

La pluralité des ordres juridiques

Guy Rocher

Volume 49, numéro 2, 2019

Pluralisme juridique et cultures juridiques

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068526ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068526ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rocher, G. (2019). La pluralité des ordres juridiques. *Revue générale de droit*, 49(2), 443–479. <https://doi.org/10.7202/1068526ar>

Résumé de l'article

La pluralité des ordres juridiques est un thème important en sociologie et en anthropologie du droit. Ce thème est, cependant, longtemps demeuré dans l'ordre du discours théorique et n'a, par ailleurs, pas donné lieu à beaucoup de recherches empiriques. Les juristes qui font de la sociologie du droit ont évidemment tendance à privilégier l'ordre juridique étatique, qui leur est particulièrement familier et qu'ils considèrent généralement comme le seul ayant un caractère « vraiment » juridique. Les sociologues du droit — et bon nombre d'anthropologues — ont, quant à eux, tendance à demeurer à l'intérieur de la notion du droit des juristes, surtout dans leurs études empiriques. Il s'agit là d'une faiblesse de la sociologie du droit, qui doit être corrigée, d'où l'intérêt et la pertinence d'une analyse consacrée à la pluralité des ordres juridiques. Nous débiterons en retraçant la tradition du pluralisme juridique en sociologie du droit. Nous discuterons ensuite du phénomène des ordres juridiques non étatiques, ces derniers faisant particulièrement problème pour les juristes. Cette démarche nous conduira enfin à reconnaître que l'ordre juridique étatique, considéré en lui-même, est également tributaire du pluralisme juridique. En filigrane, c'est la question des rapports pouvant exister entre les ordres juridiques étatiques et non étatiques qui se trouve posée.

La pluralité des ordres juridiques¹

GUY ROCHER*

RÉSUMÉ

La pluralité des ordres juridiques est un thème important en sociologie et en anthropologie du droit. Ce thème est, cependant, longtemps demeuré dans l'ordre du discours théorique et n'a, par ailleurs, pas donné lieu à beaucoup de recherches empiriques. Les juristes qui font de la sociologie du droit ont évidemment tendance à privilégier l'ordre juridique étatique, qui leur est particulièrement familier et qu'ils considèrent généralement comme le seul ayant un caractère « vraiment » juridique. Les sociologues du droit — et bon nombre d'anthropologues — ont, quant à eux, tendance à demeurer à l'intérieur de la notion du droit des juristes, surtout dans leurs études empiriques. Il s'agit là d'une faiblesse de la sociologie du droit, qui doit être corrigée, d'où l'intérêt et la pertinence d'une analyse consacrée à la pluralité des ordres juridiques. Nous débiterons en retraçant la tradition du pluralisme juridique en sociologie du droit. Nous discuterons ensuite du phénomène des ordres juridiques non étatiques, ces derniers faisant particulièrement problème pour les juristes. Cette démarche nous conduira enfin à reconnaître que l'ordre juridique étatique, considéré en lui-même, est également tributaire du pluralisme juridique. En filigrane, c'est la question des rapports pouvant exister entre les ordres juridiques étatiques et non étatiques qui se trouve posée.

MOTS-CLÉS :

Sociologie, droit, pluralisme juridique, ordres juridiques.

ABSTRACT

The plurality of legal orders is an important theme in the sociology and the anthropology of law. This theme, however, has long remained in the realm of theoretical

* Sociologue et professeur émérite, Université de Montréal.

1. Ce texte est une adaptation du sixième chapitre d'un manuscrit inédit de Guy Rocher, *Traité de sociologie du droit et des ordres juridiques*, rédigé de 1985 à 1988. Ce manuscrit a été découvert et reconstitué par Yan Sénéchal dans les archives du Fonds Guy Rocher (P0370) déposées à la Division de la gestion de documents et des archives de l'Université de Montréal. Merci à Guy Rocher d'avoir accepté que cet extrait soit publié.

discourse and has not given rise to much empirical research. On one side, jurists who practise legal sociology obviously tend to favour the state legal order, which is particularly familiar to them and which they generally consider to be the only one with a “true” legal component. On the other side, legal sociologists — and many anthropologists — have tended to remain within the jurists’ notion of the law, especially in their empirical studies. This is a weakness of the sociology of law that needs to be corrected, hence the interest and relevance of an analysis devoted to the plurality of legal orders. We will begin by tracing the tradition of legal pluralism in the sociology of law. We will then discuss the phenomenon of non-state legal orders, the latter being particularly problematic for lawyers. This approach will finally lead us to recognize that the state legal order, considered for itself, is also a tributary of legal pluralism. Throughout the analysis, the question of the relationship that may exist between the state and non-state legal orders is at stake.

KEY-WORDS:

Sociology, law, legal pluralism, legal orders.

SOMMAIRE

Introduction.....	445
I. La pluralité des ordres juridiques : une tradition.....	445
II. Les ordres juridiques non étatiques.....	455
A. Deux exemples.....	455
B. Une vue d’ensemble.....	459
1. Activités des milieux politiques.....	460
2. Activités des milieux de production de biens.....	460
3. Activités des milieux de production de services.....	461
4. Activités des milieux religieux.....	462
5. Activités des milieux ludiques.....	463
6. Activités des milieux familiaux et domestiques.....	464
7. Activités des milieux marginaux.....	465
C. Une classification.....	466
III. Pluralité du droit et de l’ordre juridique étatiques.....	469
A. L’appareil législatif.....	470
B. Le pouvoir judiciaire.....	472
C. L’appareil exécutif.....	475
D. L’appareil administratif.....	477
E. L’appareil policier et l’appareil carcéral.....	478
Conclusion.....	479

INTRODUCTION

La pluralité des ordres juridiques est un thème important en sociologie et en anthropologie du droit. Il est vrai, cependant, que ce thème est demeuré jusqu'à maintenant plutôt dans l'ordre du discours théorique et n'a pas encore donné lieu à beaucoup de recherches empiriques. Les juristes qui font de la sociologie du droit ont évidemment tendance à privilégier l'ordre juridique étatique, qui leur est particulièrement familier et qu'ils considèrent généralement comme le seul ayant un caractère « vraiment » juridique. Les sociologues du droit — et bon nombre d'anthropologues — ont eu tendance à demeurer à l'intérieur de la notion du droit des juristes, surtout dans leurs études empiriques. Il s'agit là, à notre avis, d'une faiblesse de la sociologie du droit, qui demandera, dans l'avenir, à être corrigée, d'où l'intérêt et la pertinence d'une analyse consacrée à la pluralité des ordres juridiques. Nous allons ainsi discuter, à la suite, des rapports pouvant exister entre les divers ordres juridiques étatiques et non étatiques. Et nous nous reporterons, pour cela, à certaines études plus particulièrement significatives pour éclairer ce thème. Pour ce faire, nous commencerons bien sûr par retracer cette tradition en sociologie du droit.

I. LA PLURALITÉ DES ORDRES JURIDIQUES : UNE TRADITION

Comme le dit avec justesse l'historien du droit occidental Harold Berman, la pluralité des ordres juridiques n'est pas une notion très familière ni très répandue, notamment chez les juristes, à cause de la notion même du droit, qui prévaut maintenant en Occident². Lorsqu'il est ramené à un ensemble de lois, de règlements et de décisions judiciaires d'un pays particulier, le droit devient à la fois trop exclusivement national, univoque et ahistorique pour s'ouvrir facilement à la vision pluraliste des ordres juridiques. Mais il ne faut pas croire que cette conception du droit est générale et a toujours été telle; elle est, au contraire, typiquement celle que l'on se fait du droit dans les sociétés industrielles avancées. La conception qu'on se faisait du droit en Occident jusqu'à la fin du 18^e siècle était assez différente.

2. Harold J Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983 aux pp VII–VIII.

Berman donne un exemple de la conception pluraliste du droit au 18^e siècle. Dans son grand ouvrage *Commentaries on the Laws of England*³, William Blackstone fait le relevé de plusieurs droits existant simultanément en Angleterre : droit naturel, droit divin, droit des nations, common law anglaise, droits coutumiers locaux, droit romain, droit ecclésiastique, droit commercial, droit législatif, *equity*. Et Berman ajoute que ce « catalogue » des divers droits révèle d'une manière implicite la conception du droit d'avant le 19^e siècle comme le lieu où se rencontrent et se recouvrent plusieurs histoires : celles du judaïsme et du christianisme, de la Grèce et de Rome, de l'Église catholique et des États, ainsi que les histoires locale, nationale et internationale⁴.

Parce qu'il était un juriste du 18^e siècle, il semble que Blackstone ait reconnu aisément, et comme tout naturellement, le pluralisme juridique. Toutefois, au cours des 19^e et 20^e siècles, mettre en lumière la pluralité des droits est devenu une manière de contester la conception du droit, dominante non seulement chez les juristes, mais aussi dans l'opinion générale et dans les sciences humaines et sociales. Il arrive alors que l'on parle des auteurs qui ont souligné le pluralisme juridique comme s'ils l'avaient découvert, alors qu'ils ne faisaient, en réalité, que renouer avec une tradition de pensée oubliée.

C'est ainsi que l'on fait souvent remonter la notion de pluralisme juridique à l'allemand Otto von Gierke qui publia, entre 1868 et 1881, un ouvrage intitulé *Das deutsche Genossenschaftsrecht (Le droit allemand des associations)*⁵. Gierke développait l'idée que chaque association ou regroupement dans la société a son droit, celui-ci exprimant « l'esprit » de l'association parce qu'il est sa création, son œuvre. Gierke récusait donc l'idée établie selon laquelle le seul droit est celui qui émane de l'État et s'adresse à la collectivité globale d'une société.

C'est chez von Gierke qu'Eugen Ehrlich, considéré par plusieurs comme le « père » de la sociologie du droit, puisa son idée d'opposer un « droit vivant » au « droit des livres »⁶. Ce droit vivant, c'est précisément celui que les groupes, les associations, les mouvements se créent

3. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vol, Londres (R-U), Dawsons of Pall Mall, 1966 [1^{re} édition anglaise : 1765-1769].

4. Berman, *supra* note 2 à la p VII.

5. Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 3 vol, Berlin, Wiedmann, 1868-1881.

6. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, Arno Press, 1975 [1^{re} édition allemande : 1913].

et qui correspond à leurs besoins et à leurs fonctionnements réels. On trouve aussi plusieurs « droits vivants » qui ne correspondent à aucun « droit dans les livres ».

Cependant, la notion d'« ordre juridique » apparut à peu près en même temps chez deux autres auteurs : Max Weber et Santi Romano. Bien qu'il n'en fasse finalement pas grand usage, Weber distingue tout de même deux acceptions différentes de cette notion. 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 »⁷. La seconde acception 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 que poursuivait Weber :

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'homme⁸.

En définissant le droit comme ordre juridique (*Rechtsordnung*), au sens sociologique, Weber précise ainsi que le droit n'existe pas seulement lorsque c'est l'État qui garantit la probabilité d'une coercition qui doit accompagner les normes juridiques. Une telle garantie peut venir d'une autre autorité que de la seule autorité politique. La définition de l'ordre juridique que donne Weber ne s'applique donc pas qu'à celui de l'État, mais à tout autre. Cependant, Weber n'a pas vraiment élaboré sa pensée sur les ordres juridiques non étatiques.

C'est incontestablement Santi Romano qui, le premier, a présenté, d'une manière détaillée, la pluralité des ordres juridiques, telle que nous l'entendons nous-même ici. Reprenant l'idée de l'unité systématique des normes juridiques, Romano écrit :

[La] nécessité de considérer un ordre juridique comme une unité [...] a été maintes fois relevée. Elle est même devenue

7. Max Weber, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971 à la p 321 [1^{re} édition allemande : 1922].

8. *Ibid* à la p 322.

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 droit⁹.

L'expression « droit », poursuit-il, peut être entendue dans deux sens. Tout d'abord, d'une manière concrète, le droit désigne « une prescription ou un ensemble de prescriptions (normes ou dispositions particulières) diversement groupées ou agencées »¹⁰. Dans un second sens, plus global, le droit est « un ordre dans son intégralité et son unité, c'est-à-dire une institution »¹¹. Les prescriptions dont il s'agit dans la première définition sont juridiques précisément dans la mesure où elles se rattachent à un ordre, dès lors qu'on peut « faire ressortir le lien qui les unit à l'ordre tout entier, à l'institution dont elles sont les éléments, lien nécessaire et suffisant, pour fonder leur caractère juridique »¹².

Romano s'oppose en fait à une conception du droit qu'il juge trop restreinte, celle qui définit le droit comme étant essentiellement composé de normes. Or, pour Romano, les normes ne sont qu'un élément du droit; le droit dans sa totalité est plus que des normes, il les dépasse et les englobe. Définir le droit comme un ensemble de normes, c'est alors le définir d'une manière partielle, incomplète. La décentralisation des normes que propose d'opérer Romano provient de la conception profondément sociologique qu'il a de l'ordre juridique. De fait, Romano se réclame expressément de l'« École institutionnaliste », c'est-à-dire de quelques juristes français — Hauriou, Duguit et Renard — qui empruntèrent à Émile Durkheim la notion d'institution. Si le droit, pris dans son sens le plus complet, le plus global, est pour Romano un ordre juridique, c'est parce qu'il est, pour lui, une institution. Cependant, Romano accorde une signification plus ciblée à cette notion que ne le font ces juristes : « toute institution prend la forme d'un ordre juridique distinct »¹³. On comprend alors que le droit, ainsi entendu, inclut les normes, mais aussi beaucoup plus que celles-ci. Le droit implique également « les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les

9. Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975 à la p 8 [Romano, *L'ordre juridique*] [1^{re} édition italienne: 1918].

10. *Ibid* à la p 19.

11. *Ibid*.

12. *Ibid*.

13. *Ibid* à la p 96.

normes juridiques sans s'identifier à celles-ci¹⁴. Romano conçoit, par ailleurs, la notion d'institution de manière plus concrète que l'École institutionnaliste. Une institution est, bien sûr, composée de personnes formant un groupe, une association, etc., 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 »¹⁵. Romano évoque en ce sens de nombreux exemples : écoles, académies, établissements de tous genres, organismes administratifs, communes, provinces, etc.

Sur cette base, il s'attaque à la conception moniste qui ne reconnaît que l'ordre juridique étatique à l'exclusion de tout autre. Cette conception moniste a existé dans l'Antiquité, dit-il, alors que « le seul ordre juridique pris en considération par les juristes et les philosophes [ait] été l'étatique »¹⁶. Mais, durant les siècles qui ont suivi la chute de l'Empire romain, la division et le morcellement de l'Europe ont aussi divisé et morcelé le droit pour engendrer la coexistence de plusieurs droits — ecclésiastique, royal, seigneurial — pendant tout le Moyen Âge et jusqu'au 18^e siècle :

Puis, à mesure que s'affirma l'« État moderne » et que grandissent sa force et son hégémonie sur d'autres communautés, jusque-là indépendantes et quelques fois ses rivales, on a pu se mettre à croire que l'unification de l'ordre juridique était accomplie et ainsi déployer, sans se mettre avec la réalité dans une contradiction flagrante, la théorie de l'État seigneur et maître non seulement de son droit, mais de tout le droit¹⁷.

L'hypertrophie de l'État moderne et du droit qu'il crée et gère a donc obscurci la vue, faisant croire que ce droit est le seul ordre juridique possible, laissant dans l'ombre tous les autres ordres juridiques réellement existants, même dans les sociétés contemporaines. Pour Santi Romano, le monisme juridique n'est acceptable ni du point de vue théorique, car il est un mélange de naturalisme et d'hégélianisme juridiques; ni du point de vue historique, car il nie des siècles de pluralisme; ni du point de vue empirique, car il va à l'encontre de l'observation que l'on peut faire des autres ordres juridiques dans les sociétés modernes.

14. *Ibid* à la p 10.

15. *Ibid* à la p 27.

16. *Ibid* à la p 79.

17. *Ibid*.

Quels sont les ordres juridiques non étatiques que répertorie Romano? Tout d'abord, l'ordre juridique international, en tant que « droit public externe de l'État »¹⁸; puis, le droit ecclésiastique, l'Église catholique ayant en particulier un important droit canon auquel sont soumis son clergé et ses fidèles; ensuite, les ordres juridiques « d'entités que l'État regarde comme illicites ou [qu'il] ignore »; enfin, les ordres juridiques « d'entités réglementées par l'État, mais possédant, d'autre part, un ordre propre non reconnu par l'État (ordres disciplinaires privés; organisation interne d'établissements employant des travailleurs; associations ou institutions dites non reconnues, etc.) »¹⁹.

Les différents ordres juridiques ont, entre eux, des rapports que Romano analyse à travers ce qu'il appelle la « relevance » des ordres les uns pour les autres : « Se proposer l'analyse des rapports qu'entretiennent différents ordres juridiques revient à s'imposer celle de la relevance que chacun de ces ordres peut présenter pour les autres. Il est clair, en effet, que si un ordre juridique est irrelevant selon tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux ». Et Romano définit la relevance en disant que « pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que *l'existence*, le *contenu* ou *l'efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre » [italiques dans l'original]²⁰.

Romano recense finalement différents types de rapports entre ces ordres juridiques : des rapports de supériorité et de dépendance, une « relation dans laquelle un ordre est le présupposé d'un autre » ou « dans laquelle plusieurs ordres indépendants entre eux dépendent d'un autre », ou encore une « relation de succession entre plusieurs ordres »²¹.

L'œuvre de Santi Romano demeura longtemps méconnue, peut-être précisément parce qu'elle allait à contre-courant du monisme juridique dominant. Pour la même raison peut-être, ce sont des anthropologues qui ont, par la suite, repris la notion pluraliste du droit : leur champ d'études recouvre précisément des « sociétés non modernes » où l'on ne trouve pas de juristes professionnels et où l'on a même été assez étonné de trouver certaines formes de droit. Les juristes ne pouvaient donc que se scandaliser de ce que, dans ces sociétés « non développées », les anthropologues observent la coexistence de plusieurs

18. *Ibid* à la p 83.

19. *Ibid* aux pp 89 et 91.

20. *Ibid* à la p 106.

21. *Ibid* aux pp 107–09.

formes de droit. Les premiers anthropologues à formuler cette observation furent Karl Llewellyn et Edward Adamson Hoebel dans leur étude sur le droit chez les Cheyennes²². Hoebel ayant lui-même, par la suite, plus ou moins abandonné cette perspective, c'est tout particulièrement Leopold Pospisil qui s'en est fait le porte-parole dans de nombreux écrits. Il est d'ailleurs allé plus loin que Llewellyn et Hoebel, comme il le reconnaît lui-même, en affirmant que « chaque sous-groupe dans une société a son système juridique qui est nécessairement différent à certains égards de ceux d'autres sous-groupes » [notre traduction]²³. Cependant, peu d'anthropologues du droit se sont empressés à suivre Pospisil aussi loin dans cette voie.

Par ailleurs, les historiens du droit, surtout ceux qui ont acquis une longue familiarité avec le droit médiéval et adopté une perspective étendue sur l'évolution du droit des pays occidentaux, ont été très sensibles à la pluralité du droit tout autant dans les sociétés modernes que dans celles du Moyen Âge et de l'Ancien Régime. C'est le cas notamment de l'historien américain du droit, Harold J Berman²⁴, et de l'historien canadien du droit, Harry Arthurs²⁵. L'un et l'autre ont défendu avec vigueur la thèse du pluralisme juridique.

Pour ce qui est de la sociologie, on doit reconnaître qu'elle tarde beaucoup à s'engager dans une analyse exhaustive de la pluralité des ordres juridiques et de leurs interactions dans les sociétés modernes. Elle reste encore très largement absorbée par l'analyse du droit de l'État et de l'ordre juridique étatique. Il y a cependant deux phénomènes qui ont attiré l'attention de certains sociologues et qui les ont amenés à s'intéresser à des institutions juridiques non étatiques : les formes informelles du droit et le mouvement en faveur de la dérégulation et de l'informalisation du droit. Il s'agit là d'un phénomène varié et multiple, qui recouvre des manifestations aussi diverses que les tribunaux du peuple dans des périodes révolutionnaires, les tribunaux de quartiers ou communautaires pour régler sans procédures élaborées les disputes locales, jusqu'à certaines pratiques quasi judiciaires

22. Karl Llewellyn et Edward Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1941.

23. Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, New Haven, Yale University Publications in Anthropology, 1958 à la p 272; Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971 à la p 107.

24. Berman, *supra* note 2.

25. Harry W Arthurs, « *Without the Law* »: *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

des régimes fascistes. De tels phénomènes se retrouvent dans divers pays; ils ont même pris la forme d'un mouvement en faveur de formes juridiques informelles dans certains pays, notamment aux États-Unis et en Hollande.

Les diverses formes juridiques informelles ont fait l'objet d'un bon nombre d'analyses et même de débats. Le nom du sociologue américain Richard L Abel est particulièrement associé à ces recherches. Il a, notamment, publié sur ce thème un ouvrage collectif en deux tomes, regroupant des auteurs de plusieurs pays, et intitulé *The Politics of Informal Justice*²⁶. Abel définit ainsi l'informalisme juridique :

Des institutions juridiques sont informelles dans la mesure où elles sont non bureaucratiques dans leur structure et relativement indifférenciées de leur environnement sociétal, où elles minimisent le recours à des professionnels du droit et où elles passent à côté du droit officiel et recherchent plutôt des normes de procédures et de décisions qui sont vagues, non écrites, de sens commun, souples, appropriées à chaque situation et particularistes [notre traduction]²⁷.

L'apparition de ces formes juridiques informelles peut s'expliquer de plusieurs manières, mais ce qui est le plus frappant, c'est sans doute que tous les auteurs qui les ont étudiées s'entendent pour reconnaître que, loin de limiter le contrôle de l'État, ces institutions informelles produisent finalement une extension de l'influence de l'État : par la voie de ces institutions informelles, l'influence de l'État imprègne toute la société. Il y a là, notons-le au passage, une importante « contradiction » susceptible d'alimenter l'analyse dialectique des ordres juridiques.

Dans une veine assez différente et sur un plan plus théorique, il faut ici faire une place à part au juriste et sociologue français André-Jean Arnaud. Dans son ouvrage sur la raison juridique et la sociologie du droit, il insiste sur l'existence d'une pluralité de « systèmes juridiques » qu'il appelle la « polysystémie »²⁸. Celle-ci peut être de diverses natures : la « polysystémie disjonctive » consiste en la coexistence de systèmes

26. Richard L Abel, dir, *The Politics of Informal Justice*, 2 vol, New York, Academic Press, 1982 [Abel, dir, *The Politics of Informal Justice*].

27. Richard L Abel, « Introduction » dans Abel, dir, *ibid*, vol 1 « The American Experience », 1 à la p 2.

28. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981.

juridiques juxtaposés; la « polysystémie successive » réfère à la transition d'un système à un autre système, quand l'un et l'autre s'ignorent; la « polysystémie simultanée » décrit la situation où différents systèmes juridiques non seulement coexistent, mais ont, entre eux, des interactions dynamiques. C'est cette dernière polysystémie qui est particulièrement importante pour la sociologie du droit.

Arnaud énonce la thèse selon laquelle chaque système juridique est doté d'une « raison juridique », c'est-à-dire « d'une vision du monde, projetée partie consciemment et partie inconsciemment, par le truchement du pouvoir, dans la vie sociale et économique du groupe sous forme de règles attributives, impératives ou prohibitives, destinées à assurer la réalisation de cette vision »²⁹. La raison juridique agit comme « le moteur en vertu duquel un système juridique s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaines fins »³⁰. La raison juridique donne donc, pourrait-on dire, sa personnalité à un système juridique; c'est elle qui en fait un système, au sens propre du terme. Il n'est donc pas étonnant qu'Arnaud affirme qu'« un même système ne peut être animé de plus d'une raison ».

Mais, du même coup, la polysystémie simultanée peut entraîner des conflits de raisons juridiques. Les systèmes juridiques autres que le droit « posé ou imposé » par l'État n'ont pas nécessairement la même vision des choses que celui-ci. Il en résulte que « le système du droit imposé [par l'État] ne peut pas ne pas en tenir compte, à peine, pour sa raison, d'apparaître rapidement comme dépassée et déphasée »³¹.

Une importante partie de la sociologie du droit d'Arnaud est précisément centrée sur l'analyse des rapports dynamiques entre le droit imposé par l'État et les autres systèmes juridiques. C'est là une perspective pluraliste qui est riche de possibilités sociologiques. On peut cependant faire à Arnaud le reproche d'axer son analyse trop exclusivement sur la raison juridique du droit étatique et sur les effets qu'ont sur elle les interactions avec d'autres systèmes juridiques. En d'autres termes, les systèmes juridiques non étatiques ne paraissent intéressants que par leurs interactions avec le droit étatique. C'est ainsi qu'Arnaud accorde beaucoup d'importance à ce qu'il appelle

29. *Ibid* à la p 22.

30. *Ibid* à la p 27.

31. *Ibid*.

la « déviance » d'un système juridique par rapport au droit de l'État, c'est-à-dire l'écart entre les normes de l'un et l'autre système. Malgré son grand intérêt, le pluralisme juridique d'Arnaud nous paraît encore trop dominé par la prééminence de la raison juridique du droit posé par l'État.

Ce reproche lui a été adressé, notamment, par le juriste et sociologue québécois Jean-Guy Belley³², dans une importante note critique qu'il publia à propos de l'ouvrage d'Arnaud. Belley pouvait d'autant critiquer Arnaud sur ce point qu'il est lui-même l'auteur d'une thèse de doctorat tout à fait remarquable — qui n'a malheureusement pas encore été publiée — précisément sur le pluralisme juridique³³. Dès le début de sa thèse, Belley remarque ce qui suit avec une grande justesse :

En sociologie du droit, l'idée du pluralisme juridique s'est affirmée comme l'un des courants majeurs qui ont suscité l'émergence de cette discipline. Les fondateurs de la sociologie juridique lui ont accordé une importance significative [...]. On aurait tort, cependant, d'en conclure qu'elle fait désormais l'unanimité chez les sociologues du droit. Elle suscite, au contraire, un débat significatif entre partisans d'une définition restrictive du droit axée sur les manifestations du droit positif de l'État et partisans d'une définition plus souple capable de rendre compte des manifestations du droit extérieur de l'État. Il faut même constater une rupture de la continuité des liens entre les fondateurs de la sociologie juridique et ses spécialistes actuels dans la mesure où la sociologie du droit contemporaine définit primordialement ses préoccupations théoriques et ses recherches empiriques en fonction du seul droit étatique positif³⁴.

La sociologie juridique, dit-il, en conclusion de sa thèse,

devra procéder à une remise en question fondamentale de son orientation trop exclusive vers l'étude du droit et de la justice étatiques. Il importe que les sociologues du droit cessent

32. Jean-Guy Belley, « Les sociologues, les juristes et la sociologie du droit » (1983) 24:2 *Recherches sociographiques* 263.

33. Jean-Guy Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris-II, 1977.

34. *Ibid* à la p 4.

d'accorder à la notion de pluralisme juridique une simple attention de convenance s'ils veulent offrir une véritable connaissance sociologique de la réalité sociale du droit³⁵.

Nous partageons sans réserve ces commentaires de Belley. Nous croyons, comme lui, que la conception pluraliste du droit a joué un rôle historique important dans l'émergence de la sociologie du droit — comme nous l'avons déjà dit plus haut. Nous regrettons, avec Jean-Guy Belley, que cette vision pluraliste du droit ne reçoive plus l'attention qu'elle mérite de la part des sociologues du droit et nous voyons avec intérêt les signes d'une réorientation vers cette direction.

II. LES ORDRES JURIDIQUES NON ÉTATIQUES

Dans la perspective pluraliste, ce sont évidemment les ordres juridiques non étatiques qui posent le plus problème, surtout aux yeux des juristes qui ont l'habitude de ne considérer comme juridiques que les normes et les institutions liées à l'État. Pour pousser un peu plus loin notre analyse du pluralisme des ordres juridiques, donnons d'abord deux exemples concrets et différents d'ordres juridiques non étatiques.

A. Deux exemples

Le sociologue portugais Boaventura de Sousa Santos compte parmi les chercheurs qui ont le plus contribué à l'analyse empirique et théorique d'ordres juridiques non étatiques. Il a, notamment, publié une étude très détaillée du droit informel d'une communauté défavorisée³⁶. Il s'agit d'une communauté de « *squatters* » dans les *favelas* de Rio de Janeiro au Brésil, c'est-à-dire de résidents se trouvant dans une situation non seulement de pauvreté, mais aussi d'illégalité du point de vue du droit de l'État. Pour cette double raison, la population de cette communauté, à laquelle Santos donne le nom fictif de *Pasargada*, n'a pas facilement accès aux institutions juridiques et judiciaires de l'État, et cherche même plutôt à s'en tenir à distance.

35. *Ibid* à la p 555.

36. Boaventura de Sousa Santos, « The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada » (1977) 12:1 *Law & Soc'y Rev* 5.

Pour assurer un minimum d'organisation sociale et de fonctionnement, cette communauté a dû progressivement élaborer « une sorte de justice populaire », un ordre juridique interne répondant à ses besoins. Celui-ci ne s'est cependant pas formé d'une manière spontanée; il a été progressivement créé et mis en place par un organisme officiel, l'Association des résidants, créée par le gouvernement « populiste » brésilien pour promouvoir la participation des citoyens et pour les aider à régler certains de leurs problèmes. Avec l'arrivée au pouvoir du gouvernement militaire fasciste, plus préoccupé de contrôler la population que d'implanter une idéologie de participation, l'Association des résidants se trouva dans une position ambiguë, dont elle sut cependant s'accommoder et même tirer profit.

C'est dans le contexte de cette ambiguïté que se situe la double fonction, juridique et judiciaire, que l'Association des résidants en vint à remplir dans la communauté. Cette double fonction est, selon Santos, centrée sur le conflit ou la dispute : soit éviter les disputes, soit les résorber et les résoudre lorsqu'elles surgissent. La fonction juridique en est primordialement une de ratification d'ententes contractuelles entre des parties, à l'occasion, par exemple, de la vente d'un bien. Dans l'esprit des résidants, le *presidente* de l'Association confère à cet acte un caractère de légalité que ce document n'aurait pas autrement. Quant à la fonction judiciaire, elle ne concerne pas les affaires criminelles que l'Association des résidants considère relever de la police. Elle porte plutôt exclusivement sur la résolution de disputes par le *presidente* de l'Association des résidants, qui agit alors tout à la fois comme conseiller, avocat, notaire et greffier. Lorsqu'il s'agit de signer un acte devant le *presidente*, celui-ci agit un peu comme le juge d'un tribunal civil, plus souvent comme un médiateur et un conciliateur.

Comme le souligne Santos, cet ordre juridique diffère à plusieurs égards de l'ordre juridique étatique. Il est d'abord non professionnel : le *presidente* est un commerçant qui n'a aucune formation juridique et les parties ne font pas appel à des avocats. Il est d'accès facile, expéditif, sans frais ou à peu près, dénué de tout formalisme, de ritualisme et de procédure. Il fait appel à la participation des parties à la formulation soit de l'entente soit à la résolution d'un conflit. Il cherche surtout à arriver à une décision consensuelle plutôt qu'à trancher d'autorité la question. Enfin, le mode d'argumentation est simple, près des sentiments et des besoins des parties, et exprimé dans leur langage habituel.

Ainsi, cet ordre juridique correspond à une sorte de droit coutumier existant parallèlement aux institutions judiciaires et au droit officiel de l'État. Entre les deux ordres juridiques, les relations sont subtiles. Il y a tout d'abord une certaine adaptation des deux ordres l'un à l'autre, adaptation faite à la fois d'ignorance réciproque et de reconnaissance tacite. L'ordre juridique étatique tolère cet ordre juridique non officiel en fermant les yeux sur son existence, d'autant mieux que celui-ci réussit efficacement à faire régner un certain ordre dans une communauté dont la présence explosive est sans cesse inquiétante pour la classe bourgeoise. Par ailleurs, l'ordre juridique de la communauté ignore l'ordre juridique officiel, tout en le respectant, dans la mesure où il s'en accommode et y puise les normes et règles qui satisfont ses besoins et lui inspirent des solutions.

Par ailleurs, l'ordre juridique de la communauté est une forme de contestation de classe de l'ordre juridique officiel. La présence de cet ordre juridique non étatique s'inscrit dans des rapports de classe conflictuels, du moins potentiellement, et de manière détournée, ce qui entraîne des paradoxes et des contradictions. C'est ainsi que l'Association des résidents, organe officiel créé par l'État, remplit des fonctions juridiques et judiciaires que ce dernier ne lui a ni confiées ni reconnues, ayant profité de son caractère officiel pour inventer une légalité non officielle.

De plus, certaines des décisions du *presidente* sont aussi empreintes de paradoxes et de contradictions. Il lui arrive donc souvent de confirmer une partie dans son droit « légal » (du point de vue du droit de la communauté) de propriété d'un lot de terrain, d'une maison ou d'un commerce, alors que les membres de la communauté, en tant que « *squatters* », n'ont aucun droit « légal » (du point de vue du droit de l'État) de propriété sur le domaine qu'ils occupent. Le droit de la communauté a ainsi créé et reconnu des droits de propriété sur le modèle de ceux reconnus par le droit de l'État, mais à l'intérieur d'une situation d'illégalité selon ce même droit.

Dans ce premier exemple, l'ordre juridique étatique préexiste au droit non étatique. Ce dernier est créé par un organe officiel de l'État comme un droit nouveau, un droit de classe, un droit mieux adapté aux besoins d'une communauté défavorisée et marginale.

Le second exemple nous permet de voir un cas bien différent. Il s'agit d'un exemple québécois, tiré d'une étude menée par Madeleine Ferron et Robert Cliche sur le droit populaire chez les Beaucerons

du Québec³⁷. Comme le soulignent les auteurs, la Beauce demeura longtemps une région relativement isolée à cause de son site et des difficultés d'accès qui la séparaient du reste du Québec. C'étaient donc là des conditions favorables à l'appropriation et au maintien d'un ordre juridique local non officiel que les auteurs appellent une « loi populaire » :

La loi populaire est l'ensemble des conventions qu'établissent, entre eux, les membres d'un groupe déterminé, dans un endroit déterminé, pour régir leurs relations. En général, la loi populaire ne s'oppose pas à la loi officielle; elle la complète et souvent la précède. Le Code municipal, par exemple, s'est largement inspiré de la loi populaire. Cette dernière, une fois codifiée, disparaît³⁸.

Les auteurs — dont l'un était un éminent juriste au Québec — sont donc très conscients d'une confrontation entre deux ordres juridiques; ils se sont mis à l'écoute de celui qui est non officiel. Ils le caractérisent ainsi :

L'autorité de la loi populaire ne se discute pas. C'est un ensemble de formules, de coutumes et de rites, œuvres d'une collectivité [...]. La loi populaire est strictement orale [...]. Elle se développe au gré des circonstances et des besoins [...]. Elle s'apprend dans le milieu familial par des conseils, des récits, des faits commentés [...]. Le droit populaire est local [...]. Ce qui est loi dans la Beauce peut être hérésie en Gaspésie³⁹.

Les autorités politiques en place avaient des attitudes diverses à l'endroit de cette loi populaire :

Quoique le législateur se soit souvent inspiré de la loi populaire, en général, il la méprise [...]. De plus, la coutume et le long usage sont toujours suspects aux yeux du juriste [...]. L'autorité religieuse, par contre, inconsciemment diffusait cette loi populaire. Le plus souvent fils de terriens, les clercs, en répétant nombre de brocards, les répandaient⁴⁰.

37. Madeleine Ferron et Robert Cliche, *Quand le peuple fait la loi: la loi populaire à Saint-Joseph de Beauce*, Montréal, Hurtubise HMH, 1972.

38. *Ibid* aux pp 15–16.

39. *Ibid* aux pp 16–17.

40. *Ibid* à la p 18.

Ce second exemple est intéressant parce qu'il nous permet de clarifier un peu plus la notion d'ordre juridique. Le droit populaire des Beaucerons du Québec forme un ordre juridique incomplet. En parcourant l'ouvrage de Ferron et Cliche, on se rend compte que ce droit populaire est composé de règles, d'axiomes, de traditions et de coutumes, mais il n'y a aucun mécanisme ni aucun agent pour faire ce droit, l'interpréter et l'appliquer, ce qui fait toute la différence avec l'exemple précédent, dans lequel on trouvait tous les éléments d'un ordre juridique.

Il y a, dans ce second exemple, des règles de conduite qui sont efficaces, suivies et obéies, et qui servent à organiser et ordonner la vie d'une collectivité. Mais ce sont des règles dont nous dirions qu'elles sont de la nature des usages et des coutumes, sans qu'elles aient été incorporées dans un certain ordre juridique. Nous apercevons donc ici la limite que nous établissons entre le juridique et le non juridique, au sens élargi où nous l'entendons ici.

B. Une vue d'ensemble

Les deux exemples précédents ont pu aider à nous familiariser avec des ordres juridiques non étatiques, leur fonction et leur fonctionnement, leurs rapports avec l'ordre juridique de l'État. Nous pouvons maintenant élargir la perspective pour tenter de prendre une certaine vue d'ensemble des ordres juridiques non étatiques.

Puisque le droit ordonne et régle des interactions sociales, on peut cerner et classer les ordres juridiques non étatiques selon différents types d'activités sociales, à l'intérieur de différents *milieux sociaux*. On peut croire, en effet, que chaque milieu social comprend un ou des ordres juridiques appropriés aux diverses activités qui le caractérisent et aux interactions sociales que ces activités engendrent. C'est donc là une méthode plus particulièrement sociologique d'appréhension des ordres juridiques non étatiques.

Cette méthode n'a, pour l'instant, comme but que de concrétiser la notion d'ordre juridique non étatique, à partir d'exemples d'ordres juridiques appartenant à divers milieux de vie et ordonnant diverses activités. Nous en tirerons une certaine vue d'ensemble de ces ordres juridiques en même temps que nous prendrons contact avec leur très grande diversité. Nous verrons cependant que ce matériel nous servira ensuite à élaborer des classifications plus systématiques.

1. Activités des milieux politiques

Il ne s'agit pas ici des activités de l'État lui-même, mais de groupes ou d'associations poursuivant des activités qui sont essentiellement liées à l'État et aux entreprises de l'État. C'est le cas d'un parti politique : il a son ordre juridique interne qui détermine son organisation, son fonctionnement, son financement et ses activités. Cet ordre juridique interne n'est pas dicté par le droit étatique : il est le produit d'une création du parti lui-même, de ses instances directrices. Et ce seront souvent les mêmes instances qui auront l'autorité d'interpréter les règles, de voir à ce qu'elles soient appliquées et de sanctionner ceux qui ne les respectent pas. Le parti politique appartient cependant à la vie officielle et ouverte de l'État. Il n'en va pas de même de mouvements ou de partis organisés pour s'opposer à l'État, pour renverser un régime existant, le déstabiliser. C'est le cas de mouvements contestataires ou d'organisations révolutionnaires, par exemple une cellule terroriste, un groupe de maquisards ou un parti déclaré illégal par l'ordre juridique étatique et qui continue à exister et à agir dans la clandestinité. Plus qu'un parti politique reconnu, ces mouvements exigent de leurs membres une discipline, une obéissance parfois aveugle, souvent le secret et même une vie cachée. Ils ont donc besoin d'un ordre juridique plus strict, plus ferme, plus simple, que le parti reconnu. Les mouvements contestataires ou révolutionnaires veulent généralement instaurer un nouvel ordre juridique, qui se concrétisera, par exemple, dans la mise en place de tribunaux populaires, plus ou moins formalisés⁴¹.

2. Activités des milieux de production de biens

Ce sont les ordres juridiques régissant les milieux de travail que l'on peut ici évoquer. Le milieu de travail peut être plus ou moins bureaucratisé : il l'est beaucoup dans une grande société, il l'est peu dans une petite entreprise, par exemple un commerce, qui n'emploie que quelques personnes. L'ordre juridique pourra être différent, plus élaboré et plus formalisé dans la grande entreprise que dans la petite ; par exemple, les règles seront écrites, un personnel interne pourra même être désigné pour les interpréter et les appliquer (un bureau du personnel, par exemple). La syndicalisation du personnel a évidemment

41. Jack Spence, « Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences » dans Abel, dir, *The Politics of Informal Justice*, vol 2 « Comparative Studies », *supra* note 26, 215; Boaventura de Sousa Santos, « Law and Revolution in Portugal: The Experiences of Popular Justice After the 25th of April 1974 » dans *ibid* 251.

entraîné la formalisation de l'ordre juridique, notamment sous la forme d'un contrat collectif dans lequel on en est venu à préciser souvent dans le détail la régulation non seulement de la rémunération, mais plus encore des conditions et des modes de travail. On y prévoit aussi les modalités de règlement des griefs qui peuvent surgir et qui appellent une interprétation du contrat collectif et une décision finale. On peut dire que, dans le processus de négociation qui mène à la signature d'un contrat collectif, employés et employeurs deviennent leur propre législateur; ils font du droit qui, par le contrat, entre dans le champ juridique reconnu par l'État. Mais même détaillée, une convention collective ne prévoit pas tout. Il reste une marge de réglementation en dehors de l'ordre juridique contractuel, qui vient ainsi constituer un autre ordre juridique, non contractuel celui-là, qui peut toucher, par exemple, la séquence établie entre des équipes de travail pour l'heure des repas ou des pauses, la formation des équipes de travail ou encore la manière de se procurer le matériel ou les outils nécessaires au travail. Cette réglementation peut, par exemple, être du ressort d'un contremaître qui, à la fois, fait les normes, les interprète et les applique. Dans une entreprise non syndiquée et sans contrat collectif, l'ordre juridique peut ressembler au dernier que nous venons de décrire. Le propriétaire-employeur a la liberté, à l'intérieur de limites assez étendues, définies par le droit de l'État, d'établir l'ordre juridique qui régira les conditions et les relations de travail à l'intérieur de son entreprise.

3. Activités des milieux de production de services

Les professions qui offrent des services à une clientèle ont une longue tradition d'autorégulation, en ayant recours à diverses modalités de contrôle et de censure. Une des plus anciennes et qui a survécu jusqu'à nos jours est le serment d'Hippocrate, qui date du 4^e siècle avant notre ère, par lequel celui qui le prononçait entrait dans la confrérie des médecins, assurant à la clientèle des services professionnels dont la qualité était garantie par ce serment. Au Moyen Âge, les corporations, les guildes étaient dotées d'un ordre juridique non étatique très structuré, prévoyant la formation des jeunes candidats et encadrant l'activité professionnelle et même la vie familiale de tous leurs membres. La médecine est depuis longtemps l'archétype des professions; elle a élaboré, avant les autres, le modèle d'un corps professionnel réclamant et exerçant le droit d'avoir son ordre juridique propre et autonome. Dans les sociétés modernes, cela n'a pas été sans

poser des problèmes juridiques : des juristes et des tribunaux se sont interrogés sur les avantages et les dangers de confier, d'une manière officielle, par une loi par exemple, à un groupe privé et qui ne peut être désintéressé, le pouvoir de se réguler lui-même⁴². Il est arrivé qu'aux États-Unis, par exemple, pays de la libre entreprise pourtant, l'État soit intervenu pour limiter et contrôler les pouvoirs de l'American Medical Association, notamment en ce qui concernait le pouvoir exclusif qu'elle s'attribuait de décerner le droit de pratique. Mais, en général, on peut dire que l'Ordre des médecins a tracé la voie à la reconnaissance que les autres professions se sont acquise de créer chacune leur ordre juridique propre. Au cours des dernières décennies, la notion de profession a même été considérablement élargie, parce que différentes occupations, notamment des occupations nouvelles (les psychologues, les travailleurs sociaux, etc.), ont perçu l'intérêt qu'elles avaient à revêtir le titre de profession, dans l'espoir de bénéficier de la reconnaissance, du prestige et des privilèges que les professions libérales avaient gagnés. De fait, l'État a reconnu, d'une manière formelle, l'ordre juridique créé par un certain nombre de ces professions nouvelles, ce qui n'empêche pas les autres occupations qui réclament — sans l'avoir encore obtenu officiellement — le titre de profession d'avoir leur ordre juridique privé et autonome. C'est même en invoquant celui-ci qu'elles disent mériter le titre auquel elles aspirent.

4. *Activités des milieux religieux*

Les religions s'institutionnalisent sous la forme soit d'église soit de secte. 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 propre 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 et sacramentelles à observer, les postes d'autorité et les voies d'accès à ceux-ci, les sanctions applicables aux différents manquements, etc. De plus, l'ordre juridique ecclésiastique précise à qui est reconnue

42. Louis Jaffe, « Law Making by Private Groups » (1937) 51:2 Harv L Rev 201.

l'autorité d'édicter de nouvelles règles, d'interpréter celles qui existent, de les appliquer et de sanctionner les délinquants. 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 11^e et 12^e siècles, lequel demeure encore aujourd'hui l'armature de l'organisation de l'Église 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 non seulement servi à structurer l'Église et à assurer son fonctionnement jusqu'à aujourd'hui, mais a été le modèle dont se sont par la suite inspirés les droits des États, lorsque ceux-ci ont commencé à émerger au sein du féodalisme. Les rapports entre le droit ecclésiastique et le droit étatique peuvent être de diverses natures et complexes. Ils peuvent être soit des rapports de subordination du droit ecclésiastique au droit étatique, comme en URSS, soit de subordination du droit étatique au droit ecclésiastique, comme dans certains pays musulmans (l'Iran de Khomeiny). Ces rapports peuvent en être, par ailleurs, de cohabitation relativement pacifique, dans la reconnaissance mutuelle de leur champ propre. Cela n'exclut pas, à l'occasion, certains conflits lorsque le droit étatique reconnaît la légalité de pratiques que condamne le droit ecclésiastique (avortement, divorce) ou lorsque le droit ecclésiastique reconnaît ou même recommande des pratiques que le droit étatique ne peut légaliser (l'objection de conscience à la guerre, le refus de certains traitements pour sauver la vie, comme la transfusion de sang, par exemple). La reconnaissance et l'acceptation de l'autonomie d'ordres juridiques religieux ne sont pas un fait général à travers l'histoire et dans les sociétés modernes, et là où cette autonomie est officiellement reconnue, elle n'est pas toujours facile à pratiquer ni par les hommes d'État ni par les chefs religieux.

5. Activités des milieux 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, de sports comme le football, le baseball, le hockey, ou encore les compétitions sportives en ski, en patin, etc. 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, ou les quatre joueurs peuvent se comporter comme le législateur qui définit les règles et comme 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 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. Les sports, surtout les sports publics, ont un ordre juridique beaucoup plus complexe qu'un club de cartes. Leur droit définit très explicitement, par écrit, les règles à observer. Il précise à qui sont confiées les fonctions de législateur, d'interprète, de juge et de policier. 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 pour plusieurs parties, et peuvent même être condamnés à payer des amendes.

6. Activités des milieux familiaux et domestiques

Le droit étatique des sociétés modernes comporte un certain nombre de règles touchant la structure de la famille, les responsabilités de ses membres et, surtout, la protection, l'échange, la transmission de ses biens et propriétés. Mais dans la réalité concrète du fonctionnement des familles, ce droit étatique s'appuie sur la morale, d'une part, et sur un droit non étatique propre à chaque unité familiale, d'autre part. Chaque famille a en effet ses règles — implicites et explicites — prévoyant les responsabilités de ses membres, le champ d'autorité de chacun, les modes de prise de décision, le fonctionnement quotidien du groupe. Ainsi, des règles établissent les heures de sortie et de rentrée des enfants, selon leur âge, l'écoute de la télévision, l'accueil des amis des enfants à la maison. L'ensemble de ce droit interne s'intègre à un ordre juridique simple. Une autorité fait ces règles, les interprète, les applique et les sanctionne. Ce peut être ou le père ou la mère ou les deux; un(e) aîné(e) peut se voir déléguer une certaine part de cette autorité par les parents, ou par un parent, ou il (elle) peut s'arroger cette autorité et l'imposer aux cadets. L'ordre juridique d'une famille est toujours en évolution; il change avec l'accession des enfants

à l'adolescence, des adolescents à l'âge adulte, ou avec l'arrivée d'un nouveau membre ou le départ d'un autre.

7. *Activités des milieux 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 pas intégrées 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 des exemples bien différents. La communauté chinoise de Montréal — comme celle de bien d'autres villes nord-américaines — est faiblement intégrée à la ville et au pays; elle garde une certaine marginalité. Il en résulte que la population chinoise a peu de propension à recourir à l'ordre juridique étatique pour régler ses problèmes internes. Elle a son propre ordre juridique, ses règles et normes, et certains membres de cette 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 cette communauté chinoise, qui ne vaut que pour les membres de celle-ci et sert à ne régler que les interactions qu'ils ont entre eux. Autre exemple, bien différent du premier: Adam Podgórecki rapporte des études faites dans des milieux carcéraux en Pologne, où l'on découvrait ce qu'il appelle « une deuxième vie »⁴³. En marge des normes et règles officielles qui régissent la vie des détenus, s'est instauré un deuxième ensemble de normes et règles mis en place par des détenus eux-mêmes et sanctionnées par eux. Les détenus doivent obéir à ces règles tout autant, sinon plus, qu'au règlement officiel de la prison. Comme le dit Podgórecki, cette « deuxième vie » se trouve 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 surtout les rapports entre les détenus, établit entre eux une hiérarchie, des normes de comportement, des sanctions. Il n'est évidemment pas écrit, se transmet

43. Adam Podgórecki, *Law and Society*, Boston, Routledge and Kegan Paul, 1974 aux pp 137–48 et 269–70.

oralement, d'autant qu'il ne comprend que des règles simples. Il ne peut, par ailleurs, 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 et 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, par le secret dont il s'entoure et par les sanctions qu'il applique. Le gang criminel a, par ailleurs, une fonctionnalité que n'a pas la « deuxième vie » des détenus : il a des actions à entreprendre et à réussir. 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.

C. Une classification

Reprenons les exemples d'ordres juridiques que nous venons de donner, en les disposant dans le tableau ci-dessous selon la quantité et la nature des rapports qu'ils ont avec l'État et l'ordre juridique étatique.

Activités, milieux	Rapports avec l'État et l'ordre juridique étatique		
	Actifs, nombreux; de complémentarité	Minimes, segmentaires	D'opposition
1° Politique	<ul style="list-style-type: none"> Partis politiques 		<ul style="list-style-type: none"> Mouvements contestataires, révolutionnaires
2° Production de biens	<ul style="list-style-type: none"> Syndicats, contrats collectifs 		
3° Services professionnels	<ul style="list-style-type: none"> Code de déontologie 		
4° Religion	<ul style="list-style-type: none"> Églises d'État 	<ul style="list-style-type: none"> Églises, sectes 	<ul style="list-style-type: none"> Secte fondamentaliste
5° Famille		<ul style="list-style-type: none"> Structure et vie de famille 	
6° Jeux		<ul style="list-style-type: none"> Clubs sportifs 	<ul style="list-style-type: none"> Jeux illégaux
7° Marginalité		<ul style="list-style-type: none"> Communautés ethniques 	<ul style="list-style-type: none"> « Gang » criminel, détenus

Ce tableau permet de constater que les ordres juridiques non étatiques n'ont pas tous ni la même quantité ni la même nature de rapports avec l'État et l'ordre étatique public. Plus on descend dans le tableau, plus les rapports diminuent et vont même en se distançant. Compte tenu de la prédominance de l'État et de l'ordre juridique étatique dans les sociétés industrielles avancées, il est important de situer les différents ordres juridiques non étatiques sur un certain continuum allant de la plus grande proximité à la plus grande distance avec l'État et son ordre juridique. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question plus loin.

Remarquons tout de suite que ce sont les ordres juridiques non étatiques régissant des activités économiques, de production de biens et de services qui sont le plus près de l'ordre juridique étatique. Cela est tout à fait caractéristique des sociétés industrielles avancées, du type capitaliste ou socialiste, ou encore du type *Welfare State* ou État-providence. Ce tableau serait évidemment différent s'il était fondé sur d'autres types de sociétés. Un tel tableau n'a donc aucun caractère universel : il vaut pour un type de société, pas nécessairement pour d'autres.

On peut encore classer les ordres juridiques non étatiques selon deux autres critères. L'un est leur degré de complexité ou de formalisation : par exemple, selon que les règles sont écrites ou non, que des personnes ou des corps différents font, interprètent et appliquent les règles. Ainsi, une grande entreprise bureaucratisée a un ordre juridique complexe, formalisé, alors qu'un club de joueurs de cartes en a un simple et souple. Le second critère concerne les activités régies par l'ordre juridique, selon que celles-ci impliquent surtout des interactions internes à un groupe, à une association, c'est-à-dire des interactions des membres de ce groupe entre eux, ou qu'une part importante de l'ordre juridique s'adresse à des interactions avec des personnes ou des groupes extérieurs. Le croisement de ces deux critères donne le tableau ci-dessous, le premier critère touchant plus particulièrement la forme de l'ordre juridique, le second, la substance de ces règles.

Forme Substance	Complexe	Simple
interactions internes	<ul style="list-style-type: none"> • entreprise bureaucratisée • église fortement institutionnalisée 	<ul style="list-style-type: none"> • famille • club sportif ou de jeux • détenus
interactions externes	<ul style="list-style-type: none"> • corporation de services professionnels • parti politique 	

Ce tableau soulève un important problème. Le lecteur — le juriste surtout — aura peut-être quelque difficulté à admettre que les ordres juridiques de la colonne de droite, ceux qui ont une forme simple, soient vraiment des ordres juridiques. N'y a-t-il pas un abus de langage à qualifier de juridique l'ordre qui régit, par exemple, un club de cartes ou une équipe sportive? N'est-on pas en train de donner au terme juridique une extension telle qu'il en vienne à ne plus rien signifier?

En réponse à ces interrogations, nous croyons, au contraire, que le terme continue à être employé dans un sens précis, à la condition de l'entendre dans le contexte de la multidimensionnalité des interactions humaines. Un même ensemble d'interactions sociales peut être appréhendé et analysé dans des perspectives différentes, selon des dimensions différentes. Ainsi, les interactions entre des joueurs de cartes peuvent être saisies sous l'angle moral, en tant que conduites relevant de principes moraux et inspirés par une conscience morale intérieure; elles peuvent aussi l'être sous l'angle psychologique, en ce qu'elles impliquent, par exemple, de motivation, d'émotion, de frustration chez chacun des membres du club; on peut encore les considérer en anthropologue ou en sociologue, du point de vue des mœurs et coutumes qu'observent les membres du club, par exemple, dans leurs vêtements, leur manière de s'asseoir, les règles de politesse auxquelles ils obéissent, ce qu'ils mangent et boivent en jouant, leurs sujets de conversation, etc. Ajoutons qu'on peut aussi les considérer en économiste, en politologue, en sémiologue, en linguiste et, même, en juriste: celui-ci peut se demander, par exemple, si quelques contrats en bonne et due forme ne lient pas certains d'entre eux (le locataire et le propriétaire du logement, l'acheteur et le vendeur d'une voiture) ou si certaines dettes de jeux accumulées par l'un des joueurs sont recouvrables en justice.

La perspective de la sociologie du droit touche une dimension différente de toutes celles énumérées: elle saisit ces interactions sous l'angle de l'organisation normative du jeu, appuyée par une autorité reconnue. Sur le plan microsociologique, cette dimension de ces interactions est exactement la même que celle qu'on peut trouver sur le plan macrosociologique lorsqu'on observe le fonctionnement interne d'une grande entreprise bureaucratisée. Les mêmes éléments qui permettent d'attribuer un caractère «juridique» se retrouvent dans l'une et l'autre situation: des normes ou règles de conduite; une autorité reconnue pour les fabriquer, les interpréter, les appliquer; la probabilité d'une coercition, d'une censure ou d'une sanction par une autorité en cas de manquement appréhendé ou réel aux règles.

Que ce soit sous une forme très simple ou d'une manière très complexe, on retrouve, dans un petit groupe aussi bien que dans une grande organisation, les éléments constitutifs du phénomène juridique tel que nous l'avons défini aux fins de la sociologie du droit. Leur existence n'est pas plus négligeable parce qu'elle se présente sous une forme élémentaire ou rudimentaire; elle appelle la même reconnaissance et la même analyse.

Ce qui montre bien que le phénomène juridique — entendu en ce sens — est bien circonscrit, c'est qu'il ne se confond pas avec quelque autre perception des interactions. Par exemple, les mœurs et coutumes que nous avons évoquées constituent un ensemble de normes et de règles auxquelles les membres du club de cartes conforment leur conduite. Mais ce n'est pas un phénomène juridique s'il n'y a pas d'autorité reconnue chargée de faire, d'interpréter, d'appliquer ces règles. On peut dire la même chose des règles morales auxquelles ces personnes peuvent se référer. Par ailleurs, le juriste peut se poser les questions suggérées plus haut parce qu'il se rapporte à un autre ordre juridique, celui reconnu par l'État. Les règles qui président au jeu des joueurs ne relèvent justement pas de ce dernier ordre juridique, mais d'un autre, qui lui ressemble, à cette différence près que l'autorité à laquelle il se rapporte n'est pas la même.

III. PLURALITÉ DU DROIT ET DE L'ORDRE JURIDIQUE ÉTATIQUES

L'accent que nous avons mis sur la pluralité des ordres juridiques non étatiques semble avoir pour corollaire l'unité de l'ordre juridique étatique. Cette impression est d'ailleurs renforcée par le fait qu'on parle toujours au singulier du droit (celui d'un État) et de l'ordre juridique étatique.

Le juriste est sans doute plus conscient que le sociologue que l'ordre juridique étatique est un ensemble complexe, multiple, dont l'unité et la cohérence peuvent parfois être problématiques. Cela est particulièrement vrai de l'ordre juridique étatique des sociétés industrielles avancées, à cause des développements considérables qu'il a connus au cours des dernières décennies.

L'ordre juridique étatique de ces sociétés comporte six grands appareils de pouvoir ou d'autorité : les appareils législatif, exécutif, judiciaire, administratif, policier et carcéral. Si l'on se situe à l'intérieur de l'ordre

juridique étatique, on peut répertorier deux ensembles de complexités, génératrices de contradictions, au sein de ces appareils juridiques d'État.

Il s'agit, en premier lieu, des rapports multiples et complexes existant entre ces appareils. On a longtemps reçu comme un dogme bien établi la thèse de la nette division des pouvoirs entre le législatif, le judiciaire et l'exécutif, thèse élaborée par Montesquieu il y a plus de 200 ans. Cette thèse est maintenant battue en brèche par les nombreux accroc que l'on peut observer dans la réalité. Nous allons en citer un certain nombre dans les pages qui suivent.

En second lieu, chacun de ces six appareils est complexe en lui-même; ses actions ou interventions ne sont pas non plus simples. La participation de chacun de ces appareils à l'ordre juridique étatique global peut donc être multiple et variée. Voyons un peu ce qui en est.

A. L'appareil législatif

On parle du « législateur » au singulier, mais l'action de celui-ci est variée. Les lois proclamées par le législateur sont loin de revêtir toutes la même importance. Il y a une hiérarchie de la législation qui se présente ainsi :

- Les lois constitutionnelles sont les plus fondamentales; c'est par elles que le législateur se donne à lui-même les pouvoirs dont il dispose, qu'il en précise les limites et qu'il organise l'ensemble des pouvoirs étatiques. La Constitution d'un pays revêt, en général, les caractères du *sacré*. Les « pères » de la Constitution (américaine, canadienne, française, etc.) sont entourés d'une certaine vénération. On leur attribue sagesse, prudence, prescience, profondeur et largeur de vision. Et l'on ne touche à la Constitution qu'avec circonspection, avec respect. Les modifications apportées à la Constitution sont proclamées dans un décorum tout spécial et selon un cérémonial qui symbolise l'importance du geste posé.
- Les codes, qui sont généralement la mise en forme d'un droit déjà existant, touchent un vaste segment de la vie sociale ou le fonctionnement des tribunaux (codes de procédure). Un code est le fruit d'une longue gestation, qui s'étend généralement sur plusieurs années; le travail en a été confié à un expert ou à un groupe d'experts, les meilleurs juristes du pays. Il arrive même que, comme pour les pères de la Constitution, on voue une certaine vénération à

l'auteur ou aux auteurs du code ou des codes. Ainsi, le *Code civil français* doit ses qualités au « génie » de Napoléon qui a présidé aux derniers travaux qui ont amené sa rédaction finale. En Suisse, « nous constatons qu'autour d'Eugen Huber [le principal rédacteur du *Code civil suisse*] s'est tissé un véritable mythe. Mythifié, Huber est perçu comme un personnage exceptionnel dont le génie lui permet de transcender ses contemporains [...]. Il y a unanimité d'appréciation quant à la figure mythifiée d'Eugen Huber [...]. Nous pourrions multiplier les citations qui dessinent le profil d'un législateur messianique, une sorte de don du ciel en adéquation avec l'esprit de son temps »⁴⁴. Cette mythification du codificateur a évidemment des fonctions juridiques et sociales, tout comme la vénération des pères de la Constitution : celles d'inspirer le respect de ces textes fondamentaux, tant chez les juristes que chez chaque citoyen, d'assurer la pérennité de ces textes juridiques, de prévenir les tribunaux et les juristes des bornes à l'intérieur desquelles doivent s'en tenir la doctrine et l'interprétation.

- Les chartes auxquelles le législateur décide de donner préséance sur toutes les autres lois, notamment parce qu'elles touchent les droits fondamentaux de la personne, ont connu, au cours des dernières décennies, une reconnaissance encore inouïe dans l'histoire de toute l'humanité. On a vu, au Canada et au Québec, de quel apparat et de quelle publicité on a accompagné la proclamation des chartes des droits et libertés.
- Des lois qui concernent l'identité de la société, de la nation dans son ensemble, qui définissent une ou des caractéristiques de celle-ci. C'est le cas, par exemple, de législations linguistiques déterminant la ou les langue(s) officielle(s) et les droits reconnus à des groupes minoritaires.
- Des lois générales, qui touchent tous les citoyens, qui peuvent s'adresser à leur conscience, à leur vision du monde, ou qui les atteignent dans des intérêts bien précis. C'est le cas, par exemple, de la loi abolissant ou instaurant la peine de mort. C'est aussi le cas d'une loi par laquelle un pays conclut un accord économique ou militaire avec un ou plusieurs pays.

44. Dominique Manaï, *Le juge entre la loi et l'équité: essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne, Payot, 1985 aux pp 33–34.

- Des lois qui concernent des secteurs particuliers de la population, des régions du pays, des groupes déterminés. Par exemple, des lois régissant les membres de certaines professions ou certains corps de métier, ou encore les agriculteurs ou les agriculteurs d'une région particulière.
- Des lois techniques, dont la seule intention est de faire des modifications mineures ou de forme, d'apporter des corrections de cohérence à des lois existantes.

Hors certaines périodes exceptionnelles, le législateur est surtout occupé à faire des lois pour des groupes particuliers. Ce n'est qu'en de très rares moments qu'il fait ou modifie la Constitution, qu'il sanctionne un nouveau code ou modifie profondément un code existant, ou qu'il fait de grandes lois nationales. Mais ce qu'il est ici important de souligner, c'est que ces différents types de lois ne provoquent évidemment pas les mêmes débats, ne créent pas les mêmes affrontements, ne mettent pas en cause les mêmes enjeux. L'analyse sociologique de l'élaboration ou de la mise en œuvre des lois ne peut donc être la même pour les différents types de lois.

B. Le pouvoir judiciaire

Il est de la nature même de l'appareil judiciaire d'être hiérarchique : on en appelle du jugement d'un tribunal auprès d'un autre. C'est ainsi qu'on parle couramment des tribunaux « inférieurs », des tribunaux « supérieurs » et du « plus haut » tribunal. Le système d'appel, élément fondamental de l'appareil judiciaire, est la reconnaissance officielle de la possibilité d'erreur judiciaire, dans un système qui se veut, par ailleurs, foncièrement neutre, objectif et rationnel.

Selon les pays, le pouvoir judiciaire peut être plus ou moins complexe et diversifié. Dans les sociétés industrielles avancées, il a eu tendance à devenir plus complexe et plus diversifié au cours des dernières décennies. Dans un bon nombre de pays, on a mis en place des tribunaux spéciaux, tels des tribunaux administratifs, pour entendre les causes impliquant des rapports entre citoyens et organismes publics, des tribunaux du travail, de la famille, des affaires sociales et autres. On a aussi eu tendance, par exemple au Québec, à créer des tribunaux informels pour entendre des causes mineures : Régie du logement, Cour des petites créances. On trouve aussi des organismes dotés de pouvoirs quasi judiciaires, mais sans avoir les pleins pouvoirs des tribunaux réguliers.

Mais le problème de fond de l'appareil judiciaire, celui qui a été beaucoup discuté au cours des dernières décennies, concerne l'étendue de sa juridiction en matière de création de droit. Les juges ne font-ils que « dire le droit » — en faire l'interprétation en l'appliquant à un cas particulier — ou leur arrive-t-il de faire du droit nouveau? Après avoir longtemps refusé de le reconnaître ou hésité à le faire, les juristes de presque tous les pays occidentaux admettent aujourd'hui que les juges font parfois du droit, qu'ils peuvent et même doivent être créateurs de droit nouveau.

Ce sont peut-être des théoriciens du droit, tels John Austin, François Gény et Hans Kelsen, qui ont d'abord reconnu ce fait, avant que des juges ne le fassent à leur tour. Comme le dit le juriste québécois Pierre-André Côté, en parlant sans doute non seulement du droit canadien, mais de celui de plusieurs autres pays :

Plus personne aujourd'hui ne contestera sérieusement que l'interprétation des textes législatifs puisse faire appel au pouvoir créateur du juge. L'idée que le juge ne fait que dire le droit (*jus dicere*) a été dénoncée comme une « fiction infantile » (Austin), un « conte de fées » (Lord Reid) et les juges eux-mêmes reconnaissent sans détour la marge de discrétion que peut leur laisser la relative indétermination des règles contenues dans les textes législatifs⁴⁵.

Des juges l'ont reconnu explicitement dans des arrêts. Même si les tribunaux canadiens ne peuvent être considérés comme étant les plus à l'avant-garde à cet égard, le juge Brian Dickson, de la Cour suprême du Canada, écrivait dans un jugement de 1976 :

D'après moi, cette Cour a l'obligation de remplir sa fonction judiciaire d'une manière raisonnée d'après des concepts établis et des décisions fondées sur des principes. Je ne doute pas un instant que la Cour puisse faire preuve d'initiative [*to act creatively*] et elle l'a fait à maintes reprises; toutefois, il est clair qu'il faut se demander quelles sont les limites du pouvoir judiciaire⁴⁶.

Des juges ont aussi analysé leur pouvoir créateur dans des écrits plus théoriques ou plus généraux. Le juriste québécois Pierre Carignan écrit : « Il est souvent arrivé qu'en commentant la pratique judiciaire soit lors de conférences, soit dans des écrits, des juges aient affirmé,

45. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1982 à la p 5.

46. *Harrison c Carswell*, 1974 CanLII 200 (CSC), [1976] 2 RCS 200 à la p 218.

sans équivoque, le pouvoir des tribunaux de créer des normes de droit »⁴⁷, et Carignan de référer à des textes du juge Felix Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis et aux juges canadiens, Louis-Philippe Pigeon, Lord Reid, Jules Deschênes et Brian Dickson.

L'ancienne frontière établie entre l'appareil législatif et l'appareil judiciaire ne peut plus aujourd'hui être considérée avec la même assurance qu'autrefois.

Examinons encore un autre problème que posent les interactions entre le législatif et le judiciaire. C'est le problème propre aux pays de common law, qui concerne la dynamique des rapports entre celle-ci et la loi, plus précisément, la manière dont les tribunaux responsables du développement de la common law accueillent les lois proclamées par le législateur : quel traitement leur font-ils subir, comment s'en servent-ils?

Malgré l'importance de ces questions pour les pays de common law, le juriste britannique Patrick Atiyah s'étonne du fait qu'on y a accordé bien peu d'attention, la raison en étant, suggère-t-il, « que jusqu'à tout récemment l'orthodoxie prédominante dans le droit anglais voulait que les juges n'aient pas le pouvoir de changer le droit » [notre traduction]⁴⁸.

La question générale qu'il pose est la suivante : « Notre droit [anglais] constitue-t-il d'une certaine manière un seul corps de droit intégral et cohérent, ou consiste-t-il en deux entités séparées, deux courants suivant des parcours parallèles [...] destinés pour toujours à conserver leur identité distincte? » [notre traduction]⁴⁹

Pour préciser mieux encore le sens de cette interrogation, Atiyah pose le problème suivant : « Les tribunaux peuvent-ils, par exemple, utiliser les lois comme des analogies dans le but d'élaborer la common law? » [notre traduction]⁵⁰ Les juges de la common law peuvent-ils, en d'autres termes, utiliser les lois comme ils utilisent les précédents, en tirer des analogies pour dégager ou préciser des principes, des normes, des règles? Ce faisant, font-ils entrer les lois du législateur dans le *corpus* de la common law et comment?

47. Pierre Carignan, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles » (1986) 20:1 RJT 27 à la p 37.

48. Patrick S Atiyah, « Common Law and Statute Law » (1985) 48:1 Mod L Rev 1 à la p 1.

49. *Ibid.*

50. *Ibid* à la p 6.

Dans un important article publié dans la *Harvard Law Review*⁵¹, Roscoe Pound a distingué quatre manières dont les tribunaux américains sont susceptibles de traiter les lois : 1^o ils peuvent en faire une interprétation stricte, étroite et restrictive; 2^o ils peuvent les interpréter d'une manière plus large, moins étroite, mais sans les considérer comme faisant partie de la common law; 3^o ils peuvent accueillir les lois dans la common law, en tirer les analogies utiles comme ils le font des précédents, mais sans accorder un statut supérieur aux analogies issues des lois; 4^o ils peuvent reconnaître en la loi une source d'analogies supérieure aux précédents.

Selon Pound, les tribunaux américains et britanniques de son époque s'en tenaient à la première manière. Par ailleurs, Sir Rupert Cross croyait pouvoir dire que les tribunaux anglais en étaient arrivés à la troisième manière, sinon même à la quatrième⁵². Atiyah, pour sa part, conteste la conclusion de Cross. Étudiant un certain nombre de cas, il en vient finalement à la conclusion que la situation est bien plus complexe que ne le voit Cross, et que « vouloir tirer des conclusions [...] sur les relations entre la common law et le droit législatif [*statute law*] est prématuré [...]. Il nous faut plus de recherches et plus d'exemples avant que nous ne puissions présenter une pensée cohérente sur le sujet, mais je crois avoir montré que les tribunaux ont manqué de consistance » [notre traduction]⁵³.

Cette brève analyse d'Atiyah met en lumière une importante zone d'incertitude et d'ambiguïté dans l'interaction entre le judiciaire et le législatif. L'importance croissante du rôle joué par l'appareil législatif a causé de grandes perturbations à l'intérieur de l'ordre juridique étatique, particulièrement dans les pays anglo-saxons, renversant l'équilibre traditionnel des rapports entre le législatif et le judiciaire.

C. L'appareil exécutif

Il s'agit ici de cette partie de l'État composée des hommes et femmes politiques chargés de diriger le fonctionnement du gouvernement et de s'assurer de l'application des lois édictées par le législateur. Dans les institutions britanniques ou françaises, l'appareil exécutif est composé des ministres et de leur personnel immédiat.

51. Roscoe Pound, « Common Law and Legislation » (1908) 21:6 Harv L Rev 383.

52. Sir Rupert Cross, *Precedent in English Law*, 3^e éd, Oxford, Clarendon Press, 1977.

53. Atiyah, *supra* note 48 à la p 25.

En principe, cet appareil est un « exécutant », comme le dit son nom; il ne se substitue pas au législateur. En pratique, on a assisté à un glissement de responsabilité : dans la plupart des pays occidentaux, le législateur a eu tendance à déléguer une partie de son pouvoir à l'appareil exécutif. Beaucoup de lois délèguent au Conseil des ministres ou à un ministre le pouvoir de faire des règlements découlant des lois.

Cette délégation de pouvoir a comme conséquence de confier un pouvoir législatif à l'appareil exécutif. En effet, un ministre ou le Conseil des ministres sont autorisés, à l'intérieur de certaines limites, à expliciter une loi ou à la compléter. D'une part, ce pouvoir de réglementation échappe à l'attention et à la critique des élus du peuple : ces règlements ne sont pas soumis, sauf exception, à l'assemblée des députés. D'autre part, il arrive que les règlements issus de l'appareil exécutif outrepassent les limites qu'avait prévues le législateur. Consciemment ou inconsciemment, le pouvoir exécutif ne s'en tient pas toujours qu'à expliciter des lois; sous le couvert de la réglementation, il utilise son pouvoir délégué pour faire du droit nouveau, en ajoutant à la loi ce qu'elle ne disait pas.

La réglementation issue de l'appareil exécutif est même devenue surabondante. Il arrive que l'appareil exécutif fasse bien plus de règlements que le législateur ne fait de lois. Il est des secteurs d'activité qui ont particulièrement connu une pléthore de réglementation : le monde du travail, notamment, en ce qui concerne, par exemple, les normes de production, la protection de la sécurité et de la santé, etc.

Ceux qui ont parlé de la crise du droit dans les sociétés industrielles avancées ont évoqué le débordement de l'activité législative de l'appareil exécutif. Ils y ont vu un aspect de la crise à un double titre. En premier lieu, le glissement du pouvoir législatif vers l'appareil exécutif a été perçu comme un accroc à la démocratie et une perversion des institutions parlementaires. Il évoque, en effet, une perte d'autorité et de prestige de l'appareil législatif, au profit non seulement de quelques hommes et femmes politiques, mais peut-être davantage de la bureaucratie sur laquelle ces « décideurs » politiques doivent s'appuyer et qui échappe plus encore au contrôle des représentants du peuple.

En second lieu, l'inflation de la réglementation émanant de l'appareil exécutif a soulevé le doute sur l'efficacité réelle que peuvent avoir tant de règlements. L'abus du droit ne risque-t-il pas d'entraîner l'indifférence, sinon le mépris à l'endroit du droit et d'érousser ainsi son pouvoir? N'est-on pas engagé dans un processus d'érosion à la fois du pouvoir de l'appareil législatif et du pouvoir du droit lui-même?

D. L'appareil administratif

Ce terme recouvre tout l'appareil bureaucratique, le corps entier des fonctionnaires chargés d'appliquer les lois, les règlements, et de mettre en œuvre les décisions et les programmes des hommes et femmes politiques. Ici aussi, il se produit un glissement du pouvoir législatif vers l'appareil administratif. Il prend trois formes : la première ressemble à ce que nous venons de décrire pour l'appareil exécutif ; les deux autres en sont bien différentes.

Tout d'abord, le législateur, par un certain nombre de lois, a créé des organismes ou des corps chargés d'appliquer ces lois. Ce peut être, par exemple, une société d'État, une commission, une régie, un service ; les lois ont une terminologie variée qui n'est pas toujours précise ni heureuse. Ces corps, rattachés à l'État et dirigés par des hauts fonctionnaires, se sont parfois vu confier la responsabilité de faire des règlements pour l'application de la loi qui les crée. Sans doute, ces règlements doivent généralement requérir l'approbation soit d'un ministre soit du Conseil des ministres. Malgré cela, on observe ici qu'on s'éloigne encore davantage de l'appareil législatif : un corps de fonctionnaires reçoit, d'une manière officielle, l'autorité de faire du droit.

La seconde forme de création de droit par l'appareil administratif est plus subtile, mais probablement plus importante parce que plus répandue. Les bureaucrates et fonctionnaires doivent appliquer des lois qui ne sont pas toujours claires, précises ; elles ne couvrent pas non plus tous les cas particuliers ; elles peuvent comporter des silences, des trous, des lacunes, même des incohérences. Chargés et responsables de l'application quotidienne de ces lois, les fonctionnaires créent ce qu'on peut appeler l'équivalent d'une « jurisprudence » particulière, basée sur des précédents et les analogies qu'ils peuvent en tirer. On trouvera même dans certains organismes de l'administration publique des « guides d'interprétation de la loi », dont on spécifie prudemment qu'ils n'ont pas de valeur « juridique ». Mais parce qu'ils servent à appliquer la loi, ces guides et cette jurisprudence deviennent la véritable loi, celle qui est appliquée tous les jours, le « droit en action ». Un grand nombre de ces interprétations internes des lois ne seront jamais contestées et ne viendront jamais devant les tribunaux : leur « légalité » peut ainsi demeurer incertaine, peut-être même parfois douteuse.

La troisième forme de création de droit ressemble à la précédente, tout en s'en distinguant. Il s'agit de l'élaboration de grilles ou de critères, par les fonctionnaires et bureaucrates, dans la gestion et

l'administration de programmes gouvernementaux. Par exemple, des fonctionnaires qui doivent allouer des fonds à des personnes ou des groupes ne trouvent pas toujours dans la loi les directives nécessaires à leur travail. Ils doivent alors se substituer au législateur et créer leurs normes qui, dans la pratique, ont les mêmes effets juridiques que si elles avaient été édictées par le législateur, même si elles n'entrent pas dans le droit de l'État, entendu au sens du juriste.

Ajoutons enfin que, si l'appareil administratif déborde ainsi les fonctions de l'appareil législatif, on peut aussi le voir se substituer à l'appareil exécutif dont il est censé dépendre, voire contrer celui-ci. L'appareil administratif représente une force bien en place, tant par sa permanence que par la connaissance qu'a son personnel des rouages et du fonctionnement de l'administration publique. L'appareil législatif et l'appareil exécutif, surtout lorsqu'ils sont élus pour des mandats relativement courts, peuvent être dans une position de faiblesse devant un appareil administratif qui devrait, en principe, leur être soumis et loyal.

E. L'appareil policier et l'appareil carcéral

Traisons ensemble de ces deux appareils de l'ordre juridique, bien qu'ils soient en réalité bien distincts l'un de l'autre, mais tous deux constituent les éléments essentiels de la dimension punitive du droit, même si l'appareil policier a généralement aussi d'autres fonctions non punitives, notamment celles d'aide ou d'assistance. Mais à l'intérieur de l'ordre juridique étatique, c'est principalement dans leurs fonctions punitives que nous pouvons ici considérer ces deux appareils.

Ceux-ci forment chacun un univers ayant ses règles de fonctionnement, sa culture, sa vision du droit — plus particulièrement du droit pénal, évidemment. L'un et l'autre peuvent aussi élaborer leur interprétation du droit qu'ils appliquent; ce peut être particulièrement le cas de l'appareil carcéral qui, par définition, vit et opère dans un univers fermé et réglé sur lui-même. Nous avons vu plus haut qu'il peut, dans cet univers, se trouver en concurrence — mais d'une manière cachée — avec un ordre juridique non étatique, celui des détenus. Dans la même veine, on peut aussi dire que l'appareil policier est souvent en interaction avec l'ordre juridique non étatique de groupes criminels. Le cas du policier qui infiltre un groupe criminel est particulièrement révélateur; il doit jouer alternativement les règles de deux ordres juridiques, tout en sauvegardant sa loyauté à celui de l'appareil policier.

CONCLUSION

Concluons en soulignant que l'ordre juridique étatique, même si on en parle au singulier, ne peut plus nous apparaître comme étant simple et univoque. Il est composé d'éléments divers qui ont, entre eux, des rapports complexes, dans lesquels abondent les contradictions et les sources de conflits. C'est là un important secteur d'analyse et de recherche pour une sociologie du droit qui s'intéresse au pluralisme des ordres juridiques, que ceux-ci soient étatiques ou non étatiques.