de 30 ans, le Centre de recherche en droit public (CRDP) a structuré ses travaux sur l'étude du droit « en contexte » : contexte évolutif des technologies de communication numérique, contextes sociaux traversés par la diversification croissante des référents, contexte marqué par l'avènement des biotechnologies qui présageaient une reconceptualisation possible de l'humain, sinon du vivant.

Le thème du changement a servi de fondement, sinon de point de départ, à l'étude d'un droit variant en fonction des mutations que connaît son environnement... on parle ici de la société... Pour reprendre les termes de l'analyse systémique, les chercheurs du CRDP n'ont jamais conçu le droit comme un *système clos*. Aussi, nos travaux ont constamment posé le problème de l'adaptation du droit à la réalité. Cette réalité elle-même a été considérée comme génératrice de normes et, par extension, productrice de droit. Qu'on s'intéresse aux contraintes imposées par les normes techniques ou au développement de nouvelles pratiques sociales ou médicales, un constat demeure : toutes ces normes finissent par être progressivement reconnues, intégrées, encadrées, sinon « enveloppées » par le droit¹. Ainsi, les recherches menées sur le développement d'un nouveau droit du cyberspace ont révélé qu'il ne s'agissait pas tant de saisir un droit déjà « donné », que de rendre compte de l'adaptation (et la réinterprétation) complexe (et souvent forcée) de la normativité juridique « classique » à une réalité qui, elle, fuyait au fur et à mesure qu'on la traquait². Les études sur la sociologie de l'éthique ont permis, au début des années 1990, d'observer des pratiques d'assistance médicale destinées aux patients en fin de vie, qui n'ont que très récemment fait l'objet d'une législation spécifique. Tôt ou tard... la réalité se saisit du droit, souvent après l'avoir longtemps assiégé. La gestion non contentieuse des différends sociaux, dont les modalités étaient étudiées au CRDP il y a déjà 25 ans, a lentement intégré les termes du droit procédural, sous forme de médiation familiale (1997) de conférence de règlement amiable (2003), de mode privé de prévention et de règlement des différends (2016). Le droit prend donc acte !

¹ C'est dans cette perspective qu'ont été réunis les Mélanges Lajoie sous le titre : *Le droit, une variable dépendante*.

² En contrepartie, Pierre Trudel a bien démontré que l'idée d'un vide juridique absolu en matière de cyberdroit relevait de l'aveuglement volontaire (ou de la prophétie).

I. La stratégie du pluralisme juridique

Le pluralisme juridique a servi de fondement théorique à l'étude de ce mouvement des normes, d'un côté à l'autre de la juridicité étatique. Dans ce sens, les travaux menés sur l'émergence des normes ont permis la remise en question d'un droit « autoportant » ou « autodéfini », même si ces travaux n'ont pas permis totalement de remettre en question une observation aussi banale que suspecte : pour l'essentiel, la législation vient régler des problèmes créés par la législation... Une expression cachée de l'autopoïèse à laquelle nous n'avions pas d'abord réfléchi.

Tout au cours des décennies 80, 90 et jusqu'à récemment, l'exploration implicite ou explicite des diverses formes du pluralisme juridique a ainsi servi de point de départ à une exploration de la normativité. La pensée *positiviste* devait du coup reconnaître qu'elle s'ignorait elle-même. Qu'elle constitue à sa façon une position *esthétique*. Du moment qu'on admet que la forme juridique n'est qu'un mode d'ordonnement parmi d'autres, ou que la règle de droit n'est qu'une forme particulière de la normativité, reste à saisir les liens qui unissent ce qui est du (ou ce qui est dit) droit et ce qui n'en est pas (ou en constitue une dimension implicite). Ce point de fuite exigeait à la fois l'analyse de l'avant-dire-droit³ et de toutes les modalités susceptibles d'assurer la mise en œuvre et la réappropriation sociale de la norme juridique. On a souvent dû admettre que la force du droit (tel qu'il est défini dans l'esprit du *normativiste*) tient largement à ce qui n'en est pas. Tout y participe. Le droit tel qu'il est défini dans les manuels n'est plus dès lors conçu que comme un ordre normatif parmi d'autres (Rocher), condamné à s'ajuster de façon continue à une multiplicité d'autres strates normatives. C'est l'idée d'un droit composite (alchimique ou soluble), produit de la relation complexe entre couches normatives plus ou moins ajustées les unes aux autres (Belley). De même, on a pu démontrer que le discours juridique ne peut pas si facilement être distancié des autres discours fondés en valeur, discours auxquels il est inévitablement enchevêtré (Lajoie)⁴. Parallèlement, on a tenté de s'extraire

³ Sur l'avant-dire droit, on lira André-Jean ARNAUD, « Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit ? », en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/crj-html/partie2-3-2.htm>.

⁴ Dans une perspective fondée sur les processus d'institutionnalisation graduelle des rapports sociaux, je me suis surtout intéressé aux cycles de la juridicisation des rapports sociaux, et sur le droit en tant que « forme de socialisation, c'est-à-dire comme vecteur, ou comme expression, du lien social ». Pierre NOREAU, « Comment la légis-

Orientations, désorientations et réorientations. Ce qui reste de nos amours..

de l'idée que le droit est un discours clos et performatif pour explorer les fondements d'une certaine théorie du droit.

Auberge accueillante, le pluralisme juridique a donc lui-même connu une grande diversité de déclinaisons, selon qu'on étudie les effets de relevance (c.-à-d. de concordance ou de complémentarité des normes issues d'ordres normatifs différents), de magasinage normatif ou qu'on explore la constitution de zones de tampons normatifs entre des ordres normatifs autrement enfermés dans leur autisme respectif...

Pour l'essentiel, la notion de pluralisme juridique a été utile en tant que stratégie intellectuelle. Elle n'a généralement pas été portée comme un dogme ou une contre-vérité, mais comme une hypothèse forte. Ce n'était pas la seule, sur le marché des idées, mais elle présentait l'avantage d'opposer un concept (le *pluralisme*), à un autre (le *positivisme*). Ce procédé avait cependant pour effet de fonder les termes d'une polémique. La certitude qui s'ignore est au fondement de toutes les peurs. En prenant le contre-pied du normativisme, les chercheurs du CRDP révélaient les fondements intellectuels et axiologiques implicites qui traversent l'idéologie juridique et orientent une production doctrinale à l'abri de la réalité, du moment qu'on parvient à rendre compte de son formatage juridique. On a ainsi pu démontrer que la dogmatique juridique exigeait de croire à une multitude d'*impossibilités complémentaires*: le postulat douteux de l'efficacité et de la constance du droit (ça ne marche que dans le cadre d'une sélection « éditoriale » de la jurisprudence), de sa neutralité, de sa nature à la fois instrumentale et structurante (construite sur le jeu combiné de la norme et de la sanction...), de sa préexistence à la société même (l'idée d'un ordre juridique créateur), d'une correspondance ontologique entre normativité juridique et intérêt public, auxquels s'ajoutent les prémisses d'un monde social apathique... en attente d'un contrôle transcendant (l'idée d'un droit venu d'en haut) et de la légitimité prépondérante d'un droit posé, compris comme système de régulation sociale (qui fait l'économie de sa dimension symbolique) et traduit les ordres d'une autorité valant « en soi » : l'État.

On a pu parler d'une école de Montréal. Il n'est pas certain que nous soyons arrivés au bout de ce programme scientifique. Le pluralisme juridique n'a somme toute été que faiblement théorisé et a surtout servi, je le

lation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social», (2001) 47 *R.D. McGill* 195.

disais, d'hypothèse sous-jacente⁵. Aussi, cette pièce manque-t-elle toujours à notre production collective. Les travaux de Jean-Guy Belley sur l'Internormativité ont contribué à combler partiellement cette lacune, mais en empruntant une porte dérobée.

II. L'interdisciplinarité, un choix de méthode et de « méthodologique »

En contrepartie, l'hypothèse pluraliste comportait une loi cachée. Elle favorisait directement ou indirectement un détour du côté des autres disciplines. Aussi, si l'interdisciplinarité n'avait pas été inscrite dans le programme génétique du CRDP, elle se serait imposée comme une nécessité intellectuelle. Le droit ne fournit pas les catégories nécessaires à l'analyse de ses diverses sources, sauf par ces fenêtres ouvertes offertes par une multitude de concepts mous. Aussi, un détour par la périphérie s'impose à la compréhension de son évolution, lorsque celle-ci est commandée par les mutations que connaît la société.

Le recours aux catégories offertes par d'autres disciplines ou le recours à des notions comportant un sens à peu près équivalent dans de nombreuses disciplines. L'usage des notions de norme, de système, d'effectivité ou même de pluralisme et de positivisme a facilité ce détour. Mais encore ici, l'interdisciplinarité a surtout été conçue comme une pratique plutôt que comme un dogme. Aussi, plusieurs des emprunts faits aux autres disciplines ont d'abord été d'ordre méthodologique. Un rapide tour d'horizon des thèses et travaux produits par les étudiants et les membres du CRDP permet de constater qu'ils ont été réalisés en recourant à l'analyse historique, à l'entrevue individuelle, à l'observation directe ou à l'analyse thématique de corpus autrement analysés de façon classique... C'est la condition nécessaire au repérage des fondements idéologiques et axiologiques de nombreuses législations, de nombreuses politiques publiques et de nombreuses décisions judiciaires (CSC) et administratives (CRTC, Conseil de la magistrature) : un « point de fuite » hors du « point de droit ». Plusieurs de ces travaux ont mis en lumière les postulats implicites qui traversent la construction de la normativité juridique, et la présence de la réalité

⁵ C'était un projet commun que j'avais avec Roderick A. Macdonald de rédiger un ouvrage sur les différentes déclinaisons du pluralisme juridique, débouchant sur un effort de synthèse, mais le temps nous a manqué... C'était, pour paraphraser Rousseau, une idée que nous avons ébauchée « sans avoir consulté nos forces ».

sociale (toujours silencieuse et inscrite « en creux »), dans la lettre abstraite de la loi. Même dans une perspective réformatrice, elle permet une mise à plat des fondements sociaux, politiques, économiques (et, par extension, idéologiques) qui sous-tendent plusieurs pièces de la législation contemporaine. Derrière, se dessine une autre *possible histoire de la norme*.

III. Les ailleurs inexplorés... de nouveaux enjeux

Ces investigations n'ont pas épuisé notre objet. Ainsi, on a assez peu exploré certains phénomènes importants dans l'évolution du droit contemporain, et qui ressortent pourtant du droit public. Il en va par exemple ainsi de l'augmentation continue (et paradoxale) de la *demande de droit* dans des sociétés où la majorité des citoyens se plaignent de ce qu'il y a trop de lois et trop de procès. On s'est par ailleurs assez peu arrêté à la fuite en avant des États occidentaux vers un droit dont la fonction est plus symbolique qu'instrumentale, au fur et à mesure que les moyens d'intervention de l'État s'amenuisent. De même, la mobilisation du droit en tant que ressource politique a fait l'objet de très peu d'analyse dans le cadre de nos travaux. Même si le recours de plus en plus fréquent au droit comme espace de délibération a pu être constaté lors des discussions entourant l'adoption de la *Loi concernant les soins de fin de vie* et la mort au feuilleton d'une *Charte des valeurs* (déjà réclamée à l'époque de la Commission Bouchard Taylor), les termes et les formes de cette délibération n'ont pas systématiquement fait l'objet de nos travaux. Il en va de même de la *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent* (Loi 12). Au demeurant, les chercheurs du CRDP sont très peu intervenus dans les cadres des débats entourant la corruption dans l'attribution des contrats publics ou du débat concernant l'encadrement juridique des grèves étudiantes. Ces événements, qui interpellent le droit et les fonctions de l'État, relèvent des tendances lourdes que nous ne sommes pas parvenus à encore bien définir. Un pas de côté vers la science politique pourrait ici ouvrir de nouvelles perspectives en matière de droit public et constituer un nouveau pont entre sciences sociales et droit.

IV. Le droit comme institution « conservatrice »

Ce que l'étude du changement du droit révèle le plus clairement, c'est la fonction conservatrice du droit. J'entends ici la force d'inertie du droit étatique et celle de l'habitude. Il agit souvent comme un cran d'arrêt sur

la réalité historique des sociétés, en consacrant (en officialisant et en stabilisant par un système de contrainte sanctionnée) des mutations sociales ou idéologiques, qui ont pu faire consensus (ou ont pu s'imposer) à un certain moment du temps social ou sous le coup d'une conjoncture particulière. Or, le droit assure aussi la pérennité de ces références, bien au-delà de leur fonctionnalité originale ou de leur force symbolique. Cette pérennité est donc souvent assurée bien au-delà de leur *vie utile*, souvent à contre-courant d'autres impératifs fonctionnels ou symboliques apparus le long de la trajectoire sociale.

Le droit est un facteur structurant de l'action publique (celle de l'État) et de l'action sociale (celle des citoyens). Mais, la maxime voulant qu'on fasse toujours « du neuf avec du vieux » ne connaîtra jamais de meilleure expression qu'au moment où on tente de traduire une mutation sociale, médicale ou technologique dans les termes préétablis de la normativité juridique. On est alors contraint au respect de toutes ces formes imposées. Les premières automobiles ressemblaient à des calèches motorisées et les premiers traitements de texte à des dactylos... la forme emporte le fond⁶. S'agissant du droit, les normes établies contraignent les formes du droit nouveau. Même une fois modifiées, les habitudes imposées par l'ancien droit sont si bien implantées que les normes nouvelles sont souvent systématiquement contournées par les acteurs du champ qu'on entend réguler dans une forme d'unanimité spontanée... Totalemment structurées, les actions des uns s'ajustent sur celles des autres et s'y imbriquent, comme par nécessité complémentaire. C'est ce que démontrera bientôt la (non)-mise en œuvre des dispositions du nouveau *Code de procédure civile* dans le domaine de la pratique du litige⁷.

⁶ En France, le balai imposé aux chargés de l'entretien urbain est fabriqué de matière plastique, mais reprend la forme des balais de branches du XIX^e siècle. Les claviers de nos ordinateurs nous imposent encore aujourd'hui un format dont la configuration a été établie par les fabricants de machine à écrire mécanique, à l'époque où, pour séquencer l'appel des touches et éviter l'entremêlement des frappes de la machine, on établit de disposer les touches selon une suite de type AZERTY ou QWERTY adapté l'aire linguistique de référence.

⁷ Oscar D'AMOUR, Pierre NOREAU, Jacques LACHAPPELLE, Catherine PICHÉ, Céline PELLETIER, Huguette SAINT-LOUIS et Marie-Claude SARRAZIN, « Nouveau Code de procédure civile : une réforme qui échouera s'il y a indifférence », *Le Devoir*, 16 avril 2014, p. A9, en ligne : <http://www.ledevoir.com/societe/justice/405631/nouveau-code-de-proc>.

Orientations, désorientations et réorientations. Ce qui reste de nos amours..

Il résulte de ce mouvement une tension continue entre les anciennes et les nouvelles références normatives qui structurent l'action des acteurs et leur relation. Le droit ne peut être analysé que dans la tension qui s'impose entre mutation sociale et cristallisation juridique du monde. Ainsi, certaines législations ne connaissent pratiquement aucune application⁸. Du reste, la consécration juridique d'une véritable innovation sociale ou technologique n'est pas un fait courant, la majorité des innovations sociales étant réinterprétées dans le cadre du droit existant, sinon dans les termes de catégories juridiques établies depuis l'Empire romain : le cœur qu'on transpose d'un homme « en partance pour ailleurs » vers un autre (en panne) constitue-t-il un bien meuble, entre son extraction et son implantation ?

Cette tension peut bien sûr être fondée sur un mouvement inverse. Il survient que le droit soit facteur de changements sociaux, soutenus par des franges marginales, mais déterminées. Dans la plupart des cas cependant, les normes établies juridiquement contraignent le sens et la forme des normes nouvelles, dans une dynamique qui traduit une nouvelle définition de ce qu'on a souvent appelé « la force du droit ». Les innovations ou les véritables changements sociaux butent plus généralement sur la normativité juridique établie. Si bien que le droit le plus susceptible de s'implanter avec succès est celui qui correspond à ce que tout le monde fait déjà...

Il y a dans cette relation entre réalité nouvelle et norme juridique canonique un questionnement important sur le thème droit et mutations qui pourrait être le cœur de nos prochains travaux. *Le droit : entre le mort et le vif.*

⁸ La loi autorisant par exemple l'attribution des noms des deux parents à leur enfant n'a somme toute connue qu'un succès mitigé. Et la visibilité des *Bureau-Blouin* de ce monde ne fait qu'exemplifier la strate sociale très mince au sein de laquelle une telle législation a pu avoir quelque effet.