
Comment la législation est-elle possible ? Objectivation et subjectivation du lien social

Pierre Noreau*

Comment la législation est-elle possible ? La question peut prendre de multiples significations. Le droit existe et se maintient dans la mesure où il institutionnalise les rapports sociaux, répondant ainsi aux conditions de la vie individuelle et collective. Cela étant, il ne se suffit pas à lui-même et doit connaître une constante réappropriation sociale. Le droit n'apparaît ainsi possible que parce qu'il répond aux impératifs de la stabilité et du changement ; parce qu'il objective les rapports sociaux et peut connaître de multiples mutations dans le cadre d'une subjectivation continue. Cet aller-retour entre l'objectivation et la subjectivation rend compte de processus simultanés qui permettent la mise en rapport des interprétations apparemment contradictoires de la théorie du droit et de la sociologie du droit. L'article conclut sur la proposition d'une hypothèse générale sur les conditions de production et d'appropriation du droit. Le droit y est abordé en tant que production et producteur des rapports sociaux.

How is legislation possible? The question has multiple meanings. Law exists and is sustained to the extent that it properly institutionalizes social life and responds to the conditions of both individual and collective life. This aside, law does not exist in a vacuum, but must be continually reappropriated by society. Law is only possible because it responds to the imperatives of stability and change by objectifying social relations and by taking on various forms within the framework of a continual subjectification. This interplay between objectification and subjectification accounts for concurrent processes that permit the implementation of diverse and contradictory interpretations of legal theory and legal sociology. The article concludes with a general hypothesis about the production and appropriation of law whereby law is approached both as product and producer of social relations.

* Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

© Revue de droit de McGill 2001

McGill Law Journal 2001

Mode de référence : (2001) 47 R.D. McGill 195

To be cited as: (2001) 47 McGill L.J. 195

Introduction

I. Comment le droit se maintient-il : les processus d'objectivation

- A. *Objectivation et théorie du droit : les principes latents du droit et de la législation*
 - 1. La contrainte et l'autoréférence
 - 2. La législation comme principe de reconnaissance
 - 3. Le droit comme principe constituant
- B. *Objectivation et sciences sociales : les principes actifs du droit et de la législation*
 - 1. De l'objectivation des rapports personnels
 - 2. Du processus d'identité
 - 3. Du processus instituant
- C. *Les regards croisés de la théorie du droit et des sciences sociales*
- D. *La législation comme produit et comme processus social : la double institutionnalisation*

II. Comment vivre avec la législation : les mécanismes de la subjectivation

- A. *La législation en tant que processus de régulation*
 - 1. Le droit comme balise de la sphère publique
 - 2. Le droit comme référence optionnelle
 - 3. Le droit comme balise de contournement
 - 4. Le droit comme référence négociée
- B. *La législation en tant que processus d'identité et principe constituant*
 - 1. L'adhésion aux contenus du droit
 - 2. L'adhésion aux normes implicites promues dans le droit
 - 3. L'adhésion aux questions en jeu dans le droit
- C. *Le droit en tant que principe de reconnaissance et processus instituant et légitimant*
 - 1. La négociation politique des contenus de la normativité législative
 - 2. La reconnaissance implicite des contraintes propres au champ social
 - 3. L'établissement des conditions de mise en œuvre de la norme législative
- D. *Le droit en tant qu'ordre normatif totalitaire*

Conclusion

Épilogue

Introduction

Il existe une ruse de la langue à laquelle on n'échappe pas, et les mots les plus courants nous apprennent quelque chose d'indicible sur nous-mêmes. Ainsi, on ne «franchit» pas un défi, on le «relève» : c'est apparemment une question de poids plutôt que de distance. Cela tient d'un certain effort. En contrepartie, on «court un risque», on ne le relève pas, ce qui en dit suffisamment sur l'urgence de la situation ! Mais toutes ces expressions ne constituent-elles pas la partie et la contrepartie d'un seul et même phénomène ? «Quand la glace est mince, il faut marcher rapidement», rappelle un proverbe russe. Ici, le poids rejoint le problème de la distance et de la vitesse.

Il en va de même de notre rapport au droit. On reconnaît généralement la nécessité d'observer ou de respecter la loi, mais qu'est-ce que cela veut dire ? Ne vaudrait-il pas mieux lui obéir ? Or, l'observance et le respect, ce n'est pas tout à fait l'obéissance. Il s'agit d'expressions plus larges qui trahissent la complexité de notre rapport au droit. Pourtant, il n'est pas certain que ces rapports ambigus soient toujours incompatibles avec la réalité normative de la législation. La loi existe peut-être davantage parce qu'on la respecte que parce qu'on y obéit. Le respect n'est peut-être rien d'autre qu'une forme première de l'obéissance.

Comment la législation est-elle possible ? La question peut être entendue de deux façons : comment la législation parvient-elle à l'existence sociale ? Comment parvenons-nous à vivre avec elle ? Il est impossible de répondre à ces interrogations sans admettre que nos rapports au droit manquent de transparence, qu'ils se construisent dans l'opacité. En fait, la loi est toujours l'expression d'une transaction sociale ; elle ne peut exister qu'à la condition d'autres rapports, qui ne doivent rien au droit posé mais qui rendent la loi possible. C'est ce qu'on tentera d'illustrer ici.

Comment la législation est-elle possible ? Il s'agit d'un problème ancien, abordé à tâtons par la théorie du droit et les sciences sociales, mais de façons si différentes qu'elles s'enferment dans une fausse opposition. Ainsi, la théorie du droit tend toujours directement ou indirectement à voir dans le droit le cadre où se déploient tous les rapports sociaux. La sociologie et la science politique n'y voient, au contraire, que l'expression figée des valeurs dominantes et des rapports de force. La théorie du droit nie en partie ce que le droit doit aux autres formes de socialisation alors que les sciences sociales affirment la nature asociale, sinon antisociale, du droit¹.

Ironiquement, chaque discipline en vient à nier au droit sa réalité et sa signification en tant que fait social : la première en réduisant la loi à la simple volonté du *légis-*

¹ Voir P. Noreau, «La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire» (2000) 19:2-3 *Politique et sociétés* 153 [ci-après Noreau, «La norme»].

lateur (expression sublimée de son extériorité par rapport aux actions du commun), la seconde en lui prêtant une fixité et une rigidité incompatibles avec le mouvement social. Chaque perspective fournit à l'autre sa justification : d'un côté la nécessité d'un ordre objectivant et rationnel (transcendant le chaos supposé des rapports humains), de l'autre le refus d'un ordre juridique fondé sur la fiction d'une raison transcendante.

Alors, on perd de vue que la théorie et la sociologie du droit montent et descendent une même échelle dont elles ne perçoivent qu'à moitié les barreaux du milieu. Il manque à la théorie du droit (venue d'en haut) une théorie de la subjectivation et de la légitimité sociale, et à la sociologie du droit, une théorie de la mise en forme des rapports sociaux. Dans un cas comme dans l'autre, la perspective d'un espace commun fait défaut, ce qui demeure un point aveugle entre deux mondes de la pensée : une certaine perspective fonde une idée *du* droit, une autre, un point de vue *sur* le droit.

I. Comment le droit se maintient-il : les processus d'objectivation

Comment la législation est-elle possible ? Et, plus particulièrement, comment la législation parvient-elle à exister et à se maintenir ? On doit d'abord admettre qu'au cours des dernières années, la théorie du droit a mieux répondu à cette interrogation que ne l'ont fait les sciences sociales qui, pour y trouver une réponse, doivent souvent revenir aux origines de la sociologie et à ses premiers questionnements². La théorie du droit étant d'abord un discours sur les normes, elle y a souvent contribué dans une perspective normative en fondant en principe les conditions de la construction et du maintien du droit. La théorie du droit a donc presque toujours une vertu «programmatische». Elle s'interroge sur ce qu'il faut croire du droit pour que le droit soit possible. Elle offre ainsi une vue en plongée sur les fondements tacites du droit là où la sociologie cherche les principes actifs, voire les processus manifestes du phénomène juridique. Nous tenterons de dessiner brièvement comment peuvent être résumés ces deux points de vue avant d'établir comment ces deux projets peuvent être liés, puis réconciliés avec toutes les approximations que cela suppose.

A. Objectivation et théorie du droit : les principes latents du droit et de la législation

L'évolution de la théorie du droit prend dans l'œil du sociologue une signification différente de celle que lui donne le philosophe ou l'historien des idées. Alors que pour ceux-ci la théorie du droit positif apparaît comme une succession d'arguments sur les conditions de constitution et d'existence du droit en tant qu'œuvre de civilisation

² Voir É. Durkheim, *De la division du travail social*, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1960 ; M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986 [ci-après Weber, *Sociologie du droit*].

trouvant sa valeur en soi, elle prend pour le sociologue la forme d'un constant travail de clôture (de protection) du champ juridique. Cette clôture est assurée soit par l'affirmation de la valeur morale du droit (projet des tenants du droit naturel ou des contractualistes libéraux), soit par l'affirmation de son essence spécifique, différente en tant que science normative de la morale. Cette distinction s'opère par la définition de sa fonction en tant que discours, c'est-à-dire en tant que forme énonciative et expression du débat (du discours) de la société avec (et sur) elle-même et, partant, en tant que condition d'existence de la société : rationalité fondatrice du lien social. Définir ce qu'est et ce que n'est pas le droit a, par conséquent, constitué le principal procédé intellectuel des juristes et des théoriciens du droit moderne.

1. La contrainte et l'autoréférence

Parmi les théoriciens les plus souvent cités, Kelsen est sans doute l'auteur le plus connu à l'extérieur du champ de la théorie du droit, peut-être parce que son œuvre rend compte de la démarche la plus exigeante eu égard aux conditions d'autonomie du droit³. En tant que sphère spécifique de l'activité humaine, le droit ne pouvait, pour Kelsen, dépendre ni de références transcendantes fondées téléologiquement en nature ou inscrites dans la Révélation, ni de spéculations théoriques sur la spécificité de la condition humaine telle qu'elle se trouve exprimée chez les premiers libéraux⁴. Par ailleurs, distinct des sciences sociales, le droit n'est pas tenu aux contraintes de la causalité telle qu'elle est définie par la sociologie. Le droit se distingue par le recours à l'imputation que Kelsen présente comme le procédé le plus apte à rendre compte d'une science des normes⁵.

Isolé (par le haut) des références morales et (par le bas) de l'influence des autres connaissances qu'on peut tirer de l'observation empirique des comportements (l'imputation plutôt que la causalité), le droit trouvait dans l'enfermement de la sphère juridique la condition première de son intégrité. Le principe de non-contradiction et la hiérarchie des normes et des instances législatives et judiciaires n'offrent pas seulement une description des principes mobilisés par les juristes, mais un programme susceptible d'assurer l'étanchéité du droit, abordé ici comme essence distincte. Le droit étant

³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 [ci-après Kelsen, *Théorie pure du droit*]. Nous n'élaborerons pas sur le projet kelsenien, qui mérite un traitement plus fin que celui que l'on peut lui réserver ici. Nous rappellerons seulement qu'il s'inscrit dans une perspective résolument moderne et rationaliste trouvant sa cohérence intellectuelle dans une réaction à la confusion longtemps entretenue entre la morale et le droit : voir H. Kelsen, «Positivisme juridique et doctrine du droit naturel» dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, 141 [ci-après Kelsen, «Positivisme juridique»].

⁴ Voir Kelsen, «Positivisme juridique», *ibid.*

⁵ Voir Noreau, «La norme», *supra* note 1 ; H. Kelsen, «Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?» (1992) 22 *Droit et société* 551 [ci-après Kelsen, «Qu'est-ce que la théorie»].

toujours considéré comme complet et pourvu d'un sens clair, il garantit son intégrité en demeurant sa propre référence⁶. La norme juridique, définie comme un commandement assorti d'une contrainte physique, représente pour cette raison le centre du modèle kelsenien parce qu'elle limite les glissements vers d'autres références. Plus que tous les autres théoriciens du droit, Kelsen est sans doute le théoricien de la législation, c'est-à-dire de l'énoncé normatif en tant qu'il porte sa propre signification et ne nécessite aucune médiation. C'est la législation dans son sens le plus épuré.

Kelsen restitue avec beaucoup de clarté un des principes latents de la réalité juridique : le principe de l'autoréférence qui constitue un des moteurs des mécanismes d'institutionnalisation sociale et consacre le droit dans sa spécificité en tant qu'univers de production de sens. Il garantit ainsi son étanchéité vis-à-vis des autres mécanismes de production de sens et consacre le droit comme mécanisme de reproduction. Le droit *est* un ensemble de références de formes instituées. Il ne s'agit pas seulement d'une obsession autopoïétique, mais d'une condition effective et empiriquement nécessaire de la spécification juridique⁷. Aussi, le projet de Kelsen dépasse-t-il la fiction d'un univers cohérent par sa clôture sur lui-même. Il rend théoriquement compte d'une condition concrète de l'activité juridique même si ce n'est pas la seule.

2. La législation comme principe de reconnaissance

Le projet kelsenien engendrait, presque par nécessité, sa contrepartie : une réflexion sur les rapports entre le droit et le non-droit. C'est à cette perspective que se sont attachés ses successeurs, notamment Hart et Dworkin. Pour Hart⁸, traducteur de Kelsen, il faut reconnaître que la normativité ne peut être limitée à la définition qu'en donne Kelsen et que l'imputation, en tant que procédé spécifique de l'énoncé normatif, ne rend compte que des règles dites *primaires*⁹. Or, la règle juridique ne peut être saisie dans sa diversité que si l'on reconnaît l'existence de règles *secondaires*, de règles de reconnaissance (fondant les conditions d'identification de la règle juridique) mais, également, de règles de changement et de règles de décision sans lesquelles le droit ne peut être mis en œuvre ni connaître d'ajustements continus. Hart arriva ainsi à intellectualiser les conditions normatives de la clôture juridique, mais il est surtout parvenu à élargir la définition de ce qui fonde la norme¹⁰. Pour lui, une norme est respectée de la même façon qu'une obligation et non comme un usage, une façon de

⁶ R. Sullivan, «The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation» dans E. Mackaay, dir., *Les certitudes du droit*, Montréal, Thémis/CRDP, 2000, 151.

⁷ Voir G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

⁸ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

⁹ Ces règles sont particulièrement caractéristiques des normes en matière de droit pénal.

¹⁰ Hart, *supra* note 8.

faire ou une habitude¹¹. Cette distinction se retrouve aussi chez Kelsen¹². Cela étant, il faut également distinguer l'obligation liée à la force, le fait d'être obligé, de la nécessité liée à l'intériorisation du caractère obligatoire, qui est propre au sentiment d'obligation. La norme reste ainsi une référence extérieure à l'individu sans que cette extériorité constitue pour autant une négation du caractère de la norme en tant que référence. Elle trouve son fondement dans une règle admise de reconnaissance plutôt que dans l'expérience de la contrainte. Un glissement déterminant pour la suite de cette discussion s'est produit.

Hart fut également prompt à constater que la proposition défendue par Kelsen — après celle de Austin — confinait au formalisme en condamnant l'activité juridique à l'enfermement, que suppose toute décision strictement fondée sur la déduction¹³. L'idée d'un droit complet (clôturé), dont la signification est univoque, n'avait de sens que dans le cadre d'une définition idéalisée de la norme juridique et, partant, de la législation au sens strict¹⁴. Or, l'énonciation de la norme n'est pas le dernier mot de la règle de droit. Hart affirme indirectement que la législation ne se suffit pas à elle-même. Cet élargissement de la définition du droit (l'élargissement de la fonction législative aux instances judiciaires) suppose que sa définition ne s'arrête pas à la décision du Souverain ou du Législateur et que la législation est moins une forme instituée qu'un processus instituant. L'intérêt porté au travail des tribunaux permet cet élargissement de la fonction législative, c'est-à-dire l'idée que les juges font également la loi. Deux éléments allaient rendre crédible cette affirmation : d'une part, le constat souvent fait des limites de la langue et du fait que la norme juridique est caractérisée par une texture ouverte ; et d'autre part, le fait que la règle de droit ne parvienne jamais à tenir compte de toutes les situations où elle doit connaître une application. Le tout exige qu'on expose la règle de reconnaissance au-delà de l'activité législative jusque dans la fonction d'interprétation. Dans les zones d'ombre où le droit doit néanmoins connaître une application, le juge est conduit à puiser ailleurs des références qui, une fois intégrées à la décision judiciaire, augmentent le corpus des règles juridiques reconnues.

Du point de vue d'un civiliste, la proposition de Hart ne fait que consacrer une caractéristique inhérente à la *common law*. Ainsi, elle rend également sans doute compte de la pratique quotidienne du droit (et de l'acte de juger) dans la tradition du droit civil. L'idée de la reconnaissance d'une forme d'altérité dans l'espace supposé clos du droit reste fondatrice dans la proposition hartienne. La définition de la *reconnaissance* du droit devient dans ce contexte un processus instituant un mécanisme d'identification plutôt qu'une référence identifiée et fixée. Certes, la législation de-

¹¹ Voir R. Dworkin, «Le positivisme» (1985) 1 Droit et société 31.

¹² Kelsen, *Théorie pure du droit*, *supra* note 3.

¹³ Voir Hart, *supra* note 8.

¹⁴ F. Blais, «La philosophie du droit de H.L.A. Hart» (1993) 8:2 R.C.D.S. 1.

meure un processus situé socialement (dans les institutions législative et judiciaire), mais elle participe d'un processus plus continu, plus étendu que la proposition de Kelsen le laisse supposer. On comprend cependant que la spécificité du droit en tant que champ de référence (ensemble de normes) constitue une condition du droit. Hart ne nie pas la diversité des sources du droit mais il restreint son repérage en fonction de certaines règles de reconnaissance. Le droit doit toujours être susceptible d'un repérage et la difficulté de la validité du droit demeure un problème central de la sphère juridique.

Après Hart, le problème des rapports entre le droit et le non-droit s'est constamment enrichi tout en se complexifiant. Le recours aux catégories offertes par la cybernétique, l'idée d'un système plus ou moins fermé¹⁵, l'image du droit comme espace de jeu¹⁶, la conceptualisation du droit comme cadre d'action¹⁷, le problème de la codétermination et de la surdétermination du droit¹⁸ sont tous des modèles qui ont permis d'expliquer les rapports complexes qui lient la norme juridique et l'univers des normes sociales et des comportements.

3. Le droit comme principe constituant

Parmi les théoriciens du droit, Dworkin offre l'exemple d'une autre tentative de conciliation des impératifs de stabilité du droit et du mouvement continu des faits et des valeurs. Dworkin reprend à son compte le problème soulevé par Hart sur ces zones où le droit posé apparaît insuffisant¹⁹. Il démontre en quoi la discrétion reconnue au juge par les positivistes comme Hart conduit à céder au juge une marge de manœuvre si grande qu'elle confine à l'arbitraire. Dworkin propose d'y voir la conséquence inévitable d'une vision du droit fondée sur l'idée de règle ou de norme, c'est-à-dire sur cette idée que le droit se limite à ce qui est énoncé soit par la cour, soit par le législateur. Il résulte de cette perspective identifiée à la normativité que tout officier public confronté au silence de la règle de droit est condamné à puiser hors du droit les

¹⁵ Cette idée reflète la notion que le droit n'est pas complet et ne se suffit à lui-même. Voir notamment F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 ; N. Luhmann, «Le droit comme système social» (1989) 11-12 *Droit et Société* 53 ; Teubner, *supra* note 7 ; M. Coutu, «Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner : une "méprise constructive" ?» (1998) 40 *R.I.E.J.* 1.

¹⁶ Voir F. Ost et M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.

¹⁷ Voir 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, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, 155.

¹⁸ Voir notamment G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991 ; A. Lajoie, «Contributions à une théorie de l'émergence du droit. 1. Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées» (1991) 25 *R.J.T.* 103.

¹⁹ Voir Dworkin, *supra* note 11.

standards qu'il doit appliquer en l'espèce. L'intégration de ces choix arbitraires par la reconnaissance des tribunaux (ou de toute autre instance) en tant que mécanisme de reconnaissance ne constitue ainsi qu'une façon de recouvrir les insuffisances de la loi.

L'essentiel de la théorie herméneutique proposée par Dworkin réside dans l'idée que cette définition du droit, fondée sur l'idée de règles, ne rend pas compte des conditions susceptibles d'assurer l'intégrité du droit. Elle affirme que l'officier public, tenu de pallier les silences ou les insuffisances de la législation ou de la réglementation, ne choisit pas arbitrairement les standards dont il s'inspire. Il réfère plutôt à des «principes juridiques» supérieurs, inscrits dans le droit bien qu'ils ne prennent pas la forme d'une règle écrite. Il ne s'agit donc pas d'une discrétion absolue mais de la possibilité de choisir entre plusieurs standards : ceux qui sont inscrits en valeur dans certains principes connus ou ceux qui répondent téléologiquement aux orientations de certaines politiques établies²⁰. La solution proposée par Dworkin réside dans l'idée que ce qui fonde l'interprétation du droit tient du contexte politique général, des convictions partagées par les citoyens d'un État (ou la majorité d'entre eux) à un moment donné, lorsqu'un problème complexe se pose et met en jeu le sens du droit. L'interprétation du droit et le repérage des principes juridiques ne valent que dans la mesure où ils répondent à ce qu'on peut supposer être le consensus éthique partagé.

Les assises du droit se trouvent ainsi considérablement étendues. L'interprétation ne vaut que si elle reste en phase avec la conception idéale que les membres d'une collectivité se font de leur société et qui fonde leur communauté de destin. Par conséquent, Dworkin reconnaît dans le droit un principe que nous pourrions appeler *constituant* (ou constitutif) fondé sur la reconnaissance d'une distinction impossible entre ce qui établit la règle de droit et son appropriation publique. Le droit participe ainsi de la démocratie délibérative²¹.

On pourra contester la façon simpliste avec laquelle on a pu présenter ici les contributions successives de Kelsen, de Hart ou de Dworkin. Mais ces raccourcis sont volontaires. L'objectif était d'abord d'examiner trois figures du droit qui constituent également trois conceptions différentes de la forme législative. Contrairement à l'historien des idées, qui verrait dans le passage de l'une à l'autre autant de mutations fondamentales, le sociologue et le politologue voient surtout dans ces contributions trois figures effectives de l'institution législative, trois temps différents (mais aussi trois formes simultanées) de la forme juridique, qui correspondent à une partie de la réalité sociale du droit. Chacune met en évidence une source différente de l'effectivité juridique : la contrainte, la légitimité de ses sources et celle de ses contenus. Dans chaque cas, il s'agit d'une réponse possible à la question du problème abordé qui nous

²⁰ Voir *ibid.*

²¹ Voir L.B. Tremblay, «La justification de la législation comme jugement pratique» (2001) 47 R.D. McGill 59 à la p. 88.

occupe ici : comment la législation est-elle possible ? La tradition issue de la théorie du droit répond à cette interrogation par la mise en concurrence de trois principes concurrents : le principe d'autoréférence, le principe de reconnaissance et le principe constituant. Or, la sociologie apporte également une réponse à cette question, réponse dont la correspondance avec les propositions des théoriciens du droit devra être étudiée.

B. Objectivation et sciences sociales : les principes actifs du droit et de la législation

La théorie du droit nous apprend ce que la législation doit être pour être du droit, c'est-à-dire ce qu'il faut croire du droit afin de rendre le droit possible. Il s'agit donc d'une contribution importante à ce qu'on pourrait par ailleurs appeler *l'idéologie* des juristes. Mais le développement d'un tout autre point de vue sur le droit permet parfois d'arpenter les mêmes avenues alors qu'on vient d'ailleurs. Le droit présuppose en effet une chose que la sociologie a constamment cherché à comprendre, soit l'existence de la société elle-même, de la société politique pour les politologues, du champ social des configurations sociales, des associations et des communalisations et des systèmes sociaux pour les sociologues²². S'interroger sur les conditions de la vie sociale devient ainsi l'occasion d'une réflexion sans laquelle celle des théoriciens du droit n'a plus de sens : *ubi societas, ibi jus*. Mais la sociologie peut-elle contribuer au développement de la théorie du droit ? Il reste à établir les ponts entre une approche fondée sur l'idée de relation sociale et une autre approche fondée sur l'idée du droit.

Quelle est la source sociale de la législation ? Cette question n'a de sens en sociologie qu'une fois mise en rapport avec le problème plus général de la normativité. Cependant, toute réflexion sur la normativité n'a de sens qu'en réponse à une autre question sur les modalités par lesquelles les individus entrent en relation les uns avec les autres. C'est un problème plus général du lien social.

Il ne s'agit pas d'un détour inutile pour notre compréhension du droit, même s'il suppose une déconstruction de l'idée la plus spontanée que les juristes et une majorité de justiciables se font de la législation. Le refus de la normativité comme posture sociologique (ou du moins le refus de croire à l'effet direct de la norme posée), a permis de nuancer notre conception traditionnelle de la norme et de son effectivité. Elle a en même temps permis de revenir aux fondements du droit en tant que phénomène social observable. De plus, les travaux les plus récents sur la normativité ne s'arrêtent pas tant aux contenus du droit qu'aux mécanismes qui président à son émergence ou à ses conditions de mise en œuvre²³. L'objectivité du droit ayant été remise en question, il

²² Voir N. Elias, *Qu'est-ce que la sociologie ?* trad. par Y. Hoffmann, La Tour d'Aigues, Éditions de l'aube, 1991 ; M. Weber, *Économie et société*, trad. par J. Freund et al., Paris, Plon (Agora), 1995.

²³ A. Lajoie et al., dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis/Bruylant, 1998 [ci-après Lajoie et al., *Théories et émergence du droit*].

restait à reconstruire les conditions par lesquelles s'établit la *régularité* observable des comportements, quel que soit le nom qu'on lui donne. Grâce aux fondements anciens des rapports sociaux et, avec eux, l'idée déterministe et structurante qu'on se faisait du droit remis en cause, une question ancienne nous revient sans laquelle l'idée même de la législation n'a pas de sens : comment la société est-elle possible ? Le droit doit être compris comme l'expression observable d'un processus social à la fois plus large et plus microscopique (plus microsociologique) qu'il faut intellectualiser et que nous appellerons *l'objectivation*.

1. De l'objectivation des rapports personnels

Retour à la case départ. D'où vient la régularité observable des rapports sociaux ? Et si les lois existent, alors que nous construisons au coup par coup notre propre normativité, comment la législation parvient-elle à se maintenir comme référence tandis qu'elle est en butte à tant de références concurrentes ? Comment expliquer qu'on s'y conforme généralement ? Pour réintroduire la législation, il convient peut-être de revenir aux fondements des standards sociaux : reconstruire les mécanismes par lesquels les rapports sociaux s'objectivent jusqu'à s'institutionnaliser.

Il faut insister ici sur le temps T1 des relations sociales, mais c'est un moment sur lequel même les sociologues s'étendent peu. En contrepartie, les premiers philosophes du droit moderne s'y sont intéressés et y ont rapidement attaché la forme juridique. Ainsi, le droit est rapidement apparu comme l'expression de ces standards que l'on suppose toujours débattus et adoptés alors que la plupart des standards comportementaux sont plutôt établis au coup par coup. Qui plus est, la théorie du droit²⁴ suppose un contenu stable (notamment chez Kelsen et chez Hart) alors que l'observation quotidienne révèle que ces formes de socialisation, même lorsqu'elles se maintiennent, sont investies de contenus différents au fur et à mesure que les acteurs sociaux se les approprient. Aussi, se maintiennent-elles moins du fait de leur signification première que du fait de leur utilité comme forme, comme contenant plutôt que comme contenu²⁵. On se serre encore la main dans le monde occidental bien que plus personne n'ait à faire la démonstration qu'il circule sans arme. On se surprend du tracé tortueux qu'empruntent certaines routes parce qu'on oublie qu'elles ont d'abord été établies à une époque où on allait à pied. Il en va de même de nombreux usages dont on a perdu l'origine bien qu'on en saisisse l'utilité sociale : faire la file, conduire à

²⁴ C'est l'idée de la volonté générale chez Rousseau et de la société politique chez Locke. Voir J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966 ; J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, trad. par D. Mazel, Paris, Garnier-Flammarion, 1984.

²⁵ Voir G. Simmel, « Disgression sur le problème : comment la société est-elle possible ? » dans P. Watier, dir., *Georg Simmel, la sociologie et l'expérience du monde moderne*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986, 21.

droite, vouvoyer les personnes plus âgées, tenir la porte à un inconnu qui nous suit, apporter une bouteille de vin lorsqu'on est invité à souper quelque part.

Comment les standards sociaux s'établissent-ils ? Comment sont-ils objectivés ? Georg Simmel a beaucoup insisté sur ces standards qu'il nomme *formes de socialisation*²⁶. Il y voyait des cadres stables par lesquels transitent les rapports interpersonnels et qui permettent une socialité étendue entre plusieurs individus partageant les mêmes standards et les mêmes attentes, encore qu'ils ne se connaissent pas personnellement. Ces standards sociaux s'établissent au besoin, mais se stabilisent souvent sous diverses formes, soit des façons de faire, des usages ou des habitudes que le droit ne reconnaît pas comme normes juridiques. Les tenants du pluralisme juridique incluent au contraire dans le droit les usages, les traditions non écrites et la récurrence observable des comportements²⁷. Cette approche, largement primée au cours des dernières années, laisse cependant supposer que la mise en forme de la normativité (l'extériorisation de la norme) ne constitue pas un phénomène social important et susceptible de nous apprendre quelque chose sur le processus d'institutionnalisation des rapports sociaux.

Ce qui, sociologiquement, donne sa fonction à la législation, c'est qu'elle fixe des formes de comportements attendues et extérieures à la volonté immédiate des individualités. La législation, forme visible du droit, est un procédé d'objectivation, mais cette fonction objectivante n'est pas propre au droit. Elle caractérise tous les procédés de normalisation, c'est-à-dire de dé-subjectivation des références. Ce phénomène est un phénomène social continu, sinon spontané, qui apparaît lorsqu'une récurrence des comportements devient une référence repérable : bref, à compter du moment (T2) où les agents sociaux engagés dans le cadre d'une relation standardisée considèrent que ces standards leur sont imposables (peuvent être évoqués).

Il s'agit d'un phénomène entièrement imbriqué à la structuration de toute relation sociale parce qu'il contribue à la définition des comportements prévisibles, qui sont justement au fondement de toute relation sociale, établie sur l'ajustement mutuel des comportements et sur leur prévisibilité²⁸. En d'autres mots, les relations continues, même les plus personnelles, laissent derrière elles des standards qui servent de réf-

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Voir notamment J. Vanderlinden, «Le pluralisme juridique. Essai de synthèse» dans J. Gilissen, dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 19 ; N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 ; N. Rouland, *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991 ; J.-G. Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique» (1986) 18:1 *Sociologie et sociétés* 11 [ci-après Belley, «L'État et la régulation juridique»] ; J.-G. Belley, «Le Droit comme *terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique» (1997) 12:2 *R.C.D.S.* 1.

²⁸ Voir Weber, *Sociologie du droit*, *supra* note 2 ; M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

rences pour la suite de cette relation. Des normes de comportement s'établissent inévitablement comme condition et résultat des relations sociales et, partant, le processus d'objectivation est indissociable de ce qui fonde la socialité. L'établissement de formes de socialisation est une condition inévitable des rapports humains.

Cette objectivation peut être acquise dans la foulée de rapports personnels courants : dans la reconnaissance de références partagées par des agents sociaux en relations continues. On parlerait ainsi d'objectivation autonome, consacrée par les parties. C'est, par exemple, le cas lorsque les copropriétaires d'un chalet établissent entre eux les conditions de son utilisation, conditions qui, une fois fixées, servent de références continues et extérieures à ceux qui les ont établies. Or, cette normativité peut également appartenir à une configuration sociale plus large et servir de référence aux membres de cette configuration, alors même qu'ils ne se connaissent pas personnellement. Nous parlons alors d'objectivation dépendante. Nous pouvons ainsi entrer quotidiennement en rapport avec un nombre considérable d'agents sans pour autant devoir définir à chaque fois et avec chacun les paramètres acceptables de ces relations²⁹. Les formes établies (les *normes sociales*) constituent donc une protection de la sphère de l'intimité et de la personnalité. L'individualité est garantie dans la mesure où elle n'est pas en jeu dans toutes nos relations.

Qu'elle soit autonome ou dépendante, l'objectivation des références devient une expression du lien social. Elle existe à l'extérieur des subjectivités. Les attentes mutuelles y sont codées à l'avance et servent de réceptacles aux relations à venir. La normativité constitue toujours, par voie de conséquence, une technique de *régulation* (d'ajustement) des échanges. Cette fonction est également assumée par le droit écrit, par la législation. Ce qui caractérise cette objectivation, c'est son extériorité par rapport à l'intimité et à la personnalité³⁰. C'est dans ce sens que la normativité constitue surtout un fait public et relève de la sphère publique.

2. Du processus d'identité

Mais ce n'est pas le dernier mot des phénomènes d'objectivation. On peut avancer dans l'évolution de ces formes de socialisation, de leur objectivation à leur institutionnalisation, c'est-à-dire du moment où elles acquièrent leur extériorité à celui où elles deviennent elles-mêmes l'élément producteur plutôt que le produit d'un lien social. On passe alors graduellement des objectivations autonomes aux objectivations

²⁹ Voir Blais, *supra* note 14 ; P. Noreau, «Le droit comme forme de socialisation : Georg Simmel et le problème de la légitimité» (1995) 45 *Revue française de science politique* 282 [ci-après Noreau, «Le droit comme forme de socialisation»].

³⁰ Il y a ici inversion des rapports d'influence entre la théorie du droit et la sociologie. Plutôt que de prendre le droit comme modèle sociologique, on en vient à prendre la dynamique des rapports socialisés comme explication des conditions d'existence du droit.

dépendantes. L'institutionnalisation se caractérise ainsi par la place de plus en plus grande des tiers dans les relations sociales : l'existence et l'action d'une entité susceptible de faire exister et de contrôler la mise en œuvre des formes de socialisation acquises. Il y a un temps T3, et peut-être un temps T4 ou T5, de l'objectivation, qui nous rapproche chaque fois de ce que le droit propose comme modèle de mise en forme sociale sans en constituer la seule expression.

Il existe une différence «de nature» entre l'objectivation autonome des normes (qui ne met en jeu que les parties) et l'objectivation dépendante (qui met en scène les membres tiers d'une configuration sociale plus étendue) ; cette différence est fondée sur l'existence d'une communauté de destin extérieure à ses membres. L'objectivation (la normalisation) d'un grand nombre de rapports sociaux dépersonnalisés fait naître un phénomène plus large, soit la dé-subjectivation des configurations sociales, c'est-à-dire la consécration d'une configuration sociale à l'extérieur de la volonté continue de ses seuls membres d'en faire partie.

On aborde une dimension fondamentale de la normativité, de l'objectivation des références, de leur extériorité aux individus : le fait qu'elles ne peuvent se maintenir qu'à la condition d'y voir adhérer ceux qui y sont soumis, soit dans la mesure où ils s'y identifient. Il s'agit d'un processus normatif plus dynamique que ce que peut laisser voir l'exposé jusqu'ici. On doit pour l'heure insister sur le fait que l'identification nécessite un ajustement constant des formes objectivées aux références constamment redéfinies dans l'ordre des rapports sociaux. L'adhésion aux normativités consacrées collectivement ne vaut que dans la mesure de leur ajustement constant aux variations de la socialisation interpersonnelle. Bref, si l'objectivation est un procédé social continu, la correspondance des formes objectivées socialement avec les formes de socialisation que les membres d'une collectivité créent spontanément constitue une condition de leur existence collective. Il n'y a en conséquence pas d'autonomisation totale et immédiate des références normatives partagées, encore qu'une partie des normes objectivées en viennent graduellement à s'objectiver réellement.

On débouche alors sur une deuxième réponse possible à la question que nous nous posons au départ sur les conditions qui rendent la législation possible. Dans une perspective sociologique (c'est-à-dire relationnelle), la législation ne serait possible que dans la mesure où elle constitue un réservoir de références reconnues socialement. Il y a cependant un jeu entre l'institué (ce qui est reconnu) et l'instituant (ce qui constitue graduellement le fond des nouvelles références publiques). La définition de la législation dans le cadre de ce débat continu sur les conditions de la vie collective est un principe constituant au sens politique du terme. Du point de vue d'une définition sociologique, le *droit* l'emporte sur la signification plus restreinte, généralement attribuée à la *législation* en tant que référence normative. Or, ce principe fondé jusqu'ici sur le mouvement des rapports sociaux en vient à plus long terme à basculer pour caractériser l'initiative des institutions elles-mêmes ; la législation comprend donc un processus instituant.

3. Du processus instituant

Les rapports sociaux, en s'objectivant, s'institutionnalisent, c'est-à-dire qu'ils viennent à exister à l'extérieur d'une adhésion au coup par coup pour procéder de façon diffuse dans l'adhésion générale aux principes objectivés, aux normes de comportement affirmées par la législation. C'est le processus d'identité. La fonction pratique associée à l'objectivation le dispute dès lors à d'autres formes d'adhésion qui, elles, ne relèvent plus de la stricte fonctionnalité des normes.

La question est de savoir reconnaître que, passé une certaine expression de sa légitimité identitaire (au temps T3), un champ institué s'objective au point de constituer sa propre référence (au temps T4). Bénéficiant de la légitimité qui consacre son existence sociale, tout champ institué devient lui-même un processus de légitimation, c'est-à-dire d'institutionnalisation de la réalité sociale. De référence instituée, il devient un mécanisme instituant. Dans le domaine de la spiritualité, c'est le passage de la foi partagée à la religion. Dans le domaine du droit, c'est le passage de la législation en tant que consécration publique d'une référence à la législation, en tant que consécration institutionnelle (et légitimation par le droit) d'un fait social particulier. La législation cesse d'être ici une objectivation des valeurs, des normes partagées et reconnues socialement, pour devenir elle-même un mécanisme objectivant, un principe de reconnaissance³¹.

Il convient de saisir que ce retournement implique un changement dans l'ordre de l'activité sociale qui, cessant de s'objectiver elle-même (objectivation autonome) ne se reconnaît plus que dans la consécration juridique, de sorte que toute activité de consécration sociale passe dorénavant par sa consécration juridique, c'est-à-dire par sa consécration législative (objectivation dépendante). La reconnaissance juridique devient la mesure du caractère social d'un fait dans une forme d'inversion de l'initiative sociale. L'activité instituée devient une activité productrice de forme sociale et du sens social par le droit. Si la théorie du droit dit quelque chose de fondamental sur les rapports sociaux, c'est dans la mesure où elle voit dans le droit une condition de l'existence sociale, mais cela équivaut à aborder le processus général de la socialisation par sa conclusion plutôt que par son principe actif.

L'expression la plus affirmée de ce principe instituant constitue essentiellement la délégation à l'institution du droit de dire le droit. Il s'agit d'une des formes les plus

³¹ Il est difficile de distinguer ce processus qui fait du droit le critère de la reconnaissance du droit sans poser le problème de l'autonomie de la sphère politique (de l'État, sinon de la classe politique) par rapport au principe démocratique (au principe d'identité dont nous avons parlé). Ici, la sociologie, la science politique et la théorie du droit trouvent un point de jonction sur lequel beaucoup pourrait être dit dans une perspective scientifique et interdisciplinaire : voir Noreau, «La norme», *supra* note 1. Ce qui nous intéresse surtout, c'est de saisir ce que la sociologie nous apprend dans le cadre de ce processus des principes latents du droit (et plus particulièrement encore de la législation).

poussées de l'objectivation. Elle consacre moins la reconnaissance publique (la désubjectivation) d'une référence que la définition des instances chargées de sa définition. Les rapports entre la législation et l'activité normative en tant que facteur de constitution du lien social sont ainsi inversés : au lieu d'en être la cause, elle en devient institutionnellement le résultat. Elle reste néanmoins dans cette forme une expression possible (mais de plus en plus formalisée) du lien social.

On peut se demander où s'arrête ce procédé d'institutionnalisation. Certes, il trouve sa forme la plus affirmée dans les expressions les plus poussées du formalisme juridique dont le critère est sans doute la production de la législation par elle-même, l'autoproduction du droit³². Celle-ci survient dès lors que l'essentiel des activités législatives vise à répondre aux difficultés engendrées par la législation elle-même plutôt que par l'état des rapports sociaux, et lorsque la contrainte est le seul mécanisme susceptible d'assurer sa mise en œuvre³³. La sociologie a généralement peu à dire sur un tel état de fait même s'il faut reconnaître qu'il est l'expression d'un certain stade de l'institutionnalisation, le produit d'un processus social fondamental. La législation a cependant perdu dans ces conditions sa propre normativité puisqu'elle ne constitue plus qu'une réponse distillée de sa propre institutionnalisation : l'objectivation des réponses apportées aux conséquences d'une autre objectivation. Il s'agit de l'activité d'une machine dont l'activité vaut par elle-même et dont les rapports avec les autres formes de socialisation sont réduits à rien, rappelant le drame d'une automobile sans embrayage. Le droit fait ici place à la contrainte, voire à la violence, l'État de droit au totalitarisme. C'est aussi l'expression absolue de l'enfermement, le point à partir duquel on ne peut plus répondre à la question que nous nous sommes posée à l'origine sur les conditions qui rendent la législation possible. Elle n'est possible que sous la forme du commandement et n'a de sens qu'en tant qu'expression du lien social. C'est l'action du pouvoir lorsqu'il a lui-même cessé d'être l'expression d'un certain type de relation sociale.

C. Les regards croisés de la théorie du droit et des sciences sociales

D'un point de vue sociologique aucun de ces processus n'est susceptible de rendre mieux compte du fondement de la législation. Celle-ci n'est possible comme activité instituée que par l'enchevêtrement des logiques qui font jouer la contrainte, la reconnaissance sociale, la constitution des consensus sociaux, la consécration d'une instance instituante, l'affirmation des identités et des valeurs légitimées ou la mise en forme même du lien social. Il s'agit d'un assez long processus intellectuel qui entraîna, au cours du XX^e siècle, la théorie du droit à passer de l'idée d'un droit fondé sur la contrainte à celle d'un droit entendu comme produit d'une forme constamment ré-

³² Voir Luhmann, *supra* note 15 ; Teubner, *supra* note 7.

³³ Voir Noreau, «La norme», *supra* note 1.

éditée du consensus social³⁴. De même, la sociologie qui s'est longtemps inspirée de la vie institutionnelle pour décrire la vie en société en est graduellement venue à s'intéresser aux microrelations sur lesquelles se fondent la socialisation et le lien social pour reconstruire les conditions de la vie institutionnelle. Ce chemin, que nous avons tenté d'arpenter ici, constitue encore aujourd'hui un parcours peu fréquenté.

Une lecture parallèle de ces deux projets intellectuels, celui des théoriciens du droit et celui des sociologues, laisse croire qu'en définissant les rapports sociaux par le droit, la théorie du droit rend impossible toute jonction que ce soit avec une sociologie qui entend, au contraire, définir le droit comme le produit des rapports sociaux. Cette contradiction n'est qu'apparente. Il s'agit bien sûr de regards croisés mais portés sur le même espace social : la société vue du droit, le droit vu de la société. Pour le sociologue, la théorie du droit offre une lecture du sens que les acteurs du droit donnent au phénomène juridique. Elle offre une coupe sur la justification que l'institution juridique donne de son activité en même temps qu'un exemple de ce qui peut être observé dans toutes les sphères de la vie sociale, du moment qu'elle dépasse les limites de la sphère privée, c'est-à-dire de la personnalité de ses acteurs.

Ainsi, l'univers juridique duquel Kelsen tire son interprétation des fondements du droit n'est rien d'autre que l'expression du droit comme institution clôturée : sa justification théorique. Elle constitue l'expression absolue, une des plus évocatrices qu'ait produite le XX^e siècle, de l'enfermement institutionnel dont elle n'est que la forme exacerbée de l'institutionnalisation sociale et constitue une tendance continue au sein de tout ensemble organisé. C'est la conséquence attendue de tous les faits de culture et de tous les processus culturels qui sont des phénomènes de cristallisation des productions sociales³⁵. À ce niveau seulement le droit étatique peut constituer ce que Gurvitch appelait une «œuvre de civilisation»³⁶.

La proposition de Hart sur la nature objectivante de la norme et sur la règle de reconnaissance rend compte d'un autre phénomène social. Sa conception du droit n'est somme toute que l'expression, par un juriste (et à partir du droit), du champ juridique comme principe instituant, telle que la sociologie peut la comprendre. Elle exprime l'idée qu'un ensemble de références consacrées (institutionnalisées) devienne lui-même le critère de la consécration sociale d'autres références. Or, il s'agit d'un procédé social constant qui accompagne dans l'œuvre de Luhmann l'idée d'une complexification continue des rapports sociaux et d'une division fonctionnelle croissante du travail social³⁷. Marx, Durkheim, Weber et Parsons réfèrent tous à cette rationalisa-

³⁴ Ce mouvement du droit est représenté dans les œuvres de Kelsen à Dworkin.

³⁵ Voir Simmel, *supra* note 25.

³⁶ G. Gurvitch, «Problèmes de sociologie du droit» dans G. Gurvitch, dir., *Traité de sociologie*, t. 2, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1963, 173.

³⁷ Voir Luhmann, *supra* note 15.

tion. Hart aurait ainsi étudié, par son aboutissement, un phénomène sociologique fondamental en prêtant au droit, avec une rare intuition, une fonction de reconnaissance de toutes les institutions sociales établies.

Dworkin pose le problème du sens du droit en tant qu'il exprime la recherche d'une légitimation des conditions de la vie en société. Dworkin ainsi que Hart soulèvent une question constamment explorée par la science politique (par les théoriciens de la démocratie) et que la sociologie et la psychosociologie posent également : le problème des contenus légitimés du droit plutôt que celui de ses sources instituées. Il est cependant difficile de ne pas relier ces préoccupations théoriques (herméneutiques, sinon phénoménologiques) à la question plus large de l'identité sociale, c'est-à-dire aux conditions de reconnaissance sociale de la normativité juridique qui sont également, dans la perspective de la science politique, les problèmes de la démocratie. On entend ici la démocratie comme processus de définition collective des orientations sociales et de l'idée de soi, des valeurs et des comportements reconnus, qui implique un débat sur les formes et la signification de la vie en société. Cette question est au centre des débats contemporains dans la perspective processualiste d'Habermas³⁸ comme dans la perspective d'une politique de la reconnaissance chez Taylor³⁹.

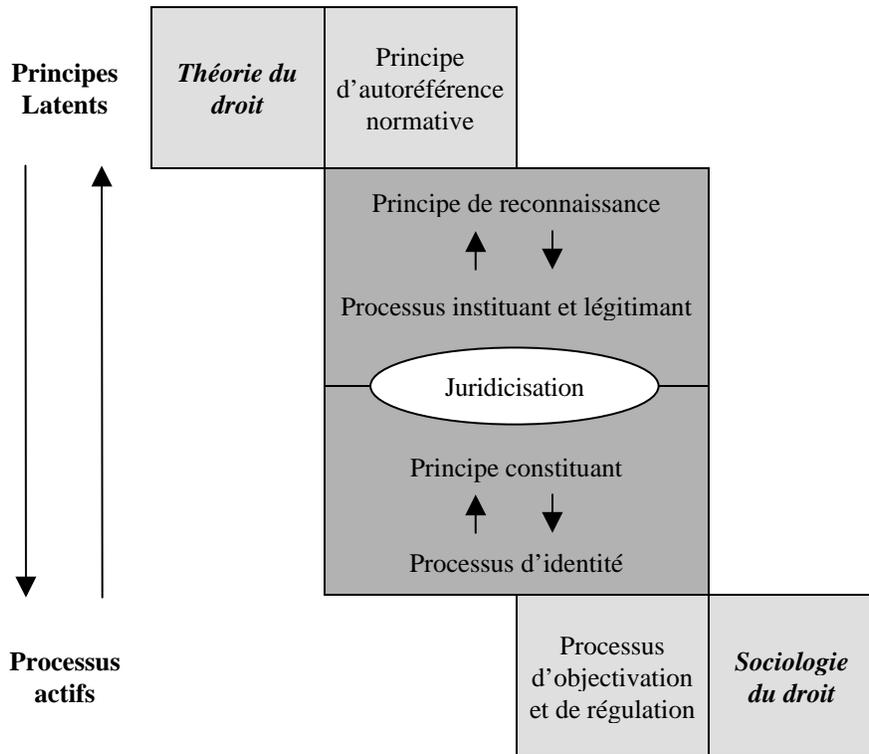
Le droit, en tant que production et producteur social, ne peut être réduit à aucune de ces expressions plus ou moins institutionnalisées. Il participe à et de chacune d'elles. La théorie du droit et la sociologie consacrent plusieurs dimensions et niveaux du même phénomène. Leur point de vue respectif (interne et externe) se superpose sur une partie de ce phénomène étendu, soit le milieu de cette échelle du droit dont nous parlions ; la sociologie explique comment on y monte et la théorie du droit comment on en descend. Analytiquement, quatre niveaux dont nous nous servirons plus loin peuvent être dégagés :

³⁸ J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, trad. par J.-M. Ferry, Paris, Fayard, 1987.

³⁹ C. Taylor, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, trad. par D.-A. Canal, Paris, Aubier, 1994.

Figure 1

Le regard croisé de la théorie du droit et de la sociologie du droit



D. La législation comme produit et comme processus social : la double institutionnalisation

Dans les sociétés complexes, la législation peut bénéficier d'une double institutionnalisation. D'une part, elle connaît une institutionnalisation sociale dans la foulée d'une objectivation autonome lorsque la légitimité de la loi tient du consensus social ; d'autre part, elle connaît une institutionnalisation formelle lorsque cette légitimité tient de sa consécration par une instance bénéficiant de la légitimité publique⁴⁰. Dans le premier cas, la légitimité de la législation est fonction de son contenu, dans le deuxième, de sa mise en forme (formalisme de sa reconnaissance et de son interpréta-

⁴⁰ Par légitimité publique on entend légitimité d'ordre légal-rationnel, notamment dans le cas des sociétés occidentales.

tion). Ces deux procédés ne sont pas incompatibles, le premier rend l'autre possible par stratifications successives. On ne peut observer ces procédés de façon transparente qu'à chacun des bouts de l'échelle, soit dans l'étude des interactions du fondement des principes actifs de la normativité (de l'objectivation et de l'institutionnalisation sociale), soit dans l'étude des conditions latentes de validation de la norme en tant que système autoréférentiel (autopoïétique). Afin de constituer une production institutionnelle viable, la législation doit se tenir à mi-parcours de ces deux mouvements, dans la complexité des mécanismes d'institutionnalisation sociale et formelle, c'est-à-dire dans l'interface du principe constituant (latent) et du processus instituant (actif). La loi bénéficie alors d'un double mouvement d'institutionnalisation, soit de deux processus instituants et concomitants qui sont caractéristiques des sociétés complexes où le droit en voie d'objectivation le dispute au droit objectivé, dans l'interface de ce que Belley⁴¹ appelle, après Gurvitch⁴², le droit social et le droit étatique.

Comment la législation est-elle possible ? Nous approchons d'une première réponse. Nous avons tenté de démontrer en quoi la législation recouvre une réalité plus dense que celle du simple commandement. La difficulté de cet élargissement vient de ce que la législation réfère généralement à une réalité plus repérable que la loi. La langue française offre une distinction possible entre trois ordres de phénomènes: le droit, la loi et la législation. Sans entrer dans les détails, signalons que la loi réfère à une réalité plus large que la législation puisqu'elle inclut à la fois le droit posé et sa signification sociale et la norme juridique en tant que commandement (*la loi c'est la loi*). Le droit, souvent présenté en tant qu'institution et en tant qu'ordre normatif, bénéficie d'une signification sociologique plus large encore. La réalité observable de la législation ne permet pas ces distinctions. La législation est possible parce qu'elle ne se réduit pas à son résultat, mais parce qu'elle cumule ces différents sens du droit et de la loi, de la législation et de la norme, en tant que discours social. En fait, elle est le produit d'une double objectivation et, partant, d'une double institutionnalisation. Ce double mouvement rend possible la législation tant juridiquement que sociologiquement. Elle est une forme synthèse de l'institutionnalisation. La *juridicisation*⁴³, entendue comme expression d'un lien social institué et instituant, procédé nécessairement gradué d'institutionnalisation, fonde la loi ou le droit plus que la législation.

⁴¹ Voir Belley, «L'État et la régulation juridique», *supra* note 27.

⁴² G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier/Montaigne, 1940.

⁴³ Nous utilisons le concept de *juridicisation* dans son sens le plus large, c'est-à-dire en tant qu'il rend compte de l'appropriation ou de la définition d'une norme par le droit, plutôt que dans le sens restreint où il est parfois utilisé et qui rend plutôt compte du mouvement général par lequel le droit investit graduellement toutes les sphères de l'activité sociale.

II. Comment vivre avec la législation : les mécanismes de la subjectivation

Nous avons vu en quoi l'objectivation est une condition de la législation. Dans ce processus de dé-subjectivation, on ne trouve pas d'acteur, pas de besoin personnel ou de demande sociale, pas d'intérêt ou de volonté affirmée, pas de réaction aux faits institués, pas de conflit, pas d'État. Il ne reste plus qu'une mise en forme de la socialisation. Nous avons vu en quoi les théories du droit et la sociologie, si différentes en tant que projets intellectuels, ne jettent qu'un regard de travers sur cet univers partagé. Il s'agit d'un travail de synthèse que Kelsen a toujours reconnu possible, même s'il ne s'y est jamais directement astreint⁴⁴.

La législation est une façon de nommer ce qui appartient à tous et n'appartient par conséquent à personne. Cette objectivation peut aller jusqu'à l'enfermement, mais ce qui appartenait à tous devient alors la chose d'un groupe institué. Cette menace guette tous les champs sociaux institués (sur-objectivés). La religion n'appartient plus dès lors qu'au prêtre, le droit au juriste, la médecine au médecin et le savoir au savant. C'est la tragédie dont Simmel disait qu'elle menace tous les faits de culture⁴⁵. La législation meurt ainsi de ce qui la rend possible.

Aucune sphère de l'activité sociale ne parvient jamais à cette clôture absolue, car les formes de socialisation qu'elle consacre sont constamment remises en question, redéfinies dans leur contenu, négociées dans leur mise en œuvre. Comment la législation est-elle possible et à quelles conditions ? Qu'est-ce qui rend le droit acceptable aux justiciables, aux professionnels du droit, aux officiers publics, aux fonctionnaires chargés de sa mise en œuvre ? Quel rapport entretenons-nous avec la législation ? Qui la rend acceptable, c'est-à-dire légitime ?

La sociologie et la science politique partagent le même questionnement sur la légitimité du droit, abordé ici d'une façon forcément approximative compte tenu du nombre restreint d'études empiriques portant sur cette question difficile. Une hypothèse centrale guide néanmoins ces intuitions. Le rapport des acteurs au droit est toujours un rapport d'appropriation, de redéfinition du droit. Si, verticalement, la législation existe, c'est parce qu'elle répond aux impératifs de l'objectivation (principe de *juridicisation*). Elle ne peut, une fois instituée, exister par sa mise en œuvre que dans la mesure où elle est l'objet d'une *subjectivation*. C'est un processus horizontal, une forme de démocratisation au coup par coup, sans laquelle la législation n'est plus qu'un commandement fondé sur la contrainte. Peut-on respecter le droit sans toujours

⁴⁴ Sauf pour démontrer la nécessité d'une perspective théorique affranchie des contingences de la causalité, et, jusqu'à un certain point, du problème de la légitimité : voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, *supra* note 3.

⁴⁵ G. Simmel, «La tragédie de la culture» dans G. Simmel, *La tragédie de la culture et autres essais*, trad. par S. Cornille et P. Ivernel, Paris, Rivages, 1988, 177.

y obéir ? Qu'est-ce que le législateur doit postuler pour que la législation soit possible ? Comment la législation nous survit-elle ? En quoi le droit s'ajuste-t-il à tout ce qui se maintient hors de sa portée⁴⁶ ? Comment la législation survit-elle à tout ce qui n'est pas énoncé ?

On est ici coincé entre deux points de vue connus et réducteurs compte tenu de notre propos. Le psychologue Lawrence Kohlberg⁴⁷ a mis en évidence les niveaux du développement moral chez l'humain et a distingué le stade préconventionnel, fondé sur la crainte ou l'intérêt, le stade conventionnel, fondé sur l'intériorisation des normes sociales et le stade postconventionnel, établi sur un rapport critique à la norme qui correspond au niveau de moralité attendu chez l'adulte. Or, cette perspective n'offre pas un point de vue suffisamment général sur la question et ne vaut que dans le cadre d'une évaluation au cas par cas. En contrepartie, il n'est pas certain que le postulat, selon lequel la norme juridique ne sera respectée que dans la mesure où son respect correspond aux intérêts immédiats du sujet, constitue un point de départ plus général pour une discussion sur les mécanismes de subjectivation du droit⁴⁸.

Nous nous proposons plutôt de développer la question en recourant aux quatre niveaux d'institutionnalisation développés ultérieurement. Ils réfèrent à la législation en tant que :

- 1) processus d'objectivation et de régulation sociale ;
- 2) processus d'identité (principe constituant) ;
- 3) processus instituant (principe de reconnaissance) ;
- 4) et principe autoréférentiel (clôture institutionnelle).

Nous chercherons à établir dans chaque cas comment la législation se maintient dans le cadre de rapports qui supposent son altérité, c'est-à-dire en quoi l'objectivation des formes de socialisation se trouve constamment menacée et rendue possible par la subjectivation de la norme juridique. Nous comprendrons peut-être mieux ce paradoxe qui fait que la législation devient d'autant plus légitime qu'elle perd son caractère d'*absolu*. Dans tous les cas, la validité formelle du droit côtoie l'impératif de sa légitimité.

⁴⁶ Il s'agit, par exemple, des faits sociaux têtus, des intérêts, des valeurs personnelles et des contraintes associées à la vie sociale.

⁴⁷ L. Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development : Moral Stages and the Idea of Justice*, San Francisco, Harper & Row, 1981.

⁴⁸ Voir P. Bourdieu, «Habitus, code et codification» (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales 40.

A. La législation en tant que processus de régulation

Nous avons indiqué que la législation est un procédé de fixation des attentes réciproques mais ce n'est pas le seul. À ce niveau des rapports personnels, il n'est pas certain que la référence au droit se distingue de la référence à tout autre repère nécessaire à la conduite de la vie personnelle. Ainsi, dans une enquête menée en l'an 2000⁴⁹, nous avons demandé aux informateurs la question suivante : «Pour diriger votre vie, est-ce que vous vous appuyez surtout sur la loi, sur la religion, sur les valeurs de la société ou sur les valeurs de votre milieu ?» À cette question seulement 8,1 % des personnes interrogées ont répondu que c'était la loi ; 14,4 % que c'était la religion ; 23,6 % que c'était les valeurs sociales et 53,9 % que c'était les valeurs de leur milieu.

Il ressort clairement de ces données que le droit ne constitue qu'une référence parmi d'autres, peut-être est-ce d'ailleurs la référence la moins importante. À quoi le droit sert-il alors ? La sociologie du droit a démontré depuis longtemps que les effets du droit ne pouvaient se réduire au seul fait que la norme juridique soit ou non obéie⁵⁰. Tout cela ne signifie pas que le droit ne constitue pas un pôle de référence important. Ainsi, dans la même enquête, 88 % des répondants considéraient que les concitoyens de leur milieu étaient plutôt respectueux de la loi.

Il y a dans ces résultats un paradoxe apparent qu'il convient d'élucider. Quatre explications différentes et complémentaires peuvent être avancées concernant les rapports interpersonnels, cet espace où le droit constitue un mécanisme de régulation sociale, mais où il ne peut échapper à la subjectivation de la norme, à l'interprétation et à l'usage que chacun en fait.

1. Le droit comme balise de la sphère publique

Premièrement, l'idée que la norme juridique puisse servir d'outil de prévision des comportements sociaux offre la possibilité d'un dépassement des postulats les plus courants sur l'efficacité attendue du droit. Si la norme juridique constitue un repère possible dans un univers où le nombre d'interactions quotidiennes est si important qu'il rend impossible un rapport personnalisé avec chacun, on comprend qu'elle sert surtout à baliser les rapports entretenus dans l'espace public. Cependant, l'essentiel

⁴⁹ On réfère aux données du sondage «Communauté culturelle et droit» conduit par l'auteur dans le cadre d'une recherche financée par la Fondation du Barreau du Québec. L'enquête a été conduite auprès de 1530 répondants de la région de Montréal du 15 avril au 28 mai 2000.

⁵⁰ Voir notamment P. Lascoumes, «Effectivité» dans A.-J. Arnaud *et al.*, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, 130 ; P. Lascoumes, «L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction» dans Lajoie *et al.*, *Théories et émergence du droit*, *supra* note 23, 151 ; G. Rocher, «L'effectivité du droit» dans Lajoie *et al.*, *Théories et émergence du droit*, *supra* note 23, 133 ; V. Demers, *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996.

des interactions signifiantes (c'est-à-dire chargées de sens et susceptibles de permettre un dépassement du formalisme des échanges courants) relève de la sphère privée plutôt que de la sphère publique. Ainsi, le droit ne constitue pas une référence première et les valeurs du milieu constituent la référence la plus importante pour le justiciable, lors même que le respect dû au droit apparaît satisfaisant. Cette interprétation est néanmoins insuffisante. Il faut expliquer une deuxième dimension du problème.

2. Le droit comme référence optionnelle

Au rang des références sociales, le droit n'a pas le monopole des standards car dans l'espace public, le droit ne bénéficie d'aucun monopole normatif à l'opposé de ce qui est proposé par la plupart des ouvrages de théorie politique. Le procédé social qui mène à l'objectivation des formes de socialisation (des façons d'entrer en rapports mutuels) conduit au développement d'autres standards que ceux que propose le droit. Bref, le droit n'est qu'une banque de standards sociaux parmi d'autres. On n'a pour s'en convaincre qu'à mettre en concurrence les normes établies par le droit et celles proposées par la religion ou l'éthique professionnelle. Il s'agit là d'un des fondements du pluralisme juridique radical⁵¹. Le citoyen bénéficie ainsi d'un ensemble de «banques de formes» entre lesquelles il lui est souvent loisible de choisir. Deux caractéristiques du droit expliquent cette situation. La première tient au caractère non obligatoire (au caractère supplétif ou habilitant) de la majorité des normes juridiques. La deuxième tient au fait que la mobilisation du droit ne constitue pas un réflexe premier chez les justiciables qui, dans la majorité des cas, croient préférable de gérer leurs problèmes eux-mêmes, c'est-à-dire en recourant à d'autres cadres et à d'autres repères objectivés que ceux proposés par le droit⁵².

3. Le droit comme balise de contournement

Une troisième explication du problème vient de la distanciation qui suit graduellement, comme par nécessité, toute objectivation des standards consacrés juridiquement, et implique une forme de concurrence continue entre la norme législative et le sens commun ; entre les règles tirées de la formalisation des rapports sociaux et le flot incessant des références nouvelles en voie d'établissement⁵³. Ainsi, le procédé même

⁵¹ Voir J. Vanderlinden, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique» (1993) 18 R.R.J. 573 ; R.A. Macdonald, «Critical Legal Pluralism As a Construction of Normativity and the Emergence of Law» dans Lajoie *et al.*, *Théories et émergence du droit*, *supra* note 23, 9 ; M.-M. Kleinhans et R.A. Macdonald, «What Is a Critical Legal Pluralism ?» (1997) 12:2 Can. J. L. & Soc'y 25.

⁵² De nombreuses enquêtes concluent aux mêmes tendances.

⁵³ Ces nouvelles références peuvent être des habitudes nouvelles, des repères sociaux émergents, des formes d'expressions diverses, des modes vestimentaires, des tolérances ou des intolérances sociales, des esthétismes.

qui conduit à l'établissement de formes de socialisation stable (et leurs procédés de fixation et d'objectivation) détermine sa propre contestation dans la constitution de références concurrentes, considérées comme plus authentiques que les standards consacrés ou les pratiques ritualisées (juridicisées) qui se retrouvent en concurrence directe avec les nouvelles formes de socialisation. La législation trouve difficilement application dans tous les cas où elle confronte la redéfinition constante du sens commun. Paradoxalement, le droit est ici d'autant plus stable qu'il peut être contourné, car on évite de s'y opposer de front. Mais il s'agit sans doute seulement d'une partie du phénomène puisque le contournement de la législation est d'autant plus possible que le droit garantit une normativité minimale et qu'il offre la possibilité d'une expérimentation sociale. Celle-ci ne peut être envisagée que dans un cadre général où les rapports sont prévisibles et créent la condition d'une pacification indispensable à l'expérimentation sociale, c'est-à-dire à sa contestation. Ironiquement, remettre en question la norme juridique établie constitue une forme possible de sa reconnaissance publique. La législation a cependant d'autant plus de chance de trouver application qu'elle ne confronte pas trop directement le sens commun, soit le sens établi en commun dans un milieu donné et à un moment particulier de l'échange social.

4. Le droit comme référence négociée

Finalement, la norme objectivée dans la législation ne se survit à elle-même que dans la mesure où elle est constamment renouvelée dans sa signification et son application, c'est-à-dire négociée socialement et, partant, re-subjectivée. La législation devient ainsi un lieu constant de médiation sociale à la fois parce qu'elle constitue une norme objectivée, mais, également, parce qu'elle est une forme (un énoncé) au contenu variable⁵⁴. Si cette négociation constante peut être observée tous les jours, dans la mise en œuvre quotidienne du droit, elle n'en est pas moins vraie dans le cadre de l'activité judiciaire, dans la pratique quotidienne de l'acte de juger. C'est notamment le cas dans les cours de première instance provinciales et supérieures⁵⁵. Il en va de même dans tous les champs où s'exerce une forme ou une autre de délégation et où la normativité ne fait que définir les cadres d'un échange entre les acteurs responsables de la mise en œuvre du droit et ceux que le droit est censé régir⁵⁶. La législation est possible parce qu'elle constitue toujours une forme au contenu partiellement indéfini.

⁵⁴ P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, dir., *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

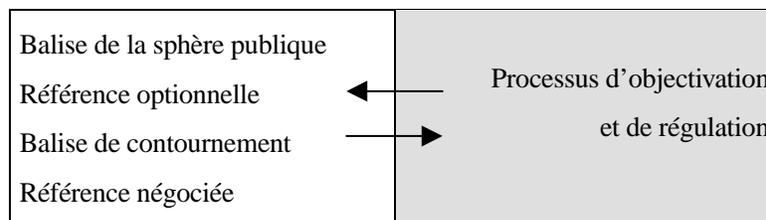
⁵⁵ Alors que la qualification des faits et la définition des limites des concepts juridiques font l'objet d'un constant travail d'adaptation, de réinterprétation, d'extension ou de réduction de sens, au fin et à mesure que semble se déplacer le consensus social, ce qui explique l'oscillation continue de l'interprétation judiciaire et de l'évaluation de la sanction.

⁵⁶ Voir P. Lascoumes, «Autorité, efficacité et légitimité des instruments conventionnels d'action publique» dans N. Kasirer et P. Noreau, dir., *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal,

Dans ce sens précis, la législation est possible parce qu'elle n'est pas obéie, encore qu'elle serve de référence. Elle est observée dans la mesure où elle est respectée. Elle est respectée dans la mesure où il existe la possibilité d'un ajustement continu touchant tour à tour son monopole relatif dans l'espace public et, dans l'ordre des rapports personnalisés, son caractère accessoire (son recours facultatif), sa compatibilité avec le sens commun, sa négociation continue, sa tolérance quant à son contournement possible.

Figure 2

Subjectivation du droit en tant que processus d'objectivation et de régulation



Il s'agit, dans tous les cas, de procédés de re-subjectivation des références objectivées, puis de ré-objectivation. Tous ces processus relèvent et participent, par conséquent, de l'objectivation et de la régulation sociale. Toutefois, ces conditions de la vie quotidienne du droit sont également les conditions de sa légitimation continue et prennent part indistinctement à l'établissement du consensus sur ses thèmes et ses orientations.

B. La législation en tant que processus d'identité et principe constituant

À un deuxième niveau, les principes latents et les processus actifs dans le droit se rejoignent et font de la loi une référence identitaire partagée. Or, cette deuxième objectivation du droit peut également faire l'objet d'une subjectivation.

La légitimité du droit n'a en effet de sens qu'une fois saisie en tant que processus dynamique, c'est-à-dire en tant que produit d'une *légitimation* constante plutôt que par le fait établi d'une légitimité qui, une fois acquise, se suffirait à elle-même. De plus, le caractère acceptable de la législation tient moins de ce qu'elle est issue d'instances législatives dont la légitimité est historiquement acquise (encore qu'il s'agisse du fondement institutionnel de cette légitimité) que de l'affirmation constamment exprimée de sa correspondance avec les valeurs les plus partagées ou les

plus débattues. L'adhésion au droit prend au moins trois formes rapidement présentées ici à titre d'illustrations sans toutefois qu'on puisse prétendre rendre compte de tous les cas de figure : l'adhésion aux contenus du droit, l'adhésion à des valeurs implicites mais compatibles avec le droit (sur ce qu'il faut croire pour que le droit soit acceptable) et une adhésion au fait que ce sur quoi porte le droit constitue un enjeu réel de la vie collective. On passe alors graduellement du contenu du droit à sa périphérie.

1. L'adhésion aux contenus du droit

Une première expression de cette adhésion réside dans la correspondance des contenus du droit avec l'état des rapports sociaux. La question est alors de savoir si l'image idéale que le droit projette de la société correspond à celle que ses membres entretiennent et désirent voir consacrée dans le droit.

Des exemples pourraient être empruntés à plusieurs sphères de l'activité sociale : la définition juridique de la famille, les limites de la liberté d'expression, le droit à la syndicalisation, les relations maîtres-élèves, les rapports de socialité entre les hommes et les femmes. Certains champs législatifs expriment plus clairement que d'autres ces processus d'adhésion, notamment en matière de droits et libertés de la personne. Le tout est de savoir si le droit trouve sa légitimité en tant que processus constituant des rapports sociaux. Une correspondance se maintient-elle entre l'état des rapports sociaux, l'image de ce qui fonde la communauté de destin des citoyens (et des justiciables qu'ils sont) et l'état du droit en tant qu'elle propose une expression de cette image ?

Tout cela ne peut évidemment être compris que dans le cadre d'une observation des conflits sociaux. D'ailleurs, ceux-ci n'excluent pas qu'à un moment précis un point de vue parvienne à s'imposer suffisamment pour qu'on puisse le considérer comme susceptible de fonder un consensus. Le terme consensus doit cependant être entendu dans son sens le plus large, non comme ce qui fait l'unanimité, mais comme l'expression d'une norme avec laquelle une majorité importante des citoyens accepte de vivre. Le problème est abordé ici dans ses termes les plus larges, qui n'excluent évidemment pas une discussion sur l'aliénation ou la capacité d'un groupe social dominant à imposer sa position particulière comme un point de vue universel ou valable pour ceux qui seraient — *a priori* — moins susceptibles de s'y identifier.

2. L'adhésion aux normes implicites promues dans le droit

Le principe constituant (le processus d'identité) peut également prendre des formes plus périphériques dans l'adhésion aux valeurs que suppose le droit ; celles qui sont nécessaires comme références pour que le droit ait un sens. Il s'agit d'une adhésion beaucoup plus indirecte. Ainsi, s'agissant du droit de la famille, les fonctions sociales attribuées à la cellule familiale ont historiquement beaucoup varié. Au XIX^e siècle, la législation portait largement sur le problème de la transmission patrimoniale

et le maintien de la famille en tant que structure économique autonome. La vie du couple y comptait pour peu en comparaison des impératifs liés à la stabilité patrimoniale de la famille patriarcale. Il a fallu attendre le début du XX^e siècle pour que le couple soit graduellement consacré (et avec lui le droit matrimonial) comme structure première de l'entité familiale. La vie de couple était au centre de la vie de famille pendant la plus grande partie du siècle jusqu'à la fin des années 70. À partir de cette époque, le développement du droit de l'enfant et la réforme du droit de la famille ont lentement remplacé le couple par l'enfant comme élément fondateur du lien familial⁵⁷. Étrangement, ces changements n'ont pas toujours conduit à d'importantes modifications dans le contenu de la législation. Le problème de la filiation constitue encore aujourd'hui un aspect fondamental du droit de la famille. C'est à l'égard des valeurs qui sous-tendent la législation que les mutations les plus importantes ont sans doute été enregistrées.

L'évolution des valeurs entourant l'idée même de ce qui fonde la famille apparaît plus intéressante que la mutation du droit de la famille, encore que celui-ci ait également évolué partiellement dans ses contenus. Elle démontre que le processus de légitimation du droit est un processus continu qui tient lui aussi d'une re-subjectivation du droit sans laquelle le maintien et l'évolution de la législation et de son interprétation sont incompréhensibles. La législation varie davantage dans ses contenus que ne le laissent supposer les changements législatifs, de sorte qu'un énoncé stable peut connaître avec le temps d'importants glissements de sens, au fur et à mesure que se déplacent les consensus sur les valeurs sous-tendant son interprétation et sa mise en œuvre.

3. L'adhésion aux questions en jeu dans le droit

À la périphérie du droit, le débat se porte sur la reconnaissance des enjeux susceptibles de faire l'objet d'une objectivation législative. Le débat sur ce que doit intégrer le droit (et sur ce qu'il n'a pas à connaître) peut ainsi être envisagé comme un marqueur de l'identité collective. La question est de savoir en quoi tel aspect de la vie personnelle passe du côté de la sphère publique. Qu'est-ce qui fait que l'objectivation d'une valeur partagée devient nécessaire ? Par exemple, les questions liées à l'environnement ont été maintenues à l'extérieur du droit pendant des décennies. Elles le restèrent tant que le problème de l'environnement ne fut pas considéré comme un enjeu affectant notre communauté de destin. En contrepartie, le droit se retire de certains aspects de la vie, retournant graduellement à la sphère privée, comme ce fut le cas de l'homosexualité à la fin des années 60.

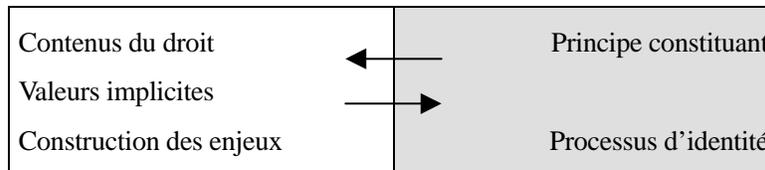
⁵⁷ R. Joyal, *Les enfants, la société et l'État au Québec : 1608-1989 Jalons*, Montréal, Hurtubise HMH, 1999 ; P. Noreau, «Formes et significations de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit» dans *Québec, famille et démographie : les impacts sur la société de demain* [à paraître en 2002].

Au-delà des aspects liés aux contenus du droit ou aux valeurs qu'il sous-tend, la question porte plutôt sur l'objectivation d'une référence sociale et, plus clairement encore, d'un thème social. Le choix des objets du droit est ainsi le produit d'une construction sociale dans le cadre de débats où les rapports de force n'ont (surtout) pas été absents, mais où l'importance de la législation comme pôle d'identification et mécanisme constitutif de la communauté de destin est largement révélée. Il fait entièrement partie des conditions par lesquelles doit transiter la question à laquelle nous tentons de répondre : comment la législation est-elle possible ? Comment parvenons-nous à vivre avec elle, voire à la tolérer ?

Les cas de figure traités ici ne sont pas exhaustifs mais rendent compte de l'importance de ce lieu de la subjectivation du droit. L'appropriation individuelle de la législation importe moins que la construction (et le conflit sur les enjeux de cette construction) collective de ce en quoi et sur quoi il faut légiférer. Dans cette perspective, le conflit social sur la définition des contenus de la norme est une expression de ce que les enjeux du conflit mettent en scène des fondements de la vie collective. L'accord sur les enjeux participe donc du processus d'identité, c'est-à-dire du principe constituant.

Figure 3

Subjectivation du droit en tant que processus d'identité et principe constituant



Ces différents niveaux du débat montrent en quoi, sur une base distincte, la théorie du droit et la sociologie peuvent aborder conjointement le problème difficile de la législation comme mécanisme d'identité et de constitution d'une collectivité particulière. Cette médiation institutionnelle constitue à la fois un procédé de légitimation et une expression du lien social qui transitent dans le repérage de valeurs partagées ou débattues, inscrites avec plus ou moins de précision et de justesse dans les contenus du droit, dans les valeurs implicites qu'il propose, ou suppose partagées, et dans la définition du fondement des enjeux de la vie collective. Or, dans tous les cas, le débat sur le droit (sur la pertinence de ses objets et des valeurs qu'il propose ou qu'il suppose) est un mode d'appropriation, et, partant, un mécanisme général de subjectivation des normes objectivées ou en voie d'objectivation, sans lequel le droit n'aurait pas d'effectivité en tant que repère normatif. Une certaine compatibilité doit exister entre le droit posé et l'état des rapports sociaux partagés ou l'état des débats et des conflits sociaux.

C. Le droit en tant que principe de reconnaissance et processus instituant et légitimant

En franchissant le cap de la juridicisation, il importe d'examiner le niveau de la législation en tant que mécanisme d'établissement (de reconnaissance) du droit et processus légitimant, c'est-à-dire la consécration idéologique et matérielle de la légitimité juridique. À ce niveau, le droit devient lui-même le lieu d'une initiative. On quitte la sphère de cette interface directe entre le droit et la normativité sociale dont nous avons parlé jusqu'ici. Le sens en est inversé et suppose qu'on passe de la normativité sociale à la normativité juridique dans un mouvement où la seconde prétend fonder la première. Il est difficile, à ce stade, de distinguer l'activité législative de l'initiative politique, l'idée de réformes initiées par les acteurs politique. *A priori*, elle s'inscrit dans le débat continu qui unit, au sein de l'État, le personnel politique et les agents responsables de la mise en forme juridique des orientations politiques⁵⁸. Alors que le test de la compatibilité et de l'adhésion caractérise la subjectivation du droit en tant que procédé d'identité et de constitution des rapports collectifs⁵⁹, la définition de la légalité constitue ici le processus de subjectivation de la législation.

On est encore loin de l'enfermement normatif, car la législation doit être l'objet d'un consensus au sein du système politico-juridique où il est défini et auquel il s'applique. La subjectivation dépasse le débat entre les élus et les légistes jusqu'à inclure les acteurs politiques entendus dans leur sens le plus large⁶⁰. On retrouve là les règles secondaires telles qu'elles sont définies par Hart, telles que la science politique et la sociologie politique pourraient en observer l'expression. Toutes ces dimensions permettent de mettre en évidence le fait que le commandement du Souverain ne se suffit pas à lui-même. La définition de la législation déborde à la périphérie de la souveraineté qui, dans les sociétés pluralistes, ne se limite ni aux instances électives ni aux simples rapports qui se tissent au sein de l'État entre juristes et élus. La reconnaissance du droit connaît donc une forme de subjectivation.

Celle-ci peut elle-même connaître au moins trois formes non limitatives : la négociation politique des contenus de la normativité législative, la définition de ses modalités d'application et le débat continu sur son interprétation (qui participe de la règle de changement). La législation consacre toujours indirectement une partie de la réalité qu'elle entend transformer ou réguler : la reconnaissance des acteurs sociaux impliqués dans le champ social où la législation a vocation à s'appliquer, la reconnaissance des contraintes propres au champ et la négociation continue des contenus par les ac-

⁵⁸ Voir Rocher, *supra* note 50 à la p. 133.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Par exemple, les groupes d'intérêts impliqués dans le champ particulier où le droit doit connaître une définition et une application participant à la reconnaissance juridique de la norme dans le cadre de rapports qui sont l'expression plus ou moins institutionnalisée de la participation politique.

teurs indirectement consacrés par la législation. La reconnaissance du droit est ainsi à la fois une objectivation des rapports sociaux et un procédé de subjectivation sans lequel la règle de reconnaissance, de décision (d'application) et de changement de Hart n'aurait pas de signification ni de fondement pratique.

1. La négociation politique des contenus de la normativité législative

Rien n'est plus éloigné de la réalité que l'image aseptisée du législateur. C'est de cette figure sacrée que le juriste apprend à se détourner lorsqu'il touche à la science politique. Une observation attentive de la scène législative permet de montrer le grand nombre des agents, plus ou moins spécialisés, impliqués dans la définition de *ce qui sera légal*. On saisit immédiatement que la législation est d'abord un procédé d'appropriation et que la subjectivation de la norme, même lorsqu'elle est initiée au sein de l'État, précède son objectivation.

Nous ne décrivons pas dans le menu détail les procédés de mise en forme, de mise en scène et d'opposition des points de vue en compétition pour la définition du droit⁶¹. Or, chaque fois que la législation est définie ou modifiée, les agents de la reconnaissance se trouvent indirectement reconnus, ceux qu'on peut considérer comme les intervenants légitimes du champ où la législation doit connaître une application. Ainsi, la règle de reconnaissance transite par la reconnaissance des acteurs appelés à définir une interprétation partagée des contenus de la législation. Ce processus électif (cette cooptation des agents impliqués) ne se fait évidemment pas à armes égales. Les acteurs impliqués au sein du champ contrôlent de diverses façons l'entrée et la sortie des autres acteurs, de sorte qu'une autonomie relative se crée et bénéficie aux agents appelés à participer sur une base régulière à la reconnaissance du droit. Il s'ensuit qu'une résistance peut longtemps être exercée chez les acteurs du droit et empêcher la reconnaissance législative de nouveaux acteurs, de nouveaux enjeux, de nouvelles orientations, de nouveaux standards ou de nouvelles formes de socialisation, qui attendront longtemps leur institutionnalisation juridique (leur consécration législative). C'est d'ailleurs la raison même qui explique que dans cette opposition des subjectivités (dominantes et dominées), le champ législatif (comme le système juridique dans son ensemble) en vient à consacrer son enfermement. La distance qualitative distingue la balance variable de l'objectivation et de la subjectivation du droit. La subjectivation l'emporte au quotidien dans l'ordre de l'identification et de la régulation,

⁶¹ La science politique a largement mis en lumière ces modalités dans une série d'études classiques : voir A.F. Bentley, *The Process of Government*, Chicago, University of Chicago Press, 1908 ; D.B. Truman, *The Governmental Process : Political Interests and Public Opinion*, New York, Alfred A. Knopf, 1951 ; J. Meynaud, *Nouvelles études sur les groupes de pression en France*, Paris, Librairie Armand Colin, 1962 ; L. Dion, *Société et politique : la vie des groupes*, t. 1-2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1971-72.

l'objectivation dans l'ordre du droit instituant, comme les deux versants d'une montagne dont on aurait atteint le sommet, la synthèse fragile, peut-être jamais atteinte, de la *juridicisation*.

Les procédés de clôture entretiennent un espace de subjectivation très contraint, car les acteurs consacrés depuis plus longtemps comme agents de la reconnaissance juridique partagent déjà une identité commune, un discours et une pratique qui balisent les critères de reconnaissance des groupes nouveaux ou des nouveaux vecteurs de représentation qui cherchent à intégrer la sphère politique. Ces critères participent indirectement du formalisme juridique. Ces conditions président à l'institutionnalisation des acteurs politiques, c'est-à-dire des agents de la reconnaissance juridique. Si les autres acteurs sociaux peuvent contribuer à la subjectivation du droit à d'autres niveaux dont nous avons parlé (dans sa fonction constituante et identitaire) c'est parce que cette activité se déroule dans des espaces moins institutionnalisés. Déjà, en tant que processus instituant (et pour se maintenir en tant que principe légitimant), le droit est menacé d'enfermement par ceux auxquels on «reconnaît le droit» de «reconnaître le droit».

2. La reconnaissance implicite des contraintes propres au champ social

La reconnaissance du droit et son activité comme processus instituant et légitimant peut, par ailleurs, connaître une subjectivation dans la reconnaissance explicite ou implicite des contraintes matérielles de la vie sociale. Il s'agit d'une limite indépassable de la législation. Or, ces contraintes sont largement entretenues par les acteurs du champ eux-mêmes, de sorte qu'une subjectivation intervient encore dans la reconnaissance de ce que la réalité à normer est déjà contrainte par un ensemble de standards, de pratiques, d'usages, sinon de coutumes. La législation finit souvent par consacrer cet ensemble de normes reconnues qui, jusqu'à un certain point, constitue une condition de la législation. En matière environnementale, la législation ne crée pas les produits toxiques, elle en objective la toxicité. Ainsi, en intervenant dans un champ la législation reconnaît davantage de normes et de structures existantes qu'elle n'en consacre. Il ressort de cet état de fait que la législation n'a de sens que dans la mesure où elle reconnaît tout un ensemble de normes qui doivent préexister au droit et sans lesquelles le droit n'a pas de signification. La législation en vient à exister parce qu'elle transite par ces espaces de non-droit que les diseurs du droit reconnaissent implicitement. Mais ce détour est un facteur de subjectivation du droit dans la mesure où la signification sociale de ces normativités préexiste à la législation et y est intégrée. Il y a, par conséquent, dans le droit quelque chose de la subjectivation continue des échanges sociaux, du sens premier que les agents sociaux donnent de leur action, et des contraintes qu'ils s'imposent les uns aux autres. La législation trouve son sens

dans ces systèmes de contraintes constitués, une forme de grille en fonction de laquelle le droit doit nécessairement être réinterprété⁶².

La règle de reconnaissance doit par conséquent être comprise en tant qu'elle constitue la reconnaissance d'une norme formalisée (posée) en même temps qu'elle est la reconnaissance formelle d'une norme sociale qui la préexiste. Cette condition rend le droit possible, mais elle est tout autant une re-subjectivation de la norme juridique. Or, celle-ci n'a de sens que parce qu'elle est réintégrée dans un ensemble de rapports établis et prend dans ce champ de relation son véritable sens. Le droit posé doit beaucoup à ce qui n'est pas posé dans le droit et rend possible et plus acceptable la législation.

3. L'établissement des conditions de mise en œuvre de la norme législative

Enfin, le droit est subjectivé dans un ensemble de champs où la législation trouve un lieu de ré-interprétation institué. Il pourrait être fastidieux de faire l'inventaire systématique de ces lieux d'interprétation. Dans beaucoup de cas, on assiste par ces voies à un redéploiement (une dilution) des acteurs de la reconnaissance juridique. C'est notamment le cas, une fois la législation adoptée, au moment d'établir un règlement d'application. Mais c'est également le cas au moment de sa mise en application ou de son interprétation, qui tout deux s'inscrivent dans le cadre de rapports continus entre les agents sociaux concrets impliqués dans un champ d'action particulier.

On sait que l'essentiel des législations statutaires ne peut admettre de mise en œuvre sans l'établissement d'une réglementation précise. Or, celle-ci fait l'objet d'une re-subjectivation de la norme juridique et ouvre dans certains cas la porte sur une véritable reprise des débats entourant l'adoption d'une législation instituante. Il s'avère impossible de ne pas associer ce travail réglementaire à la fonction de reconnaissance, même si elle est parfois l'occasion d'un élargissement graduel des acteurs de cette reconnaissance. Cet élargissement est rendu possible du fait des rapports particuliers qu'entretiennent de nombreux acteurs sociaux avec l'administration publique, alors même qu'ils sont incapables de franchir la barrière de la participation législative et des rapports politiques (et médiatiques) courants. La reconnaissance du droit

⁶² Seul un étranger ou un jeune étudiant en droit réalise tout ce qu'il faut savoir à l'avance pour qu'un seul article du code civil trouve son sens ou pour que plusieurs des dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (L.R.Q. c. P-34.1) prennent leur signification : l'existence de rapports sociaux ou de pratiques établies, la nécessité de contourner les effets d'une norme juridique antérieure ou celle de compter avec un savoir-faire (règle de l'art chez les médecins, savoir-être des travailleurs sociaux, usages commerciaux) sur lequel il faut savoir compter pour que la législation trouve sa signification symbolique et pratique.

(l'institutionnalisation juridique de la réalité) couvre ainsi des espaces sociaux plus larges que ne le laisse supposer le champ de la reconnaissance législative.

La mise en application du droit accuse la même portée, notamment au sein de champs très spécialisés où le nombre des acteurs impliqués (et souvent spécialisés) reste restreint. Le droit peut alors être abordé comme un «cadre d'action», c'est-à-dire comme une référence générale à l'intérieur de laquelle plusieurs modalités sont possibles et doivent être négociées entre les responsables de sa mise en application et les agents sociaux chargés de s'y soumettre⁶³. Les premiers standards qui président à la mise en œuvre du droit importent tout autant pour la suite de la législation que ceux qui ont pu être fixés dans la foulée de la négociation des contenus premiers de la norme législative entre les agents institués de la reconnaissance. Ainsi, une autre dimension de la subjectivation parvient-elle à constituer une condition instituante du droit.

Ce travail législatif se poursuit jusque devant les tribunaux. C'est une grande intuition qui nous vient des théoriciens issus de la *common law*. La confrontation de la norme législative avec les contraintes matérielles de sa réalisation permet, une fois de plus, de mieux montrer en quoi le processus instituant offert par la mise en forme juridique d'une norme ne se suffit pas à lui-même. La jurisprudence regorge d'exemples qui mettent en évidence ce fait incontournable, mais elle est également exemplifiée par la pratique quotidienne du droit, qui confrontent les juristes aux multiples impossibilités de la législation. La question se pose simplement : comment rendre la législation possible ? Il s'agit de voies par lesquelles le droit est subjectivité, mais encore faut-il établir ici le critère de ce qui est raisonnable. Cet exercice tient cependant davantage de l'argumentation que du raisonnement juridique⁶⁴. Il y a donc, une fois de plus, subjectivation du droit.

Il importe de déterminer quel auditoire on entend convaincre. Le courant hermétique en droit a déjà mis en évidence la variété de ces publics : les acteurs du champ judiciaire, les parties, le public en général⁶⁵. Pour des raisons qui tiennent à l'activité judiciaire elle-même, on sait du moins qu'elle inclut au minimum les parties en cause, ces opposants que le juge cherche toujours de près ou de loin à convaincre. Dans la foulée, le débat sur la norme se poursuit entre d'autres diseurs de droit : c'est la vengeance des exclus à la recherche d'une arène instituante accessible. On comprend que le processus instituant ne se limite pas aux frontières de la législation adoptée par l'assemblée législative.

⁶³ Voir Lascoumes et Serverin, *supra* note 17.

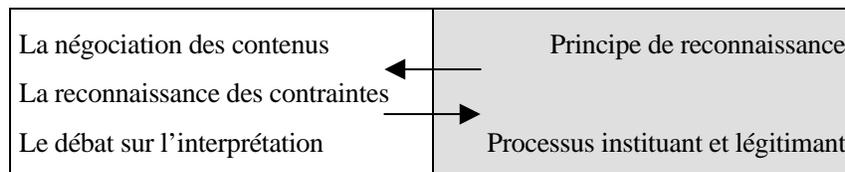
⁶⁴ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil : introduction générale*, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.

⁶⁵ A. Lajoie, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

On ne peut cependant nier que de partir du droit posé pour revenir à ce qui n'est pas inclus dans le droit de manière à l'y voir intégré est un procédé qui a ses limites⁶⁶. On a alors franchi un sommet dans l'ordre de l'objectivation, et cette traversée de l'instituant vers l'institué nous amène dans une toute autre dynamique normative. Elle nous rapproche de l'image d'Épinal du droit posé. Le droit est ici constamment réinventé dans la mesure où on étend à de nombreuses instances et à de nombreux acteurs (fonctionnaires, tribunaux, agents sociaux) une fonction instituante que leur nie le droit institué.

Figure 4

Subjectivation du droit, processus instituant et principe de reconnaissance



En contrepartie, il faut reconnaître la force des formes instituées et la force de l'objectivation. Graduellement, un noyau dur du droit se crée et fonde la réalité souvent observable du formalisme. Passée cette limite, la subjectivation du droit devient de moins en moins possible. Elle suppose plutôt des ajustements systémiques et quitte l'univers de différents acteurs du droit. La législation vaut par elle-même et l'objectivation devient finalement une réalité première.

D. Le droit en tant qu'ordre normatif totalitaire

Tout ce qui précède tend à démontrer que la clôture présumée du droit est un fait constamment contourné. Or, l'image d'un système juridique cloisonné et étanche à toute considération extérieure est trop répandue pour qu'on puisse facilement en nier la réalité.

Pour bien saisir ces autres mécanismes d'enfermement qui rendent le droit possible, il faut aborder le droit en tant qu'ordre, c'est-à-dire en tant qu'ensemble de normes encadrées et mises en œuvre par une institution particulière⁶⁷. Examinée dans son entièreté, cette conception du droit tend à faire de l'ensemble des normes juridiques un système totalitaire. On entend par là un système complet (total) des comporte-

⁶⁶ C'est la contrainte imposée, par exemple, par l'image de la chaîne du droit proposée par Dworkin, *supra* note 11.

⁶⁷ J. Chevallier, «L'ordre juridique» dans J. Chevallier *et al.*, *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 7.

ments imposés, assortis d'un système de contrainte susceptible d'en vérifier et d'en assurer le respect et la sanction.

Notre histoire politique vient cautionner cette approche générale du droit. La naissance de l'État de droit et l'affirmation du monopole des moyens de la contrainte physique ont largement contribué à entretenir l'idée que le droit bénéficiait seul des caractéristiques d'un ordre normatif institutionnalisé, c'est-à-dire d'un ordre *juridique*. Rocher démontre, au contraire, en quoi les caractéristiques qu'on prête en exclusivité à l'ordre juridique sont en vérité partagées par un très grand nombre de champs sociaux organisés et plus ou moins institués⁶⁸. Il s'ensuit que, loin d'avoir le monopole de la forme juridique, le droit partage l'espace social avec un très grand nombre d'institutions capables d'assurer, elles aussi, l'intégrité et l'étanchéité de l'ordre social qu'elles proposent, tels que les ordres religieux, les lois du milieu, les ordres militaires, les ordres ludiques ou sportifs. Le tout est d'établir quels types de rapports le droit posé peut entretenir avec ces autres ordres institués.

Il faut saisir en quoi cette perspective vient remettre en question l'objectivation absolue du droit ; le fait observable que le droit se soit formalisé à un point qui le rend étanche à toute autre référence et que la législation ne peut plus connaître aucune subjectivation. C'est l'objectif doctrinal du droit achevé.

Une fois acculés à cet enfermement du droit, les citoyens n'ont plus que trois options possibles : se soumettre (*loyalty*), se plaindre (*voice*) ou s'en aller (*exit*)⁶⁹. Se soumettre suppose la reconnaissance et le renforcement de l'hégémonie de l'ordre juridique étatique sur l'espace social. Prendre la parole implique par contre un refus de l'objectivation juridique de la vie et suppose un retour au principe de la subjectivation du droit, ce qui conduit à toutes les formes du débat politique, une forme de retour aux sphères moins institutionnalisées où s'exprime le processus de constitution de l'identité ou le principe instituant⁷⁰. La dernière option consiste à quitter le champ des références juridiques à la recherche d'autres points d'appui normatif. Cette dernière option peut conduire à l'exil, c'est-à-dire au choix d'un autre ordre juridique de référence, dans le recours à l'immigration. Mais elle peut s'exprimer également dans le recours à d'autres sphères relationnelles que celles que circonscrit le droit, dans le recours à d'autres ordres juridiques, souvent concurrents à l'ordre juridique établi par l'État. Comment la cohabitation de ces ordres juridiques est-elle possible ?

On ne trouve pas actuellement d'inventaire systématique de ces modes de cohabitation. Il s'agit, d'une certaine façon, d'une réflexion sur la compatibilité de sphères

⁶⁸ G. Rocher, «Pour une sociologie des ordres juridiques» (1988) 29 C. de D. 91 ; republié dans G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, 123.

⁶⁹ C'est ce que nous rappelle Hirschman. Voir A.O. Hirschman, *Face au déclin des entreprises et des institutions*, Paris, Économie et humanisme, 1972.

⁷⁰ Nous ne croyons plus à ce droit-là. Le droit n'est plus adapté à la réalité, il faut en changer.

normatives autoréférentielles et potentiellement insensibles les unes aux autres. Cela étant, plusieurs théoriciens ont travaillé à cette question. En vrac, on peut sans doute inclure au rang des modalités possibles d'interaction la *subsidiarité*, la *succession* dans l'ordre de l'intervention, l'*intégration enclavée* des normativités extérieures⁷¹ l'*internormativité* dans ses diverses formes possibles⁷², la hiérarchisation des ordres juridiques⁷³ ou leur surdétermination dans un cadre de références culturelles commun⁷⁴. Ce qui caractérise chaque type de cohabitation, c'est que l'ordre juridique étatique ne peut se maintenir qu'en s'appuyant sur les autres ordres juridiques et que, même dans son enfermement, le droit ne peut souffrir le détournement perpétuel de ses commandements au profit d'autres références objectivées, sans que son existence en tant qu'ordre juridique se trouve menacée. C'est une évidence que Kelsen reconnaît, car un ordre juridique ne saurait être constamment remis en question sans que soient du même coup ébranlés ses fondements normatifs, soit sa norme fondamentale même. Il ne pourrait plus dès lors constituer un critère de validation de la norme législative (de la juridicité de ces normes et partant de leur caractère obligatoire).

Nous ne développerons pas davantage sur ces diverses modalités de cohabitation entre les ordres juridiques. Celles-ci n'impliquent pas tant la réinterprétation inévitable du droit posé par les différentes modalités de la subjectivation que l'opposition d'ordres objectivés. C'est une réponse différente à la question posée dès le départ : comment la législation est-elle possible ? On pourrait répondre ici qu'elle est possible parce qu'elle n'a pas le monopole de la normativité instituée et que les autres ordres juridiques constituent des espaces de référence tout aussi valables aux yeux du justiciable. On ne peut pas exclure que ces références puissent servir d'abris contre l'hégémonie du droit étatique. Une diversité de modalités est en œuvre comme nous l'avons dit. La distinction entre les sphères privée et publique constitue par exemple une de ces modalités qui permet de distinguer les espaces sociaux où divers ordres juridiques peuvent trouver application en s'excluant mutuellement.

⁷¹ Voir N. Kasirer, «La mort du positivisme ? L'exemple du cimetière» dans B. Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, 199.

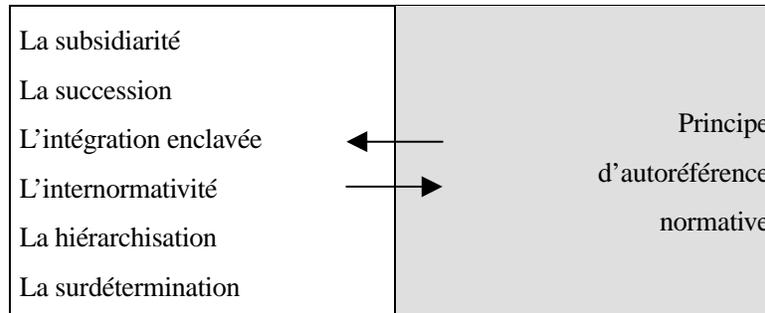
⁷² Voir J.-G. Belley, dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.

⁷³ Voir Vanderlinden, *supra* note 27.

⁷⁴ Voir Timsit, *supra* note 18.

Figure 5

**Subjectivation du droit dans la compétition des ordres juridiques
(en tant que subjectivités objectivées)**



On comprend cependant que la question de la cohabitation des ordres juridiques — établis dans la perspective du principe d'autoréférence normative — sert de point d'appui aux diverses modalités par lesquelles les individus entrent en rapport avec le droit, et que le principe d'autoréférence n'est lui-même rien de plus que la conséquence des mécanismes fondamentaux qui permettent l'objectivation graduelle des relations sociales. On revient ici au premier niveau de l'échelle sur laquelle est fondé notre exposé. Distinguer les sphères privée et publique, négocier ou contourner le droit posé, se servir du droit comme d'une option parmi d'autres références, c'est souvent mettre en opposition des ordres juridiques, les faire se compléter les uns les autres. Ainsi, comme l'analyse permet de le distinguer, la réalité empirique des rapports normés le lie dans un ensemble indissociable où les rapports objectivés et prévisibles le disputent aux rapports spontanés que nous tissons tous les jours entre nous. La force instituante de ces rapports quotidiens ne sera connue que plus tard dans le mélange complexe de ce qui nous lie, de ce qui nous liait et de ce qui nous liera. Comment la législation est-elle possible ? La réponse est dans la condition sociale elle-même, c'est-à-dire dans la construction sociale.

Conclusion

Dire le droit, ce n'est pas seulement légiférer. Respecter le droit, l'observer, ce n'est pas obéir au commandement du législateur. Les rapports au droit sont complexes et lors même qu'une partie du droit posé rencontre les conditions de sa propre référence, son maintien dépend d'autres ordres normatifs, c'est-à-dire d'autres «subjectivités objectivées».

Figure 6
L'objectivation et la subjectivation du droit

La subjectivation du droit	L'objectivation du droit
La subsidiarité La succession L'intégration enclavée L'internormativité La hiérarchisation La surdétermination	← → Principe D'autoréférence normative
La négociation des contenus La reconnaissance des contraintes Le débat sur l'interprétation	← → Principe de reconnaissance Processus instituant et légitimant
(Juridicisation)	
Les contenus du droit Les valeurs implicites La construction des enjeux	← → Principe constituant Processus d'identité
Les limites de la sphère publique La référence optionnelle La balise de contournement La référence négociée	← → Processus d'objectivation et de régulation

C'est, en quelques mots alambiqués, ce que nous avons tenté d'illustrer en proposant du coup une cartographie imprécise et trop rigide de phénomènes très mouvants qui pour n'être pas propres au droit sont également vrais de l'ensemble du phénomène juridique. Le droit est le produit d'une double empreinte, celle de l'objectivation et de la subjectivation. Sont-elles si incompatibles ? Nous avons tenté ailleurs de démontrer comment l'objectivation est une condition de la subjectivation, c'est-à-dire en quoi la distinction des espaces normés et des espaces où se tissent des rapports plus

spontanés est le produit de processus concurrents⁷⁵. La normativité rend possible la distinction de la sphère des socialisations objectivées et des socialisations intuitives. C'est la protection des personnalités dans le cadre de rapports prévisibles et codés qui rend possible la protection des sphères de la vie personnelle (la distinction de ce qu'on partage et ne partage pas avec la sphère publique) et qu'on entend maintenir à l'abri des autres types de relation sociale. Or, ces lieux où s'expriment les personnalités sont toujours des lieux de mise en forme continue des rapports sociaux et rendent possible l'établissement de nouvelles formes objectivées. Les principes d'objectivation et de subjectivation sont indissociables.

Il en est de même du droit qui existe et se renouvelle largement par ce qui s'établit à l'extérieur de lui. La législation est le point nodal de cet équilibre délicat de l'objectivation par les normes et leur subjectivation. Chaque côté de cette échelle hélicoïdale engendre l'autre comme les deux parties de la chaîne normative.

Le modèle (imparfait par sa systématisme même) rend compte, du moins, de la complexité de la législation entendue comme processus instituant et institué plutôt que comme simple expression posée du droit de l'État. C'est dans ce sens qu'il convient également de parler encore de l'Esprit des lois, sinon de la société de droit : le droit en tant que fait de culture, c'est-à-dire comme produit et producteur des rapports sociaux, sinon comme condition et expression du lien social. Bien sûr, le droit y perd sa sublimité, mais il y gagne dans la compréhension que cela offre des conditions empiriques de son existence.

Épilogue

Thèse :

—Bonjour. Pourquoi viens-tu d'éteindre ton réverbère ?

—C'est la consigne, répondit l'allumeur. Bonjour.

—Qu'est-ce que la consigne ?

—C'est d'éteindre mon réverbère. Bonsoir.

Et il le ralluma.

—Mais pourquoi viens-tu de le rallumer ?

—C'est la consigne, répondit l'allumeur.

—Je ne comprends pas, dit le petit prince.

⁷⁵ Voir Noreau, «Le droit comme forme de socialisation», *supra* note 29.

—Il n’y a rien à comprendre, dit l’allumeur. La consigne c’est la consigne. Bonjour.

Et il éteignit son réverbère.

Puis il s’épongea le front avec un mouchoir à carreaux rouges.

—Je fais là un métier terrible. C’était raisonnable autrefois. J’éteignais le matin et j’allumais le soir. J’avais le reste du jour pour me reposer, et le reste de la nuit pour dormir...

—Et, depuis cette époque, la consigne a changé ?

—La consigne n’a pas changé, dit l’allumeur. C’est bien là le drame ! La planète d’année en année a tourné de plus en plus vite, et la consigne n’a pas changé !

—Alors ? dit le petit prince.

—Alors maintenant qu’elle fait un tour par minute, je n’ai plus une seconde de repos. J’allume et j’éteins une fois par minute !

—Ça c’est drôle ! Les jours chez toi durent une minute !

—Ce n’est pas drôle du tout, dit l’allumeur. Ça fait déjà un mois que nous parlons ensemble.

—Un mois ?

—Oui. Trente minutes. Trente jours ! Bonsoir.

Et il ralluma son réverbère.

Antoine de Saint-Exupéry, *Le petit prince*⁷⁶

Antithèse :

Une seule fois, j’eus le sentiment qu’Il existait. J’avais joué avec des allumettes et brûlé un petit tapis ; j’étais en train de maquiller mon forfait quand soudain Dieu me vit, je sentis Son regard à l’intérieur de ma tête et sur mes mains ; je tournoyai dans la salle de bains, horriblement visible, une cible vivante. L’indignation me sauva : je me mis en fureur contre une indiscretion si grossière, je blasphémai, je murmurai comme mon grand-père : « Sacré nom de Dieu de nom de Dieu de nom de Dieu. » Il ne me regarda plus jamais.

Jean-Paul Sartre, *Les mots*⁷⁷

⁷⁶ Paris, Gallimard, 1946 aux pp. 50-52.

⁷⁷ Paris, Gallimard, 1964 à la p. 83.

Synthèse :

Je ne t'ai donné ni visage, ni place qui te soit propre, ni aucun don qui te soit particulier, ô Adam, afin que ton visage, ta place, et tes dons, tu les veuilles, les conquières et les possèdes par toi-même. Nature enferme d'autres espèces en des lois par moi établies. Mais toi, que ne limite aucune borne, par ton propre arbitre, entre les mains duquel je t'ai placé, tu te définis toi-même. Je t'ai placé au milieu du monde, afin que tu puisses mieux contempler ce que contient le monde. Je ne t'ai fait ni céleste ni terrestre, mortel ou immortel, afin que de toi-même, librement, à la façon d'un bon peintre ou d'un sculpteur habile, tu achèves ta propre forme.

Pic de la Mirandole, *Oratio de hominis dignitate*⁷⁸.

⁷⁸ Cité par M. Yourcenar dans *L'œuvre au noir*, Paris, Gallimard, 1968 à la p. 10.