

L'acte de juger et son contexte: éléments d'une sociologie politique du jugement

par Pierre Noreau

Les rapports entre l'acte de juger et l'éthique posent toute une série de problèmes anciens. Aristote s'interrogeait ainsi sur les rapports entre la rigidité aveugle des normes posées et les problèmes de la justice, au moment du jugement¹. *Summum jus, summa injuria*, rappelle un vieux brocard latin. Les termes mêmes de la question suggèrent une distinction de nature entre la sphère du droit et celle de l'éthique et de la morale. Or, cette question est au cœur des débats qui ont longtemps opposé positivistes et jusnaturalistes. Les premiers ont été les tenants d'une distinction claire entre norme juridique et norme morale, les seconds, les promoteurs d'une concordance nécessaire entre droit et morale. Au cours des quarante dernières années, l'étude des rapports entre ces deux termes a conduit à une extension graduelle du débat. On a ainsi cherché à étendre les limites du droit posé, soit par l'intégration dans notre définition du droit de règles de reconnaissance autorisant le juge à établir la juridicité de standards qui n'y sont pas encore inscrits², soit par la redéfinition de l'acte de juger en tant que procédé de délibération collective et mécanisme de repérage de principes inscrits dans le droit alors même qu'ils n'y sont pas positivement énoncés³. Dans le premier cas, l'insuffisance du droit posé — sa texture ouverte — est compensée par l'autorité qu'on reconnaît au juge d'éclaircir les zones grises laissées par la législation. Dans le second, les imprécisions du sens du droit sont compensées par le repérage de principes juridiques généraux, déjà inscrits dans le droit sans y être pour autant écrits. La discussion des cas difficiles est ainsi l'occasion d'un débat sur les valeurs et tient de la démocratie délibérative.

Ces glissements successifs rendent compte du désir des théoriciens du droit de maintenir l'intégrité normative de la sphère juridique, en même temps que de reconnaître que l'activité juridique et l'action des juges ne se limitent pas à la mise en œuvre du droit, à sa matérialisation indifférente dans une série de cas particuliers; bref, que les juges ne sont pas simplement, comme l'écrivait Montesquieu, et la science politique après lui, «la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur⁴».

Ce qui nous intéresse surtout, dans les glissements successifs qu'a connus la théorie du droit, c'est la reconnaissance graduelle de la dynamique discursive de l'activité judiciaire, du débat sur l'interprétation et l'application de la norme. Or, ce point de vue, qui pourrait être strictement prescriptif ou programmatique, fait également de l'acte de juger un objet particulièrement intéressant pour le sociologue, parce qu'il rend compte des dimensions relationnelles de l'activité judiciaire. On saisit dès lors la difficulté de distinguer ce qui, dans l'acte de juger, relève de l'éthique et ce qui relève du droit. Le texte qui suit offre une relecture sociologique de l'acte de juger. Il prend la forme d'hypothèse générale. Après un exposé sur la difficulté de spécifier sociologiquement les

caractéristiques propres de l'univers juridique, il propose une discussion sur le flou entourant la distinction empirique entre norme éthique et norme juridique, avant de proposer une reconsidération des conditions sociologiques de l'activité judiciaire, et, parmi celles-ci, le fait que le droit constitue un marqueur culturel, que l'arbitrage judiciaire recouvre souvent une grande part de médiation sociale, que le caractère individualisé du droit est un horizon improbable, que le droit échappe difficilement au sens commun des parties et que le principe de neutralité du juge ne doit pas empêcher un débat élargi sur les différentes formes du pouvoir politique. Le texte conclut sur l'intérêt d'aborder l'activité judiciaire dans la perspective de la sociologie du droit.

Sociologie et problème de la normativité

Comment la sociologie pose-t-elle le problème des rapports entre l'acte de juger et le jugement moral, entre l'activité juridique et l'éthique⁵? Empiriquement, la normativité juridique se caractérise surtout par son institutionnalisation poussée. Or, même sous ce rapport, elle ne se différencie pas significativement d'autres formes de normativité et cette caractéristique ne lui confère aucun avantage absolu en regard de l'efficacité.

Kelsen présente la contrainte physique comme le facteur le plus propre à offrir une distinction entre la norme juridique et la norme éthique ou morale⁶. Or, cette spécificité supposée a souvent été remise en question, soit parce que l'imputation (le rapport de la norme à la contrainte) ne rend compte que d'une partie des énoncés de droit, soit parce que le sentiment d'obligation (avoir l'obligation), qu'on peut théoriquement distinguer de l'habitude ou de la contrainte pure (être obligé), n'est pas propre à la norme juridique mais caractérise la normativité en général, quelle que soit sa source.

Reste la spécificité de l'institution. L'énoncé de droit tirerait sa juridicité de sa source. Il s'agit cependant d'un critère fragile. Dans un texte souvent cité, Guy Rocher démontre, à la suite de Santi Romano, que plusieurs des caractéristiques qu'on prête à l'ordre juridique ne lui appartiennent pas en propre⁷. Il en va ainsi du caractère contraignant des règles, de leur élaboration, de leur interprétation ou de leur mise en œuvre par un appareil ou par des agents spécialisés, de la légitimité reconnue de ces appareils ou de la stabilité de ces normes, de ces appareils et de ces agents dans le temps. Ces traits ne sont pas propres à l'institution juridique car on compte, hors de l'État (et sans doute au sein même de l'État), des ordres juridiques différents qui les partagent. On pense ici aux ordres religieux, aux ordres ludiques, ou aux ordres juridiques marginaux (groupes criminalisés, etc.). L'État n'est pas la seule institution capable d'établir une normativité et de la mettre en œuvre.

Bien sûr, au sortir de la faculté, le juriste tend à se représenter le droit comme le fondement indispensable de toutes les autres relations sociales. La pratique fait cependant s'imposer de tout autres considérations. La sociologie également. À la fin de l'an 2000, dans un sondage réalisé au Québec auprès de 1 530 personnes, nous leur demandions sur quel système de référence ils fondaient leur vie personnelle. Dans l'ordre croissant, les

réponses indiquaient la loi (8%), la religion (15%), les valeurs sociales (23%) et les valeurs de leur milieu (54%)⁸.

Tout cela ne signifie évidemment pas que le droit serait tenu pour rien en tant que système de référence. Après tout, 82% des personnes interrogées affirment, de manière générale, que la loi doit être respectée «même lorsqu'elle apparaît injuste», c'est-à-dire lors même qu'elle bouscule une conviction personnelle, que celle-ci soit fondée sur des valeurs sociales reconnues ou des valeurs du milieu. L'idée du droit comme norme susceptible de «guider la vie quotidienne» l'emporte sur sa fonction instrumentale — c'est-à-dire sur l'idée qu'il vise à «régler les problèmes quand ils se présentent» — dans les deux tiers des cas. La norme juridique n'en constitue pas moins un système de référence parmi d'autres, peut-être moins important que les autres au moment où le choix s'impose au justiciable d'adopter un comportement plutôt qu'un autre, et au juge de décider de l'issue d'une cause en regard d'une norme objectivante.

L'illusion du droit fixe et de la clôture judiciaire

Envisagée de manière abstraite, la distinction entre la norme juridique et la norme sociale (éthique) est claire. Si on en examine attentivement la définition et si on en suit la mise en œuvre, elle l'est beaucoup moins. Déjà, dans la foulée du débat public et législatif, les considérations juridiques et sociales ne font souvent qu'un. La loi comporte en effet une fonction symbolique presque aussi importante — parfois plus importante — que sa fonction instrumentale. La relecture des mémoires déposés en commission parlementaire et des déclarations faites dans la foulée des débats parlementaires, au moment de l'adoption d'une législation, révèle qu'une partie des choix entourant l'adoption des lois porte sur des considérations éthiques ou morales qu'on retrouve inévitablement inscrites dans le corps de la législation. L'interprétation du droit et sa mise en œuvre comportent ainsi, inévitablement, une dimension éthique. On sait d'ailleurs que l'ajustement continu du droit à l'état des mœurs et des valeurs condamne le législateur à une fuite en avant dans la législation, phénomène également associé à l'élargissement des sphères d'intervention de l'État, sinon au pur et simple volontarisme politique. Dans cette fuite en avant, le droit ne perd-il pas une partie de la stabilité que lui prête la théorie? Un fois le droit posé, ne doit-il pas connaître une seule interprétation? La clôture du droit est-elle possible, passé l'étape de la législation? C'est ce qu'on postule généralement, mais cet enfermement est-il vraiment possible en dehors des ouvrages de doctrine? A-t-il jamais été? La distinction stricte des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est-elle si simple à établir et peut-on si facilement distinguer ce que signifient «dire le droit» et l'interpréter, l'interpréter et le mettre en œuvre? L'étanchéité de l'appareil judiciaire et du raisonnement juridique est-elle une promesse qu'on peut tenir? Il est vraisemblable que non.

Sur un autre registre, faut-il prendre au sérieux la stabilité prétendue du droit lui-même? Les lois qu'on n'amende pas tous les trois ans sont-elles pour autant condamnées à la fixité et les tribunaux ne sont-ils pas dans ces conditions le lieu nécessaire d'un constant ajustement du droit? La tradition de droit civil tend à présenter la

législation comme le dernier mot du droit, mais ce que les théoriciens du droit issus de la *common law* reconnaissent de marge de manœuvre aux tribunaux répond peut-être davantage à la réalité de ce que Eugene Ehrlich appelait le «droit vivant⁹» et à l'activité créatrice des tribunaux, et ce, même dans les États de droit civil.

Une approche plus empirique de l'activité judiciaire devrait du moins permettre que soit faite la part des choses entre l'image figée qu'on entretient du droit et le volontarisme qu'on reproche aujourd'hui à la magistrature. Dans un texte encore récent, François Ost expose ce dilemme en opposant trois figures possibles du juge: Jupiter, incarnation d'un droit inflexible et fixé d'avance, Hercule, le juge de l'ajustement au coup par coup du droit en fonction de chaque cas particulier, et finalement Hermès, le juge de l'ajustement mutuel, qui est moins le juge des individus que celui de la société, celui qui cherche les lignes de force qui rendent la société possible¹⁰. Ost présente Hermès comme la figure du juge contemporain, mais peut-être répond-elle à des impératifs inhérents à la nature sociale — trop souvent niée — du droit. Une étude minutieuse de la jurisprudence accessible au Québec sur de longues périodes rend du moins compte des variations d'interprétation que peut connaître la norme juridique, sans que jamais le législateur ne se soit senti obligé d'intervenir.

L'image du juge prisonnier du dilemme qui fait s'opposer le droit et l'éthique est certes d'une tragique beauté, mais le problème ne se pose que rarement en termes aussi absolus. Dans une certaine mesure, le recours par le juge à l'intention supposée du législateur permet une forme de réconciliation entre les impératifs de la stabilité juridique et les considérations fondées en valeur qui ont entouré l'adoption de la législation ou l'établissement de la réglementation. Le problème de la distinction entre norme juridique et norme éthique ne se pose donc pas toujours avec évidence. Il apparaît beaucoup plus clairement à la périphérie de l'activité judiciaire et du raisonnement juridique, dès que sont mises en cause des considérations que le droit ne connaît pas, qu'il n'a pas à connaître, mais qui fondent profondément les comportements sociaux. C'est l'incomplétude du droit qui rend nécessaire l'intervention d'une réflexion éthique au moment de dire le droit. Et si une chose comme l'enfermement juridique (l'autopoïèse du système juridique) existe, il ne rend pas entièrement compte de la situation du juge dans de nombreux cas quotidiens.

Or, il s'agit d'un état de fait souvent occulté par la prédominance, dans l'espace public et dans la doctrine juridique, des arrêts rendus par les cours de dernière instance: la Cour suprême du Canada ou des États-Unis, la Cour de cassation en France. On est alors victime d'un certain nombre d'effets d'optique, le sentiment de se retrouver devant le droit pur dont parle Kelsen. On oublie que la justice est plus généralement rendue au quotidien, dans la foulée d'une multitude de jugements non rapportés et que la justice telle qu'elle est administrée au sein des tribunaux de «première instance» s'éloigne singulièrement des considérations strictement juridiques en fonction desquelles on la définit généralement¹¹. Jean Carbonnier indiquait ainsi dans son ouvrage souvent cité sur la *Sociologie juridique* que «beaucoup de jugements rendus par les tribunaux dits inférieurs sont [...] des jugements intuitifs d'équité¹²». C'est de cette justice du quotidien qu'il sera surtout question ici.

Éléments d'une sociologie de l'acte de juger

Contrairement aux fondateurs de la discipline (Durkheim ou Weber), qui abordaient le droit comme un indicateur important de l'évolution sociale, les sociologues contemporains se sont abstenus de jeter un regard impie sur l'activité judiciaire. Aussi, on a longtemps tenu pour acquis que ce que les juristes disaient du droit devait plus ou moins être accepté comme la définition de ce qu'il était effectivement. Aussi, ce n'est pas par hasard si les premiers sociologues du droit ont été des juristes, Jean Carbonnier, en France, et, aux États-Unis, les tenants de la *sociological jurisprudence* et du «réalisme juridique». Abordant le droit de l'extérieur, les sociologues se sont longtemps abstenus d'y entrer. On tentait ainsi d'éviter de mettre la sociologie au service de l'institution juridique. Une partie de la sociologie s'est au contraire construite comme l'expression d'une réaction aux promesses trahies du droit¹³. Elle s'est souvent présentée comme l'outil d'une démythification. Cela étant, il est sans doute possible de poser aujourd'hui le problème dans une perspective plus analytique. L'acte de juger peut du moins être défini à partir de ce qu'il est socialement, plutôt qu'en fonction de l'image légitimante que le monde juridique donne de son activité.

Il existe bien sûr, en théorie, un certain nombre de caractéristiques propres au procès judiciaire, du moins dans le monde occidental. Dans sa forme pure, il est fondé sur les postulats d'une justice individualisée, qui délimite la matière à traiter en fonction d'une norme extérieure aux parties. Cette extériorité de la norme de référence permet une lecture objectivée des faits, une distinction entre faits juridiques et faits non juridiques. Elle offre un critère à même de justifier l'intervention d'un arbitre impartial et indépendant, c'est-à-dire extérieur au conflit¹⁴. Or, c'est à cette image d'Épinal du procès judiciaire qu'on oppose le problème d'une référence possible — ou impossible — aux normes non juridiques, au «non-droit», à l'«infra-droit», bref à tout ce qui, en tant que référence éthique, n'entre pas dans le droit et est perçu comme un détournement de l'institution. L'acte de juger trouve cependant peut-être dans cette description plus sociologique de l'activité judiciaire les conditions de dépassement d'une fausse opposition entre droit et éthique.

La chose n'est cependant possible que dans la mesure où le droit est re-connu en tant que fait de culture (fondateur du sens des conditions de la communauté de destin), et où l'arbitrage judiciaire laisse place à une certaine médiation entre les parties, où l'individualisation du droit le cède à une conception plus collective de l'activité judiciaire, où les faits pertinents à la cause ne se limitent pas aux faits qualifiés «juridiquement», et où l'activité judiciaire réintègre le champ plus général du débat politique.

Le droit comme marqueur culturel. Montesquieu, qui recommandait, pour des raisons fonctionnelles et politiques, l'étanchéité de l'activité judiciaire, reconnaissait en contrepartie la participation du droit à un ensemble plus large de références. Ainsi, les lois de chaque État sont si différentes, disait-il, qu'il est peu probable que celles d'une nation puissent convenir à une autre¹⁵. C'est que le droit est un vecteur culturel. L'«esprit des lois»,

c'est aussi l'esprit des sociétés, ou du moins l'expression des valeurs du groupe qui, «à une certaine époque, prédomine en société» en imposant ou en proposant les conditions et le sens de la vie en commun¹⁶. C'est une chose trop souvent oubliée, y compris par la sociologie qui tend parfois à voir dans l'institution judiciaire une morte instance plutôt qu'un système ou un cadre d'action¹⁷. L'anthropologie nous y ramène cependant avec constance. Dans une perspective qui renoue avec la sociologie générale, le droit n'est pas seulement cette succession de commandements qui garantiraient un ordre social objectif, c'est aussi l'image idéale que la société offre de son activité et l'issue de conflits où s'exprime le travail qu'elle fait sur elle-même. Le droit constitue dans ce sens l'expression de ce que la vie collective met en jeu¹⁸. Or cette définition idéale ne peut se cristalliser très longtemps; elle n'appartient à personne. Abordé comme marqueur social, le droit cesse d'être une invention pragmatique, une science sociale efficace ou une technique de régulation sociale, pour devenir le lieu d'une négociation des conditions de la vie collective. Bien sûr, une fois écrit, on oublie cette origine sociale du droit, cette idée d'un consensus social débattu. Le droit se fige apparemment dans sa forme¹⁹. C'est dans sa mise en œuvre et dans son interprétation qu'il retrouve sa signification sociale. L'acte de juger devient alors un acte de culture, une façon de rappeler ou de dénoncer les consensus sociaux, d'affirmer ce qui est en jeu dans l'échange social. Dans ce sens, chaque juge doit rappeler l'état des rapports sociaux, tels qu'il peut les lire. Il raconte l'histoire actuelle de sa propre société. Et il le fait publiquement²⁰.

L'évolution récente du droit a mis en évidence cette fonction de l'activité judiciaire. On pense ici à l'avènement des chartes, qui ont fait de l'interprétation du droit une lecture de la société plutôt qu'une simple analyse de la norme applicable aux faits d'un cas d'espèce²¹. Car que signifie ce qu'on appelle «la liberté d'expression» sans une référence à la société où ces principes sont défendus? Que comprend le droit à la vie privée? Qu'est-ce qu'une société libre et démocratique²²? Bien sûr, les dernières années ont permis d'expérimenter davantage ce caractère culturel du droit. Or, il s'agit d'une vérité ancienne, qu'on avait tout simplement occultée²³, et qui *peut* éventuellement s'affirmer dans chaque acte de juger, dans les plus petits jugements comme dans les plus grands. Il y a dans l'acte de juger un constant ajustement du droit à la réalité sociale. Mais si le juge sert ici de marqueur des valeurs sociales dominantes²⁴, l'activité judiciaire peut-elle pour autant constituer une activité démocratique? La chose doit être entendue largement, car si tel est le cas, ce n'est pas seulement dans la protection qu'elle assure aux droits démocratiques et aux institutions politiques, mais dans sa capacité de rendre le droit au justiciable, de le retirer des mains des spécialistes du droit pour en faire un bien commun, une expression de notre dialogue avec nous-mêmes. Tocqueville, après Montesquieu, disait de la vie politique qu'elle devait rapprocher les élus des citoyens de telle manière que ceux-ci voient toujours spontanément l'intérêt de leurs commettants²⁵. Aujourd'hui que la réalité se modifie plus rapidement que la législation, cette responsabilité incombe de plus en plus aux juges, que ceux-ci le reconnaissent ou non, qu'ils le

disent ou le taisent. Or la référence culturelle emporte également une référence aux repères éthiques²⁶. Le droit ne peut plus simplement s'interpréter par lui-même. C'est toujours le droit d'une société donnée interprétée à un moment donné de cette collectivité.

La médiation constante: un au-delà de l'arbitrage judiciaire. Sans doute peut-on continuer dans cette veine et affirmer que, si l'acte de juger ne se résume pas au jugement, l'audition d'une cause ne se résume pas non plus à l'arbitrage judiciaire et que ce qui se déroule devant les tribunaux — notamment devant les tribunaux de première instance — dépasse largement les limites du débat contradictoire. Bien sûr, tout le système judiciaire est fondé sur le principe de la décision d'autorité, de l'ordonnance judiciaire, mais l'activité du juge se résume-t-elle pour autant à l'acte de décider? La première fonction du juge n'est pas de juger mais d'écouter et sa décision ne tient pas uniquement dans la décision de justice prise d'en haut, mais, très souvent aussi, dans les médiations que propose constamment le juge entre les parties²⁷. Écouter, ce n'est pas seulement entendre la preuve, mais chercher à concilier les versions des parties, faciliter les reconnaissances mutuelles et fonder une définition unifiée des faits de la cause. Dans ce sens, le procès, abordé empiriquement, conduit souvent à une sorte de conciliation partielle des parties, ne serait-ce que par les reconnaissances de preuve, les aveux, et les questionnements partagés par elles. Il n'y a jamais de conflit pur, de litiges parfaitement fondés. On oublie ainsi trop souvent que la fonction du juge l'oblige constamment à agir en tant qu'aimable compositeur. L'arbitrage n'absorbe ainsi qu'une partie seulement de l'acte de juger.

Le procès comme acte collectif. L'acte de juger est un acte collectif, ce n'est pas seulement un acte public. Une maxime ancienne nous rappelle qu'on ne juge pas les personnes, mais les situations. Il y a là une intuition très profonde qui fait voir le caractère systémique des problèmes juridiques. On ne juge pas tant les justiciables que la nature des relations qui les lient. L'acte de juger a par conséquent un caractère moins individualisé qu'on le prétend. C'est particulièrement vrai, encore là, devant les cours de première instance, qui sont les instances les plus souvent sollicitées. C'est à cette étape du processus judiciaire que la preuve est reçue et que l'activité judiciaire prend sa forme en tant qu'activité collective. On perd souvent de vue ce point dans l'étude des seuls fondements théoriques du droit, qui consacrent le principe de la personnalité juridique et de la responsabilité personnelle des actes. Les justiciables sont jugés individuellement. La personnalité juridique permet au justiciable d'ester en justice, de poursuivre et de se défendre devant les tribunaux. Or, au-delà des parties, on découvre la société. Elle ne transparait jamais au cœur de la procédure écrite et des règles de pratique, mais apparait graduellement au fur et à mesure que défilent les témoins. On constate alors que le conflit entre deux personnalités juridiques apparemment indépendantes met en scène un très grand nombre d'acteurs dépendants²⁸. Dans les conflits conjugaux, ce sont les enfants du couple, leurs amis, leurs parents proches, parfois leurs collègues de bureau; dans un conflit de nature commerciale, c'est la chaîne de tous les intervenants liés par la même activité économique qui défilent les uns après les autres dans la boîte des témoins, qui assistent à l'enquête,

soutiennent les parties ou se vengent de relations déçues, affirment leur solidarité; tous ces acteurs révèlent que le justiciable est rarement seul²⁹. Mais tout cela suppose également que les témoins ne soient pas seulement compris comme les pièces du jeu des procureurs. Ils ne savent pas toujours que ce qu'ils disent sera réinterprété après avoir été passé à la moulinette du droit³⁰. Ils viennent raconter une histoire, la leur, celle des parties, et c'est un peu l'histoire quotidienne de la société qu'ils révèlent tout à coup. L'acte de juger n'est donc pas seulement une activité juridique, mais elle sert de révélateur des conditions de la vie collective. Elle met en évidence les liens sociaux et révèle généralement une configuration sociale complexe d'acteurs en lien les uns avec les autres. Il faut se rappeler que l'acte de juger est une activité qui déborde le litige des parties en cause et met en scène des réseaux sociaux.

Au-delà du sens supposé du droit: le sens commun des parties. Peut-on juger des situations concrètes sans se pencher sur la signification qu'en donnent les parties? L'essentiel des jugements sont rendus au quotidien par des juges qui œuvrent seuls au sein des tribunaux de juridiction inférieure³¹. Or, on y est peut-être plus conscient qu'ailleurs des insuffisances de la législation. Tout n'est pas dans la loi, alors que se succèdent les faits sociaux nouveaux et inusités, les événements imprévisibles. Tout cela vient singulièrement compliquer le travail d'interprétation des lois³². Le meilleur des législateurs n'aurait pas pu prévoir, il y a trente ans, le phénomène des mères porteuses, le développement de l'inforoute, ni même celui de l'informatique, telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui, ni la fragilité des couples et des familles contemporaines, ni les formes nouvelles de la sexualité, ni les nouvelles formes de travail à la maison, ni le développement — incontournable pourtant — des réseaux de garderies, ni l'importance et la complexité des enjeux environnementaux, ni le sida. Les juges sont de plus en plus conscients qu'on ne peut pas toujours réduire les faits à ce qu'en dit la loi, et que, si tel était le cas, la rigueur du droit serait la cause de plusieurs injustices. Tout tient ici à la réception de la preuve. En première instance, du moins, les impératifs de l'équité se posent de façon plus évidente que dans toutes les autres juridictions. On ne peut prétendre rendre un jugement qui ne tiendrait pas compte de la conception que les justiciables se font de leur propre situation³³. Dans ce sens, on doit savoir juger des choses essentielles. Le droit n'a pas le monopole du sens. Il ne s'agit pas ici de juger en fonction d'autre chose que ce que le droit reconnaît pertinent, mais d'être conscient qu'en réglant le problème circonscrit par le droit, on touche beaucoup d'autres dimensions de la vie que le droit n'a pas normalement à connaître, mais que le juge ne peut — en même temps — ignorer³⁴. Bref, il faut aussi savoir tenir compte de ce que les justiciables considèrent comme essentiel dans leur situation³⁵. Réfléchir plus largement à ce qui fonde l'intérêt juridique et l'ordre public. Nous savons tous que la mise en forme juridique de la vie sociale est également une déformation de la réalité, une reconstruction souvent assez artificielle, une fiction³⁶. C'est notamment le cas en matière de droit privé.

Mais si la diversité des modalités de la vie sociale exige cette mise en forme, peut-on encore aujourd'hui affirmer qu'un droit est d'autant plus certain qu'il est ancien? C'est la limite du précédent judiciaire. Peut-on

juger d'une cause sans s'interroger sur la réception sociale du jugement ou sans se demander comment les justiciables en présence pourront vivre avec les effets concrets de ces jugements? La neutralité du juge et son indépendance ne doivent pas constituer des formes cachées de l'aveuglement. Dans ce sens, l'incarnation de la justice dans la figure emblématique de cette femme aux yeux bandés ne livre qu'une partie de la réalité des juges. Le jugement doit être conforme à la méthode juridique qui consiste à donner à la décision une forme juridique. Mais il ne suffit pas que la décision soit juridiquement fondée. Elle doit être socialement inspirée et adaptée aux situations auxquelles elle s'adresse, aux besoins réels des parties, qui ne se résument pas toujours à ce que contiennent les procédures et à ce que disent les plaideurs. Le critère de la viabilité de la décision devient ainsi un objectif important du jugement contemporain qui exige qu'on sache juger concrètement.

Au-delà de la neutralité: le pouvoir. Un dernier point mérite d'être soulevé sur l'acte de juger: juger est un acte politique. C'est une chose que saisissent plus facilement les magistrats qui se sont frottés à la science politique. On peut prendre le problème sous divers angles. On sait en effet que la division des trois pouvoirs — législatif, exécutif et judiciaire — est un fondement de la démocratie occidentale. De tous ces pouvoirs, le pouvoir judiciaire est sans doute celui qui a le plus constamment assuré son indépendance. Juger, c'est assumer un de ces pouvoirs institutionnels. Mais la fonction de juger dépasse sans doute cette définition essentielle, mais limitée. On sait en effet que le législateur, et pour tout dire les acteurs politiques, ont tendance à laisser de plus en plus aux tribunaux la responsabilité de trancher les grands enjeux sociaux, de fixer les valeurs de la société, en rédigeant la législation dans une forme telle que les tribunaux doivent lui prêter un contenu que le législateur n'a pas toujours bien défini. On se plaint ainsi régulièrement du gouvernement des juges, et beaucoup de juges craignent également cette tendance. Comment faudra-t-il à l'avenir aborder cette question? Deux réactions sont possibles. On peut soit refuser cette charge au nom de la neutralité axiologique du pouvoir judiciaire³⁷, soit placer ailleurs les impératifs de la neutralité et accepter l'élargissement de la fonction judiciaire à cette fonction de définition³⁸. Cela dit, avec l'avènement des chartes notamment — et avec ce que le recours aux chartes nous révèle de la nature profonde de l'acte de juger —, il n'est pas certain qu'on puisse longtemps nier le caractère collectif du jugement, sa fonction déclaratoire, et, par extension, sa participation au débat public, aux débats qui balisent et animent l'espace public, c'est-à-dire l'espace politique³⁹. Soulignons cependant qu'en acceptant discrètement ou publiquement cette fonction, ils ne feraient rien de plus que ce qu'ils font déjà à un autre titre dans les jugements qu'ils rendent quotidiennement dans le cadre de dossiers dont la portée apparaît plus restreinte. D'un point de vue plus général, l'ajout dans le droit de concepts poreux, de notions susceptibles d'une interprétation large («accommodement raisonnable», «intérêt de l'enfant», «intérêt public»), les constants glissements de sens des concepts juridiques (qu'est-ce que la grossière indécence?), et la place de l'argumentation dans le raisonnement en droit conduisent à un élargissement de l'acte de juger. Celui-ci devient l'occasion d'un débat sur les conditions de la vie partagée, bref sur les enjeux qui, parce qu'ils engagent tous les membres d'une collectivité — locale,

régionale, nationale — donnée sont des enjeux d'ordre politique. Il faut par ailleurs se demander s'il ne s'agit pas là d'un aspect incontournable de la fonction judiciaire dans l'avenir.

Quels sont les rapports entre acte de juger et éthique? Ici les termes de l'équation peuvent être entendus de diverses façons, dans les conditions qui fondent les critères de la justice procédurale, dans les paramètres éthiques qui président à l'activité quotidienne du juge. Nous avons voulu élargir la portée des problèmes et faire voir en quoi l'administration de la justice et l'interprétation du droit sont indissociables d'une série de considérations plus larges sur les conditions de la vie sociale et sur la réalité observable de l'activité judiciaire elle-même.

Dans une perspective strictement théorique, qui emprunterait ses assises au monde de l'argumentation juridique, on peut se demander si le législateur peut avoir voulu que la norme juridique, une fois posée, s'affranchisse complètement du mouvement social. Dans une perspective plus empirique, cet impératif apparaît plus clairement encore. Il tient au fait que la mise en œuvre du droit — sa mise au monde — implique en quelque sorte sa matérialisation sinon sa subjectivation. C'est alors qu'apparaît le caractère plus collectif qu'individualisé des conflits et du droit, ses fondements culturels, la place qu'y prend une certaine forme de la médiation sociale, la nécessité de sa mise en rapport avec le sens commun des parties, la reconnaissance du caractère politique de l'acte de juger. Mais ici le positivisme juridique est remis en question dans ses fondements.

La chose peut surprendre car il ne s'agit pas de faits nouveaux, mais d'impératifs qui apparaissent plus clairement dans la foulée des activités judiciaires que dans l'élaboration d'un modèle théorique du droit, entièrement fondé sur le droit posé. La sociologie du droit contribue dans ce sens au développement d'une théorie contemporaine du droit; théorie plus réflexive, affranchie des procédés de légitimation dont le droit a tenté de faire un rempart, jusqu'à risquer l'enfermement⁴⁰.

Il reste beaucoup à faire avant d'en venir à l'établissement d'une interprétation convaincante de l'acte de juger. Parmi les pistes à suivre, mentionnons une série de travaux sur les conditions de subjectivation du droit (au-delà du strict problème de l'interprétation juridique) et sur la fonction du tiers comme agent d'objectivation des rapports sociaux, posture qui fait que la fonction de juger se rapproche dans ses conditions d'exercices d'autres pratiques sociales, d'autres formes de socialisation par lesquelles transitent les rapports individuels et collectifs au sein des démocraties pluralistes.

Pierre Noreau est professeur à la faculté de droit de l'université de Montréal et chercheur au Centre de recherche en droit public

1. Voir à ce sujet ce que rappelle W. Friedmann, *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, «Bibliothèque de philosophie du droit», 1965, p. 17.
2. Voir à ce propos H. Herbert, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, «Droit», 1976; et F. Blais, «La philosophie du droit de H. L. A. Hart», *Revue canadienne droit et société*, vol. 8, 1997, p.1-31.
3. R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, «Recherches politiques», 1994.
4. Montesquieu, *Œuvres complètes*, t. 2, *L'esprit des lois*, Paris, Gallimard, «La Pléiade», 1951, p. 404.
5. P. Noreau, «La norme, le commandement et la loi: le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire», *Politique et sociétés*, vol. 19, nos 2-3, 2000, p. 153-177.
6. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, «Philosophie du droit», 1962. On associe alors le droit à l'État de la même façon que le fait la science politique. L'État est ainsi défini comme cet «appareil bénéficiant, au sein d'une collectivité donnée, du monopole de la violence physique légitime». Dans cette perspective, il va de soi que le droit tire son efficacité attendue de la contrainte par force.
7. G. Rocher, «Pour une sociologie des ordres juridiques», *Les Cahiers de droit*, vol. 29, no 1, mars 1988, p. 91-120, texte repris dans G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis et Centre de recherche en droit public, 1996, p. 123-150.
8. Il s'agit d'un sondage conduit dans le cadre du projet «Démographie et droit», financé par la fondation du Barreau du Québec et portant sur les différentes représentations de la normativité et du droit, entretenues par des justiciables socialisés dans des ordres juridiques différents, c'est-à-dire nés au Canada ou dans un autre pays. Lire un premier rapport de recherche, rédigé à partir de cette enquête: P. Noreau, B. Fournier et M. Jézéquel, *Démographie et droit: enquête quantitative, rapport préliminaire*, Montréal, Centre de recherche en droit public, juin 2001.
9. E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936.
10. F. Ost, «Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles de juges», dans P. Bouretz, *La force du droit*, Paris, Esprit, «Philosophie», 1991, p. 241-271.
11. Je prends ici le contre-pied d'un point de vue développé par Yves-Marie Morissette, qui attribue plutôt cette fonction de conciliation aux tribunaux de juridiction supérieure. Voir Y.-M. Morissette, «Figure actuelle du juge dans la Cité», *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, vol. 30, no 1, 1999, p. 1-33. Lire également sur ce sujet J. Van Compernelle, «Vers une nouvelle définition de la fonction de juger: du syllogisme à la pondération des intérêts», dans *Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495-506. Cela dit, les travaux menés au cours des dernières années sur les fondements de l'interprétation judiciaire et sur les procédés de justification mobilisés par les juges des instances supérieures rendent de plus en plus invraisemblable l'image d'un droit imperméable aux valeurs du temps, même aux niveaux

supérieurs de l'institution judiciaire. On pense notamment ici aux travaux sur la rhétorique juridique de Perelman, ou ceux, inspirés par la méthode herméneutique de Dworkin, de Timsit ou de Lajoie.

12. Cité dans «Morale», dans A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie du droit et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 384. L'auteur renvoie à l'ouvrage de J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 112.

13. A.-J. Arnaud, *Le droit trahi par la sociologie*, Paris, lgdj, 1998. L'ouvrage est la suite de A.-J. Arnaud, *Le droit trahi par la philosophie*, Rouen, Bibliothèque du centre d'étude des systèmes politiques et juridiques en Rouen, 1977.

14. Dans une perspective fondée sur l'anthropologie structurale, on lira avec intérêt le texte déjà ancien de R. Able, «A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society», *Law and Society*, vol. 8, no 2, hiver 1973, p. 217-347.

15. Montesquieu, *op. cit.*, livre 1, ch. 3.

16. V. Petev, «Une conception socio-axiologique du droit», *Droits*, no 10, 1989, p. 70. C'est d'une certaine façon le point d'appui de l'anthropologie du droit. Voir N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, «Droit fondamental/Droit politique et théorique», 1988; et L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, «Essais et Recherches», 1996.

17. Voir à ce propos les critiques faites par A. Touraine, *La voix et le regard*, Paris, Seuil, «Sociologie permanente», 1998, p. 99-100. Sur le droit comme cadre d'action, lire P. Lascoumes et É. Serverin, «Le droit comme activité sociale, pour une approche wébérienne des activités juridiques», dans P. Lascoumes (dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1978, p. 155-177.

18. T. W. Arnold, *The Symbols of Government*, New Haven, Yale University Press, 1935. Lire également J.-G. Belley, «Une justice de la seconde modernité: proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile», *Revue de droit de McGill*, vol. 46, no 2, notamment p. 320.

19. C'est du moins là le postulat qui sous-tend l'école exégétique de l'interprétation.

20. Ici, la métaphore du roman collectif tient encore. Voir Dworkin, *op. cit.*

21. Se pose indirectement là le problème de la pluralité des sources du droit. Voir un aspect de cette question dans le texte de J.-F. Gaudreault-DesBiens, «Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise», dans B. Melkevik, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'université Laval, 1998, p. 83-119.

22. Nous renvoyons ici aux travaux d'A. Lajoie *et al.*, «Les représentations de société libre et démocratique à la cour Dickson: la rhétorique dans le discours judiciaire», *Osgoode Law Journal*, vol. 32, 1994.

23. Il s'agit encore d'un des fondements de pensée de Montesquieu qui soulignait déjà dans la première moitié du dix-huitième siècle (c'est-à-dire au sein de sociétés dont il faut se rappeler qu'elles paraissaient à tort ou

à raison plus stables que les nôtres): «Dans toutes les sociétés, qui ne sont qu'une union d'esprit, il se forme un caractère commun. Cette âme universelle prend une manière de penser qui est l'effet d'une chaîne de causes infinies, qui se multiplient et se combinent de siècle en siècle. Dès que le ton est donné et reçu, c'est lui seul qui gouverne et tout ce que les souverains, les magistrats, les peuples peuvent faire ou imaginer, soit qu'ils paroissent choquer ce ton, ou le suivre, s'y rapportent toujours, et il domine jusqu'à la totale destruction» («De la politique», dans *Œuvres complètes*, t. 1, Paris, Gallimard «La Pléiade», 1949, p. 114). Dans le même esprit, Tocqueville souligne également que «l'état social est ordinairement le produit d'un fait, quelquefois des lois, le plus souvent de ces deux causes réunies; mais une fois qu'il existe, on peut le considérer lui-même comme la cause première de la plupart des lois, des coutumes et des idées qui règlent la conduite des nations; ce qu'il ne produit pas, il le modifie. Pour connaître la législation et les mœurs d'un peuple, il faut donc commencer par son état social» (*De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Paris, Librairie de Médicis, 1951, p. 74-85).

24. Andrée Lajoie parle ici, après Gérard Timsit, de surdétermination du droit (*Jugement de valeurs*, Paris, PUF, 1997, p. 167-201).

25. Voir Tocqueville, *op. cit.*, livre 1, partie 1, chap. 1 et 4.

26. C'est une chose qu'avait bien perçue le philosophe du droit qu'est Herbert Hart (*op. cit.*, p. 239-252).

27. J. De Munck et J. Lenoble, «Droit négocié et procéduralisme», dans P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerkove (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 2171-196. Lire également B. Yngvesson, «Re-examining Continuing Relations and the Law», *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 623-654.

28. «En voyant les choses dans une perspective individualiste, la recherche sociologique [en droit] a souvent ignoré le poids des relations qui lient les parties à d'autres agents: famille, voisins, procureurs, soutiens et tous ceux que le conflit intéresse (*watching the conflict*)» (L. Mather, «Dispute Processing and a Longitudinal Approach to trial Courts», *Law and Society Review*, vol. 24, no 2, 1990, p. 368).

29. Lire également à ce propos D. Black, *Sociological Justice*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 7-22; B. Yngvesson, art. cité.

30. Sur ce risque de dichotomie ou de superposition des situations personnelles et juridiques, on lira L. Mather et B. Yngvesson, «Language, Audience, and the Transformation of Dispute», *Law and Society Review*, vol. 15, nos 3-4, 1980-1981, p. 781-782. Voir également J. Fitzgerald et R. Dickins, «Disputing in Legal and Nonlegal Contexts: Some Questions for Sociologists of Law», *Law and Society Review*, vol. 15, nos 3-4, 1980-1981, notamment p. 694-695.

31. On sait du moins qu'ils jugent des cas sur une base beaucoup plus concrète (plus matérielle) et partant moins formelle. Voir J. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, New York, Harper & Row, 1973, p. 309-321.

32. L'œuvre importante de Pierre-André Côté sur la théorie de l'interprétation révèle les limites d'une conception trop totalisante du droit. Voir *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 1999 (3e éd.).

33. On sait du moins que la jurisprudence, dans certaines circonstances, tend de plus en plus à tenir compte de cette variable. Ainsi, en matière de droit des femmes, on lira avec intérêt l'article de M. Boivin, «Les acquis du féminisme en droit: reconceptualisation des représentations des femmes et de leur place dans la société canadienne», *Les Cahiers de droit*, vol. 36, 1995, p. 27-59.

34. On reconnaît ainsi de plus en plus que le juge écrit ses jugements en fonction de plusieurs auditoires. C. Perelman, «La motivation des décisions de justice: Essai de synthèse», dans C. Perelman et P. Foiriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 415-426. Lire également L. Mather et B. Yngvesson, art. cité, p. 774-821.

35. Sur les malentendus qui en résultent parfois, voir J. M. Conley et W. M. O'Barr, «Hearing the Hidden Agenda: The Ethnographic Investigation of Procedure», *Law and Contemporary Problems*, vol. 51, no 4, automne 1988, p.181-197; et W. M. O'Barr et J. M. Conley, «Lay Expectations of the Civil Justice System», *Law and Society Review*, vol. 22, no 1, 1988, p. 159 et suiv.

36. Ainsi n'y a-t-il pas de hasard si le cycle de conférences du Centre de recherche en droit public pour 1999-2000 porte sur «Les fictions du droit».

37. Ce point de vue est indirectement soutenu par G. Fauteux, *Le livre du magistrat*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, 1980, p. 120-126. Les propos du juge Fauteux révèlent cependant toute l'ambiguïté de l'acte de juger et viennent indirectement illustrer le caractère inévitablement ouvert de l'interprétation judiciaire.

38. C'est d'ailleurs une fonction que la justice assume déjà. Lire à ce propos D. Gibson, «Judges as Legislator: Not Whether but How», *Alta Law Review*, vol. 15, no 2, 1987, p. 249-538.

39. Pour une discussion éclairante sur cette question, on consultera avec beaucoup d'intérêt le texte de L. Bégin, «Le Québec de la Charte canadienne des droits et libertés, et la critique de politisation du judiciaire», dans B. Melkevik, *op. cit.*, p. 153-165.

40. Dans une perspective plus philosophique que sociologique, on consultera à ce propos les travaux récents de J. Lenoble, «La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle», *Les Carnets du centre de philosophie du droit*, n° 70, juillet 1999.