

# Le droit est mort, vive le droit !

Fabien Gélinas\*

<b>I. L'antipositivisme .....</b>	<b>47</b>
<b>II. Le pluralisme atomique.....</b>	<b>50</b>
<b>III. Le droit sans l'État .....</b>	<b>52</b>

---

\* Professeur titulaire, Chaire Sir William C. Macdonald en droit, Université McGill.



*I was made for you  
I am made by you  
I am human too  
So change me if you will  
Change the Green to Red  
Shoot the ruling class  
Stand me on my head  
I will not be dead  
I'll be telling you Go  
I'll be telling you No  
For this is a Law  
Said the Law<sup>1</sup>*

La collaboration remarquable entre une poignée de chercheurs de l'Université de Montréal et de l'Université McGill, d'abord autour du Centre de recherche en droit public, puis au sein d'un Regroupement stratégique intégrant des chercheurs de l'Université Laval, est parfois qualifiée d'École de Montréal. Karim Benyekhlef, dans le premier texte de cette série, se penche sur un moment clé de cette collaboration, distillé dans l'ouvrage *Théories et émergence du droit*<sup>2</sup>, paru en 1998, en en faisant ressortir les points forts, les points communs et les points de fuite, afin de jeter des ponts entre le passé et l'avenir sous forme de questions. Je n'effleurerai ici que les deux premières en parlant d'antipositivisme et de pluralisme, avant de jeter un bref regard sur le droit après l'État.

## **I. L'antipositivisme**

*L'État, c'est toi*

L'antipositivisme suffit-il pour faire école ? Il suffit de poser la question pour en deviner la réponse. Pourtant, le rejet d'une certaine conception du positivisme a été ressenti comme une émancipation épique par plusieurs, comme si des murs dont on avait oublié jusqu'à l'existence

<sup>1</sup> «This is a Law», dans *Collected Poems of F. R. Scott*, Toronto, McLelland & Stewart, 1982, p. 216.

<sup>2</sup> Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 1998.

étaient soudainement tombés, ouvrant des perspectives époustouflantes sur un monde vaste, complexe et enivrant. La génération de chercheurs dont il s'agit ici est le produit d'un système où la formation juridique avait le défaut de ne pas situer son objet dans la théorie du savoir humain, reléguée dans le cursus universitaire à d'autres disciplines, qui ne s'en préoccupaient guère quant à elles. Les Facultés de droit s'employaient à former des esprits à une version locale de la technique juridique et à impartir les éléments d'un corpus informationnel lui aussi essentiellement local, sans fournir les bases méthodologiques et épistémologiques nécessaires pour penser le droit dans un contexte plus large, pour manier l'appareillage du droit en pleine conscience à la fois des objectifs qu'il est voué à atteindre et des perversions et détournements dont il peut faire l'objet.

Cette carence majeure dans la formation universitaire en droit a pu être aggravée à une certaine époque par le recours à des techniciens du droit pour enseigner la majorité des sujets, par l'insuffisance de la formation exigée des étudiants candidats aux études juridiques, et par la pratique anglo-américaine longtemps observée ici consistant à faire l'économie d'une formation doctorale dans la poursuite d'une carrière universitaire en droit. Évoquer aujourd'hui l'état de l'enseignement du droit à cette époque, c'est admirer la force et le génie déployés par les Macdonald et Lajoie pour briser le carcan intellectuel que leur propre formation juridique avait mis au cou de cette génération. Ce carcan était pour eux celui d'un positivisme étatique fermé au sein duquel le plus long voyage imposerait un parcours circulaire, celui de la technique juridique portée à son paroxysme. Exclusion totale de toute interférence, (con)texte sans préfixe, silence absolu d'un monde imaginaire parfaitement ordonné.

Mais pour prendre la réelle mesure du courage ayant permis à nos chercheurs de lancer ce que j'appellerais plutôt un mouvement d'émancipation qu'une école, il faut aussi comprendre ce que Kierkegaard a appelé le vertige de la liberté, c'est-à-dire l'angoisse primaire ressentie quand l'œil plonge dans l'abîme et que l'esprit cherche à se raccrocher à la finitude. Pour cette génération, le positivisme étatique se posait en rempart devant l'abîme, servait de succédané au confort d'un monde jadis ordonné par les dogmes de la morale chrétienne dont plusieurs d'ailleurs s'étaient déjà émancipés et dont l'emprise sur la société s'était desserrée. Devant l'abîme, donc, plus rien, sinon l'angoisse, et le courage d'avancer.

Pour reconstituer le sens perdu, le vide laissé par le rejet des systèmes normatifs les plus visibles, tous ont puisé aux sources de la sociologie et

*Le droit est mort, vive le droit!*

de la science politique, cherchant une manière d’appréhender le droit par le biais des rapports sociaux, et tout particulièrement des rapports de pouvoir. Je ne m’attarderai pas ici à ce recours aux sciences sociales, qui a indéniablement fait avancer la réflexion sur le droit en déployant de nouvelles ressources méthodologiques dans la description et l’explication des phénomènes normatifs. Les sciences sociales ont notamment reconnu et souligné l’importance de la *praxis* dans la production normative et, ce faisant, ont ouvert la voie à une attention renouvelée et salutaire concernant la normativité implicite et la pluralité de ses sources.

Mais je me range néanmoins ici du côté de Rod Macdonald. D’une part, la tentative de certains sociologues et politologues de placer le droit en rapport causal exclusif avec le pouvoir est une insulte à une discipline mieux éprouvée par l’expérience que l’ensemble des sciences sociales – le droit tend certes à favoriser les rapports de force existants, car il vise à stabiliser les attentes, mais le droit n’est pas qu’un instrument de pouvoir. D’autre part, la tendance des sciences sociales à la généralisation théorique à l’ensemble du domaine juridique à partir, par exemple, d’études empiriques sur la justice criminelle, tend à gommer des différences importantes entre les différents modes d’organisation sociale associés au droit<sup>3</sup>.

Les juristes ont également puisé plus directement dans le matériau brut de la normativité perçue, vécue et construite autant par l’individu que par les groupes superposés qu’il constitue ou auxquels il se rattache, en s’appuyant sur l’idée de pluralisme juridique. À la question de savoir si le pluralisme des uns est le pluralisme des autres, il faut répondre non. Entre le constat, somme toute banal, de l’existence de régimes normatifs multiples opérant parfois simultanément sur la même conduite des mêmes individus et sur un même territoire, et la proclamation de l’individu comme source et comme site de production normative, il y a loin. C’est sur ce dernier pluralisme, celui de Rod Macdonald, que je voudrais m’arrêter ici l’espace d’un instant : un pluralisme dit critique, mais qu’il faut bien qualifier de radical puisqu’il est nucléaire – se présentant comme une sorte de pluralisme atomique.

---

<sup>3</sup> Roderick A. 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 2, p. 9, aux pages 12-13.

## II. Le pluralisme atomique

*Le droit, c'est moi*

Cette position qui place l'individu au cœur de la production normative est étonnante lorsqu'on connaît l'influence majeure des travaux de Lon Fuller dans le parcours intellectuel de Macdonald. Fuller situe en effet le cœur de la production normative dans l'*interaction* entre les individus et les groupes qu'il constitue. Macdonald ne rejette pas cette façon de voir et reconnaît le rôle de différents groupements et associations dans le phénomène juridique. Il insiste toutefois sur l'individu comme site obligé de production normative, au sens où il reviendrait en dernier recours à chaque individu de faire l'arbitrage des revendications portées par les différents régimes normatifs, ceux des groupements et associations en question, au carrefour desquels il se trouve à tel ou tel moment. Cette insistance est à mon sens le reflet d'une des facettes d'une idée fondamentale héritée du christianisme par la tradition juridique occidentale et chère à Macdonald : l'idée du libre arbitre et de l'autodétermination, qui sont ensemble largement conçues aujourd'hui, dans le discours des droits de l'homme, comme conditions essentielles de la dignité humaine. Voilà certes une raison pour reconnaître l'individu comme site incontournable de production normative : la norme ne trouve-t-elle pas son origine, n'émerge-t-elle pas, pour emprunter le langage de l'époque, dans l'acte de volonté de chaque individu se déterminant ?

Le pluralisme de Macdonald semble imaginer la possibilité du libre arbitre et de l'autodétermination indépendamment de l'effort de coordination fourni par une communauté d'individus, ce qui n'est pas sans rappeler l'existentialisme de Sartre, pour qui le rejet de la religion catholique et de ses institutions ne changeait rien à la liberté de l'individu, désormais athée, de se déterminer et, ce faisant, de poser la norme pour tous.

En effet, disait-t-il, il n'est pas un de nos actes qui, en créant l'homme que nous voulons être, ne crée en même temps une image de l'homme tel que nous estimons qu'il doit être. Choisir d'être ceci ou cela, c'est affirmer en même temps la valeur de ce que nous choisissons.<sup>4</sup>

Dans les deux cas, ce sont en réalité les efforts de coordination déployés sur un horizon historique considérable par une communauté, l'Église ca-

<sup>4</sup> Jean-Paul SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Conférence du 29 octobre 1945.

*Le droit est mort, vive le droit!*

tholique pour Sartre et l'État pour Macdonald, qui continuaient d'assurer la cohérence normative rendant possible le libre arbitre et l'autodétermination.

L'expérience de l'histoire sur une plus longue période nous montre quant à elle la face moins visible de cette idée si chère à Macdonald : les conditions rendant possibles le libre arbitre et l'autodétermination ne nous sont pas données. Prétendre le contraire serait compter sans la réalité brute du pouvoir qui, contrairement à l'État dans lequel il réside en partie (et grâce auquel il est divisé et agencé en contre-pouvoirs), semble irréductible. Car ce n'est pas en détruisant le construit qu'on élimine le pouvoir : ce dernier ne fait que se déplacer, vers des lieux dont l'emplacement n'est plus délibéré. Et sans aménagement institutionnel, sauf à considérer une communauté où il n'y a que des anges, le pouvoir s'exerce de manière arbitraire, ce qui rend impossible l'exercice du libre arbitre.

Cette idée maîtresse plaçant l'individu au cœur de nos préoccupations exige donc, pour prendre sens, la mise en place et le maintien des conditions propres à sa réalisation. Ces conditions sont complexes et fragiles, mais elles ont l'avantage d'être connues : ce sont celles qui ont toujours été associées à la gouvernance par le droit. Il y a là un héritage ancien qui est propre au savoir juridique, que les sciences sociales ont du mal à appréhender et dont cette génération semble faire bien peu de cas.

La sécurité juridique est une condition de la dignité humaine et n'a jamais été réalisée sans recours aux formes du droit, sans établir un second degré de normativité constitutif d'une raison artificielle propre au droit et favorisant le recours à un langage et à une logique binaires ou bivalents, recours grandement facilité par l'institution de l'autorité (la règle est en vigueur ou non, valide ou non, applicable ou non). Sans raison artificielle, sans l'établissement de ce second degré de normativité rendu parfois par l'idée de « règles secondaires », le droit semble bien mal équipé pour accomplir ce qu'on attend de lui et qu'on ne peut accomplir que par lui.

Je me range ainsi sans hésitation à l'une des trois critiques anticipées par Macdonald et qu'il décrit en termes d'« opérationnalisation ». L'anticipation de cette critique témoigne chez lui d'une préoccupation touchant à la responsabilité morale : il serait irresponsable de promouvoir une vision du droit qui ne serait que déconstruction. Mais pour lui, le pluralisme atomique n'est pas moins opérationnel que le positivisme, puisque la logique binaire de ce dernier échoue dans sa représentation d'une partie importante de la construction juridique vécue. Cela dit, pourquoi choisir ? Les logiques bivalentes et multivalentes ont toujours coexisté dans

l'expérience juridique. La logique binaire n'a jamais pu et ne pourra jamais occuper le champ entier du raisonnement juridique, qui a toujours été réceptif aux logiques de mesure et de gradation, aux logiques de persuasion, dont l'adoption se répand d'ailleurs aujourd'hui très largement, notamment sous la forme du principe de proportionnalité. Mais rejetant totalement la raison artificielle du droit, le pluralisme juridique atomique ne dit pas par quels moyens il se propose d'atteindre l'objectif central poursuivi au fil des siècles au moyen du droit, celui d'établir et d'assurer les conditions de la dignité humaine par la stabilisation des rapports sociaux. Or rien ni personne ne démontre ni ne suggère que cet objectif aurait perdu de son importance ou de sa pertinence aujourd'hui. Voulant montrer que le droit est partout, on lui porte par excès d'enthousiasme un coup fatal. *Nusquam est qui ubique est*, n'est nulle part celui qui est partout.

### III. Le droit sans l'État

*Le mort saisit le vif*

Richard Janda, qui faisait déjà partie de cette collaboration en 1998, nous propose aujourd'hui dans cette série un voyage aussi troublant que délirant à travers les temps du droit, vers un univers où l'individu est en réseau, où il négocie *en temps réel* la conciliation de ses multiples univers normatifs, qui lui répondent et lui restituent une mise à jour cybernétique, discursive et constante de son identité, ou du moins de ce qu'il en reste, une mise à jour suivant une courbe qu'on imagine asymptotique se rapprochant à l'infini du néant. Janda parlait déjà en 1998 de l'auto-destruction imminente du pluralisme juridique atomique<sup>5</sup>. La fable qu'il nous livre aujourd'hui montre dans un tout autre registre, mais avec force, la justesse de son propos.

Mais où porter le regard à présent ? Pierre Noreau nous invite à réfléchir au rapport entre le droit comme facteur de stabilisation, comme force conservatrice, d'une part, et l'innovation dans les rapports sociaux, les mutations sociales, d'autre part, proposant le thème *entre le mort et le vif*. Le droit nous précède pourtant toujours dans l'innovation, car ce rapport est déjà traité, est déjà saisi, devrais-je dire, par un principe juridique ancien, appliqué d'abord en droit privé, en matières successorales, puis dans la construction d'un droit public, en relation avec la succession des rois :

<sup>5</sup> Richard JANDA, «Beyond Legal Pluralism», dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 2, p. 69, à la page 77.



*Le droit est mort, vive le droit!*

*le mort saisit le vif*<sup>6</sup>. C'est ici que prend sa source la formule bien connue cachée derrière le titre de cette contribution, *le roi est mort, vive le roi!* Le principe pourrait ici signifier que le changement social est saisi par le droit de manière *instantanée*, une façon de dire qu'il n'y a pas d'espace *entre le mort et le vif*, ou alors ce dont Pierre Noreau fait ici le constat : le droit trouve dans son propre matériau les ressources pour ordonner le changement, « la majorité des innovations sociales étant réinterprétées dans le cadre du droit existant. ». Dans sa contribution, Karim Benyekhlef s'étonne pour sa part, avec raison, de ce que les phénomènes de mondialisation ont été largement ignorés par cette génération alors qu'à l'évidence ils constituent un « terrain d'expérimentation » privilégié permettant de tester et de rendre opérationnelle la reconnaissance des normativités plurielles hors l'État. Je pose donc brièvement mon regard ici sur une préoccupation partagée par Pierre et Karim : comment les ressources du droit peuvent-elles *saisir* les mutations sociales constituées par les phénomènes de mondialisation ?

L'évocation de trois phénomènes de mondialisation suffira, je crois, pour montrer, *en temps réel*, que le mort saisit le vif. D'abord, la mondialisation puise aujourd'hui sans réserve dans l'institution ancienne de l'arbitrage. L'arbitrage lui permet de régler ses litiges de manière finale en marge de l'État, tout en aménageant dans certaines conditions la production d'un droit prétorien comblant les lacunes de la norme convenue. La mondialisation puise par ailleurs aux sources anciennes du droit des contrats pour stabiliser des rapports non seulement privés et bilatéraux, mais aussi publics et multilatéraux. Elle puise finalement dans le droit des associations qui, s'appuyant sur le droit des contrats, permet de constituer l'autorité, de créer une forme de pouvoir législatif assurant une production efficace et continue de la norme en présence de désaccord entre les membres. En bref, la mondialisation reproduit et adapte des formes juridiques connues et reconnues pour stabiliser les nouveaux rapports sociaux auxquels elle donne lieu ; elle recrée hors l'État les conditions de la raison artificielle du droit.

Tout cela se fait toutefois de manière parcellaire en raison de la multiplication des lieux de production et de décision. Or il ne suffit pas de produire une justice à la pièce, comme le souligne dans un autre registre

<sup>6</sup> Voir H. Patrick GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 49, note 73.

Lajoie, suivant en cela Perelman ; il faut aussi satisfaire aux « préoccupations de cohérence et de prévisibilité »<sup>7</sup>. Le travail dont nous avons tous la responsabilité dans un tel contexte est d'abord et avant tout de trouver, de développer les outils permettant d'ordonner cette pluralisation du droit, afin de préserver, au-delà de l'État, les acquis de l'état de droit. *Le droit est mort, vive le droit!*

---

<sup>7</sup> Andrée LAJOIE, « Surdétermination », dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 2, p. 85, à la page 88.