



Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit

Jean-Guy Belley*

Introduction

L'idée de pluralisme juridique a trouvé sa première terre d'élection dans la sociologie et l'anthropologie du droit¹. Elle prenait le contre-pied de l'étatisme juridique en se réclamant du réalisme sociologique : la régulation sociale échappe dans une large mesure au contrôle du droit de l'État. Elle discréditait les prétentions de l'individualisme juridique : même dans la sphère économique, les acteurs continuent d'appartenir à des collectivités, traditionnelles ou nouvelles, qui confèrent du sens et de la puissance à leur action. Contestataire de l'idéologie juridique de la première modernité, le paradigme pluraliste des sociologues et anthropologues ne pouvait être qu'une hétérodoxie malveillante aux yeux des porteurs spécialisés de la science du droit.

L'expérience du XX^{ème} siècle a radicalement transformé les pratiques et les représentations de la juridicité. Le pluralisme juridique est aujourd'hui le constat descriptif et l'idéologie prescriptive qui s'accordent le mieux avec la dynamique de la régulation juridique et la vision du monde des acteurs qui comptent politiquement, économiquement et socialement. Dans la science du droit, comme dans les autres disciplines de la modernité avancée, l'orthodoxie pluraliste devient le ciment idéologique requis pour constituer en classe sociale consciente d'elle-même une collectivité d'organisations déjà engagées objectivement dans la gestion solidaire d'un ordre technique en mouvement incessant².

Ce texte veut rendre compte de cette accession du pluralisme juridique au statut d'orthodoxie dans la science du droit contemporaine. Je montrerai comment la science du droit et l'agir professionnel des juristes obéissent aujourd'hui à une structuration pluraliste dont la reconnaissance doctrinale progresse rapidement (1). Je proposerai une compréhension historique de

* Version remaniée de Jean-Guy Belley, "Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit" in Jean Kellerhals, Robert Roth et Dominique Mana (dirs.), *Pour un droit pluriel. Tudes offertes au professeur Jean-François Perrin* (Genève / Bâle / Munich : Helbing & Lichtenhahn, 2002) 135.

¹ Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) XVIII *Sociologie et sociétés* 11–32.

² Jean-Guy Belley, « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale », dans Linda Cardinal, Caroline Andrew, *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 153–171.

ce changement paradigmatique en le reliant à l'évolution des représentations de l'État et du marché au cours du XX^{ème} siècle (2). J'établirai les rapports d'affinité élective que la doctrine et l'idéologie du pluralisme juridique entretiennent avec les valeurs dominantes de la modernité avancée (3). Je mettrai finalement en évidence un enjeu sociopolitique crucial du pluralisme juridique promu par les organisations, à savoir la marginalisation juridique des individus ou personnes physiques (4).

1. Une orthodoxie émergente

Au cours de la première modernité, l'État se concevait et voulait qu'on le reconnaisse comme une puissance souveraine. L'esprit juridique s'est fait esprit d'État³ et lui a fourni la théorie des *sources* du droit qui conforterait cette prétention identitaire. Aujourd'hui, au stade de la modernité avancée, l'État se conçoit lui-même et veut être reconnu comme une puissance en interaction utile avec d'autres puissances. L'esprit juridique prend ses distances avec l'ancien esprit d'État pour élaborer la théorie des *relations* de droit qui soutiendra efficacement les stratégies de coopération des puissances étatiques et non étatiques. Je proposerai plus loin une interprétation de ce changement fondamental de l'idéologie juridique dominante. Je veux d'abord souligner l'effet capital de ce changement sur le statut et la portée de l'idée de pluralisme juridique dans la science du droit qui se transforme aujourd'hui à un rythme accéléré.

1.1 Des sources du droit aux relations de droit

Sous l'empire de l'ancienne théorie des sources du droit, une doctrine du pluralisme juridique ne pouvait être qu'une conception antinomique, subalterne ou insatisfaisante de la juridicité. Le droit qu'elle prétendait observer dans les faits sociaux ou dans la nature des choses pouvait être objet de curiosité ou d'inspiration pour les juristes, mais c'était un abus de langage que d'y voir du droit dès lors qu'on prétendait s'intéresser à la réalité juridique des sociétés modernes plutôt qu'à celle des sociétés sans État ou qu'on s'adressait aux juristes ayant assumé la rupture avec le jusnaturalisme⁴. Dans une culture moderne qui conçoit l'État, plutôt que la société, et la volonté humaine, plutôt que la nature des choses, comme sources éminentes de la juridicité, les faits et même les normes invoqués au titre du pluralisme juridique ne sauraient être que de l'infra-droit ou du non-droit. L'esprit juridique pouvait légitimement et devait peut-être professionnellement s'en désintéresser aussi longtemps que les instances de l'État ne leur avaient pas encore conféré le supplément de valeur qui leur manquait pour accéder à la qualité de droit proprement dit. À défaut de cette reconnaissance étatique, les phénomènes de pluralisme juridique et la doctrine qui les disait tels ne pouvaient revendiquer en droit qu'une légitimité

³ Pierre Bourdieu, « Esprit d'État : Genèse et structure du champ bureaucratique », (1993) 96–97 *Actes de la recherche en sciences sociales* 49–69.

⁴ *A contrario*, les juristes restés jusnaturalistes préconisent volontiers une certaine idée du pluralisme juridique. Alain Sériaux, « Pluralisme juridique et droit naturel », (1993) *Revue de la recherche juridique* 585–590.

incertaine et se trouvaient plus souvent qu'autrement confinés au silence. L'État se payait le luxe de n'entendre et de ne reconnaître que la juridicité produite par ses instances.

La théorie des relations juridiques qui s'impose désormais à l'intérieur comme à l'extérieur de l'État change la donne de façon radicale. La juridicité s'accroît en extension et en profondeur pour épouser toutes les formes et toutes les fonctions des relations politiques, économiques ou sociales que l'on veut entretenir parce qu'elles sont indispensables à la réussite des projets d'action concertée. Le nombre des opérateurs juridiques et surtout l'intensité de leur activité normative augmentent. Les niveaux de la régulation juridique se pluralisent et s'affinent au-delà de la juridicité classique (le macrojuridique) et en-deçà (le microjuridique). La juridicité ne se confère plus comme une appellation d'origine contrôlée. Elle fait corps avec un processus relationnel et s'y transmet par osmose, par mimétisme, par reconnaissance mutuelle ou par simple phénomène de reflet. Ce qui n'était pas juridique à l'origine, ce qui ne prétend pas à cette qualité ou qui y résiste, prend néanmoins la couleur du droit dès lors que les acteurs en relation lui reconnaissent une utilité stratégique. Les faits et les normes ne sont pas juridiques parce qu'une instance étatique leur a conféré une nouvelle identité. Ils sont juridiques parce que convoqués pour assurer la durée et l'évolution dynamique des processus de coopération, y compris ceux auxquels l'État ne participe pas. Ils accèdent à la juridicité pour le temps et dans la mesure de leur contribution à cette dynamique processuelle, sans perdre pour autant l'identité particulière au nom de laquelle ils sont convoqués. Le droit proprement dit accepte désormais de se conjuguer avec des normativités différentes de lui qui acquièrent ainsi une sorte de juridicité par alliance.

Dans une science du droit qui concentre son attention sur la mobilisation généralisée et dynamique de la juridicité, l'idée de pluralisme juridique devient la nouvelle orthodoxie, celle qui dit la pluralité des voies et moyens du droit, la diversité de ses champs d'opération, son ouverture à toutes les rationalités et normativités qui sont partie prenante des projets à réaliser.

1.2 Droit extra-étatique, infra-droit et non-droit

La thèse soutenue ici impose de montrer que le pluralisme juridique a gagné en importance dans la sphère du droit et non simplement dans la société. Le meilleur indice de sa reconnaissance nouvelle réside pour cette raison dans l'évolution interne de la communauté juridique, plus particulièrement dans l'intérêt que lui portent désormais les théoriciens qui sont à l'avant-garde du changement de la pensée juridique et, d'autre part, les juristes praticiens dont l'activité professionnelle a le plus d'impact sur la transformation du marché des services juridiques. Si les pratiques de pluralisme juridique gagnent aujourd'hui en légitimité et en visibilité dans la sphère du droit, c'est en d'autres termes parce qu'il s'agit de pratiques significativement théorisées et assumées par les juristes eux-mêmes. Contrairement à l'ancien pluralisme juridique pratiqué silencieusement par les milieux sociaux peu perméables au droit étatique ou revendiqué marginalement par des juristes

réfractaires au positivisme juridique, le nouveau pluralisme juridique trouve des promoteurs et des acteurs privilégiés parmi les notables du droit.

La conversion de la communauté juridique se manifeste dans trois directions majeures : celle du droit indépendant de l'État, celle de l'infra-droit et celle du non-droit. Dans chacune de ces directions, la théorisation et l'activité professionnelle des juristes ne visent plus à établir la différence et la souveraineté du droit étatique, mais à souligner, au contraire, sa connexité et sa complémentarité avec certaines expressions privilégiées de la juridicité et de la normativité non produites par les instances de l'État.

L'intérêt des juristes pour le droit qui s'élabore et se pratique indépendamment de l'État, *volens nolens*, est certainement le plus manifeste. Chaque communauté juridique nationale accrédite les nouveaux corpus de règles identifiés au droit « supra-étatique », « transnational », « global » ou « mondial » : le droit international des droits de l'homme, de l'environnement et de la sécurité transfrontalière, le droit européen, le droit du libre-échange et ses régimes régionaux, le droit des entreprises multinationales et de leurs codes de conduite, le droit des ONG et associations internationales, la *lex mercatoria*, les codifications privées du droit des contrats, les standards techniques normalisés ... L'intégration juridique supra-nationale, l'harmonisation des droits étatiques, la production polycentrique du droit de l'économie mondialisée, le développement de l'arbitrage commercial international et du marché des services de conseil juridique aux opérateurs de la nouvelle économie, sont des processus auxquels les juristes théoriciens⁵ et praticiens⁶ prêtent leur concours sans attendre une reconnaissance étatique officielle, en militant au besoin pour qu'elle advienne. Une communauté juridique transnationale se forme sous nos yeux en se réclamant d'un nouveau sens commun juridique⁷ et d'une pratique professionnelle dont l'État n'est plus le centre de gravité⁸.

L'intérêt des juristes pour l'infra-droit est moins spectaculaire parce que l'effervescence actuelle de la mondialisation lui fait de l'ombre. Les théoriciens et les praticiens qui en sont porteurs n'ont pas la cote des juristes transnationaux, mais ils n'en poursuivent pas moins leurs efforts de connaissance et leurs activités professionnelles. L'infra-droit qui les préoccupe s'identifie aux deux versants de ce qu'on pourrait appeler *le droit de l'autonomie juridique conférée et/ou reconnue par l'État*.

⁵ André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991 ; Mark van Hoecke and François Ost, eds., *The Harmonization of European Private Law*, Oxford, Hart, 2000 ; Gunther Teubner, ed., *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997 ; André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*, Paris, LGDJ, 1998 ; Bruno Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1998 ; Daniel Mockle, dir., *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

⁶ Yves Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992 ; Harry W. Arthurs, « Globalization of the Mind: Canadian Elites and the Restructuring of Legal Fields », (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 219–246.

⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.

⁸ Yves Dezalay, « Multinationales de l'expertise et dépérissement de l'État », (1993) 96–97 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3–20.

Le premier versant regroupe toute la production juridique des instances étatiques ou para-étatiques qui n'a pas le statut de législation, mais dont les publicistes spécialisés ont une connaissance théorique et pratique de plus en plus systématique : les règlements et règles infraréglementaires de l'administration gouvernementale⁹ ; la réglementation produite par les collectivités locales, par les services publics et sociétés d'État, par les ordres professionnels et autres groupements reconnus d'intérêt public . . . La connaissance de plus en plus fine des étagements de la juridicité étatique et de sa production décentralisée révèle aujourd'hui dans toute son ampleur la toile d'araignée juridique tissée par l'État tout au long du vingtième siècle.

Le second versant du droit de l'autonomie juridique n'est pas en reste. Les règles formulées au titre de l'autoréglementation et des pouvoirs de droit privé n'ont pas cessé de s'y accumuler parallèlement au développement de la juridicité étatique et souvent en interaction avec elle. Cette production infra-juridique fait l'objet d'un intérêt plus soutenu depuis que la déréglementation et la privatisation inspirent la transformation de l'ordre juridique étatique : les statuts et règles de fonctionnement interne des organisations et associations privées dotées de la personnalité juridique ; les conventions générales, règlements et formules-standards que les entreprises adoptent pour harmoniser leurs échanges et/ou imposent à leurs clients à travers la pratique des contrats d'adhésion¹⁰ ; les conditions d'accès et règles de conduite édictées par les détenteurs d'un droit de propriété aux usagers de leurs biens ou de leurs services ; les règles de gestion de l'information imposées au nom du droit à la vie privée ; les clauses des contrats et des actes juridiques unilatéraux dont la validité est garantie sous réserve du respect de l'ordre public . . .

L'explosion du phénomène organisationnel au XX^{ème} siècle dans les sphères du droit public et du droit privé tient pour beaucoup dans le développement exponentiel du droit de l'autonomie juridique. Le raffinement et les ramifications des modes d'expression de cette juridicité inspirent désormais des efforts remarquables de renouvellement de la pensée juridique dans le sens d'une meilleure théorisation des pouvoirs normatifs de droit public et de droit privé¹¹. La pluralité des régimes d'autonomie juridique, leur insularité évidente et les liens variables qu'ils entretiennent encore avec le droit commun sont au cœur des tentatives les plus ambitieuses de reconceptualisation générale du droit¹².

⁹ Daniel Mockle, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984.

¹⁰ Jean-François Perrin, *Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit*, Rapport à la société suisse des juristes, Helbing et Lichtenhahn Verlag AG, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1976 ; Louis L. Jaffe, « Law-Making by Private Groups », (1937) 51 *Harvard Law Review* 201-253.

¹¹ Daniel Mockle, « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33 *Les Cahiers de droit* 965-1056 ; Pierre Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1989) 19 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 247-286 ; Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985 ; Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles, *L'autorégulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; Hanne Petersen and Henrik Zahle, *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth, Aldershot, 1995.

¹² Gunther Teubner, « Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law », (2000) 9 *Social and Legal Studies* 399-417 ; Gunther Teubner, « After Privatization? The Many

Du côté de la pratique professionnelle du droit, seule la spécialisation sans cesse plus fine de l'expertise juridique peut éviter aux juristes de succomber au vertige : les conseillers juridiques des ministères, commissions et agences ; les juristes à l'emploi des corporations municipales, scolaires et professionnelles ; les avocats d'entreprises et d'associations privées ; les avocats d'affaires . . . Ces nouveaux praticiens du droit ont en commun une double expertise qui les distingue de leurs prédécesseurs généralistes : une connaissance précise de la juridicité infra-étatique qui a cours dans leur champ d'intervention respectif et une forte sensibilisation à l'importance des normes du milieu qui n'ont pas valeur de droit, mais que les opérateurs et leurs conseillers juridiques n'ont pas le loisir d'ignorer¹³.

L'intérêt des juristes pour le non-droit est probablement le meilleur indice de la transformation contemporaine de l'esprit juridique. Quand Jean Carbonnier s'est fait le promoteur du concept, l'idée avait d'abord une utilité critique. Il fallait rappeler aux juristes que toute la vie sociale n'est pas gouvernée par le droit étatique et qu'une sage politique législative ou réglementaire justifie que l'État s'abstienne de juridiciser tous les lieux, tous les temps et toutes les formes de la sociabilité, à plus forte raison lorsque des normes sociales légitimes et effectives orientent déjà les comportements¹⁴. Carbonnier a lui-même commencé à conférer au non-droit une utilité plus technique que critique lorsqu'il a fait de la connaissance sociologique des pratiques, des normes et des opinions une méthode d'élaboration et d'application de lois jugées indispensables mais voulues aussi respectueuses que possible de la diversité des préférences normatives de leurs destinataires¹⁵.

La sociologie de l'internormativité¹⁶ poursuit aujourd'hui dans cette voie en suggérant que l'existence dynamique du non-droit assure une régulation sociale que l'esprit juridique serait bien avisé de concevoir comme une ressource utile voire indispensable à l'accomplissement des fonctions que l'État assume lui-même ou qu'il souhaite encourager. Deux évolutions de la pensée juridique ont à cet égard contribué à faire du non-droit un objet de

Autonomies of Private Law », (1998) 51 *Current Legal Problems* 393–424 ; Michel Miaille, dir., *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995.

¹³ Jean-Guy Belley, « Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques », (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163–179 ; Richard A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987 », (1987) 100 *Harvard Law Review* 761–780.

¹⁴ Jean Carbonnier, « Droit et non-droit », dans *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2^e édition, 1971, p. 5–58 ; voir aussi du même auteur, « L'État dans une vision civiliste », (1992) 15 *Droits* 33–37 ; pour une critique jusnaturaliste de la théorie promue par Carbonnier, voir Alain Sériaux, « Question controversée : la théorie du non-droit », (1995) *Revue de la recherche juridique* 13–30 ; pour sa mise à profit en droit commercial, voir Commission Droit et vie des affaires, *L'hypothèse du non-droit*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, Liège, 1978.

¹⁵ Jean-François Niort, « Jean Carbonnier : une philosophie juridique de la tolérance », dans Paul Dumouchel et Bjarne Melkevik, dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 191–211.

¹⁶ Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 52–64 ; Jean-Guy Belley, dir., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

connaissance et une référence professionnelle de plus en plus importants : le développement de l'analyse contextuelle des sources du droit et la faveur croissante du concept d'« ordre privé » dans la théorie générale du droit.

Y a-t-il encore des juristes qui croient à la complétude ou à l'absence de lacunes de l'ordre juridique étatique¹⁷? Y a-t-il encore des juges et des fonctionnaires qui pensent pouvoir trouver dans la seule analyse interne des textes de droit positif le contenu entier et le sens complet de la juridicité produite par l'État? S'il en est encore, ils devraient savoir que leur croyance, leur méthodologie et leur pratique professionnelle sont en dissonance avec l'évolution du droit positif. La multiplication des standards juridiques, des règles à contenu ouvert, des dispositions qui confèrent des pouvoirs discrétionnaires, des principes généraux (raisonnabilité, proportionnalité, bonne foi, coopération), des références aux pratiques, aux critères de jugement et aux préoccupations éthiques qui font consensus dans chaque secteur d'activités visé par une réglementation étatique, impose désormais une approche contextuelle du droit. Son ouverture à la prise en compte de la normativité sociale n'a d'égale que la fermeture qu'imposait l'analyse formaliste au temps du fétichisme de la loi ou du précédent judiciaire.

L'évaluation des fautes (contractuelles, extracontractuelles, disciplinaires, déontologiques ou pénales), la détermination des attentes légitimes qui peuvent faire naître des revendications dignes d'une protection juridique même en l'absence d'une volonté expresse, la mesure des pouvoirs que peuvent et doivent exercer les administrateurs du bien d'autrui, les dirigeants d'organisations publiques ou privées, les titulaires de droits de direction conférés par les dispositions d'un contrat relationnel, l'existence et l'étendue d'obligations fiduciaires fondées sur les faits de vulnérabilité et de confiance, et bien d'autres problèmes auxquels se confrontent le droit public et le droit privé, le droit commun et les droits spécialisés, ne peuvent trouver une solution judiciaire ou administrative qu'à travers la prise en compte expresse des normes prouvées, présumées ou réputées être constitutives du contexte social pertinent¹⁸.

Si la prise en compte de la normativité sociale est de plus en plus utile à la production de la juridicité étatique, à plus forte raison s'impose-t-elle au sein des ordres privés¹⁹. Les normes informelles, les règles morales, les croyances

¹⁷ Pour une présentation critique de cette croyance, voir Jean-François Perrin, *Théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, p. 104 s.

¹⁸ Pour des exemples d'analyse contextuelle prenant en compte l'imbrication et l'interaction du droit, de l'infra-droit et du non-droit, voir : Simon Whittaker, « Public and Private Law-Making: Subordinate Legislation, Contracts and the Status of 'Student Rules' », (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 103-128 ; Melvin A. Eisenberg, « Corporate Law and Social Norms », (1999) 99 *Columbia Law Review* 1253-1292 ; Alain Chouraqui, « Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social », dans François Chazel et Jacques Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 285-300 ; Christian Morel, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », dans *Droit social*, juil.-août 1979, p. 279-286.

¹⁹ Sur la notion d'« ordre privé », voir : Marc Galanter, « Justice has many rooms: courts, private ordering and indigenous law », (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1-46 ; Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 1-22 ; sur la notion voisine de « gouvernement privé » voir

partagées qui ont cours au sein d'une organisation, d'un groupe ou d'un réseau d'acteurs y participent à la régulation des attentes et des conduites en interaction avec les règles formelles ou officielles. Les détenteurs de l'autorité au sein des ordres privés, ainsi que les juristes et autres experts qui les conseillent, prennent acte de cette incontournable internormativité plus facilement et plus opportunément que les gestionnaires de l'État. Parce qu'ils n'ont pas à soutenir idéologiquement la souveraineté de la juridicité officielle. Surtout, parce que leur préoccupation première est de mobiliser toutes les ressources, y compris celles de la normativité et de ses différentes espèces, pour l'accroissement optimal du rendement organisationnel ou collectif.

Au cours des dernières décennies, l'analyse économique du droit a beaucoup contribué à propager chez les juristes une approche instrumentale de la juridicité étatique. Cette œuvre pédagogique se poursuit aujourd'hui à l'égard de la juridicité infra-étatique, notamment l'infra-droit organisationnel, et de plus en plus en faveur de la prise en compte des normes sociales, aussi étonnant que cela puisse paraître dans l'optique d'une rationalité économique traditionnellement conçue comme la poursuite de l'intérêt individuel sans égard aux obligations morales. Les juristes sont invités à prendre acte de l'existence des normes sociales²⁰ et même à se faire « entrepreneurs en normes »²¹ pour accroître la valeur ajoutée de leurs services professionnels dans un marché plus lucratif, mais aussi plus concurrentiel, que celui des services juridiques traditionnels²².

C'est, en effet, une caractéristique incontournable du non-droit des ordres privés que d'échapper au pouvoir de monopole des juristes. Pour s'y maintenir et y prospérer, les spécialistes du droit étatique doivent s'adapter à la présence des autres experts de la juridicité et de la normativité d'origine privée. Les comptables, les spécialistes du management et du marketing, les agents de relations publiques, les conseillers en gestion des plaintes et en éthique appliquée, les agents de griefs et autres professionnels de la résolution de conflit se considèrent porteurs d'une expertise mieux accordée que la rationalité juridique à la logique interne de l'ordre privé qu'il s'agit de servir professionnellement. Sur le terrain même de la juridicité, ils peuvent raisonnablement prétendre connaître suffisamment le droit étatique pour gérer correctement les relations externes avec l'État et connaître mieux la

Stewart Macaulay, « Private Government », dans Leon Lipson et Stanton Wheeler, eds., *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1986, p. 445–518.

²⁰ Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 ; Mark C. Suchman, « On Beyond Interest: Rational, Normative and Cognitive Perspectives in the Social Scientific Study of Law », (1997) *Wisconsin Law Review* 475–501 ; Richard H. Adams, « Comment: Accounting for Norms », (1997) *Wisconsin Law Review* 625–637 ; « Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law », (1998) *XXVII The Journal of Legal Studies* 537–823.

²¹ Eric A. Posner, « Symbols, Signals and Social Norms in Politics and the Law », (1998) *XXVII The Journal of Legal Studies* 765–798, p. 772 s.

²² Ronald J. Gilson, « Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing », (1984) *94 Yale Law Journal* 239–328 ; Robert Ashford, « Socio-Economics: What is its Place in Law Practice? », (1997) *Wisconsin Law Review* 611–623.

réglementation interne et les critères de jugement qui confèrent à l'ordre privé sa culture particulière.

Quand elle enregistre l'explosion du droit indépendant de l'État, quand elle emprunte les voies multiples du droit de l'autonomie juridique, quand elle se préoccupe de l'interaction des règles juridiques et des normes sociales au sein des appareils de l'État et dans les ordres privés, la pensée juridique d'aujourd'hui répond, comme elle l'a toujours fait, mais sans se l'avouer et sans le dire, aux besoins de ses porteurs spécialisés, pour conforter leurs positions acquises ou pour soutenir leur quête de nouveaux marchés. Si le pluralisme juridique devient l'orthodoxie de la science du droit, si l'esprit juridique n'affirme plus le monopole de l'État sur la production du droit, c'est en bonne partie parce que l'idéologie juridique de la première modernité ne peut plus assurer l'avenir des professionnels du droit. Mais, il y a plus, car, à la vérité, l'État lui-même n'y croyait plus!

2. Une nouvelle représentation de l'État et du marché

La spécialiste de l'économie urbaine Jane Jacobs prétend que les comportements humains et les principes éthiques qui les sous-tendent sont gouvernés par deux complexes de normes et de valeurs différents : le syndrome gardien ou politique et le syndrome commercial ou économique. La logique fondamentale du premier est de garantir la sécurité d'un territoire par l'imposition d'un ordre hiérarchique qui réclame de ses sujets une action disciplinée, conformiste et loyale. La logique fondamentale du second est de maximiser la production et le mouvement de ressources utiles en encourageant les actions consensuelles, honnêtes et innovatrices²³.

Au cours du XX^{ème} siècle, la représentation générale du droit me paraît avoir changé en se déplaçant d'un syndrome moral à l'autre, mais avec une trajectoire contraire selon qu'on adopte la perspective de l'État ou celle des acteurs de la société civile. Le 19^e siècle avait laissé en héritage culturel deux figures institutionnelles dominantes : celle de l'État comme institution par excellence de la contrainte sociale et celle du Marché comme figure éminente de la coordination économique. La régulation orientée vers la sécurité, sous le mode de l'autorité et sous la forme juridique privilégiée de la loi-instrument de contrainte était consubstantielle à l'idée d'État. Il était le gardien de la Constitution, de l'intégrité territoriale, de la sécurité intérieure, de la paix sociale, de l'ordre public, des contrats et des droits de propriété . . . Dans la sphère économique, la régulation orientée vers l'adaptation à l'action des autres, sous le mode de la coordination et sous la forme juridique privilégiée du contrat-instrument d'échange était constitutive de l'idée de Marché comme lieu fonctionnel de mouvement des ressources physiques et humaines, matérielles et immatérielles, actuelles et potentielles.

En ce début du XXI^{ème} siècle, nous percevons mieux le double héritage du XX^{ème} siècle : une conception générale de l'État et du droit public qui s'est

²³ Jane Jacobs, *Systèmes de survie. Dialogue sur les fondements moraux du commerce et de la politique*, trad. de l'anglais par C. Teasdale, Montréal, Boréal, 1995.

éloignée du syndrome gardien pour se rapprocher du syndrome commercial ; une conception générale du Marché et du droit privé qui s'est éloignée du syndrome commercial pour se rapprocher du syndrome gardien. En d'autres termes, la figure éminente du monde politique et de la loi s'est donnée une imagerie plus économique d'elle-même et de ses rapports à l'environnement. La figure éminente du monde économique et du contrat s'est donnée une imagerie plus politique de ses principes d'ordre et de fonctionnement. Ces deux transformations culturelles ont emprunté le vecteur commun d'une ancienne institution contrôlant métaphysiquement la sphère des normes (souveraineté juridique de l'État et primauté économique de la loi du Marché) qui se pense et que l'on pense désormais comme une organisation engagée pragmatiquement dans différentes sphères d'action.

L'État ne se conçoit plus comme une entité essentiellement juridique (un État de droit) ou comme une puissance sporadiquement militaire (un État en guerre). Il se présente plutôt comme une organisation produisant des biens et des services (publics), quotidiennement occupée à gérer et échanger des ressources à cette fin. Après avoir porté à un niveau inégalé le principe d'organisation sur la base de l'intégration centralisée, l'appareil étatique a privilégié au cours des trois dernières décennies d'autres principes de régulation : l'intégration décentralisée, la quasi-intégration, la coordination marchande et la coopération stratégique avec certains acteurs-clés de l'environnement. Empruntant les modèles de régulation de l'économie industrielle, l'État est devenu pluriel plutôt qu'unitaire²⁴, néocorporatiste davantage que républicain²⁵, partenaire et propulsif plutôt qu'impérial et réactif²⁶. La représentation générale de la loi a suivi : un instrument d'action étatique parmi d'autres instruments disponibles²⁷, des énonciations qui tendent à l'incitation aussi souvent qu'à la coercition²⁸, des règles négociées davantage qu'imposées²⁹, un mécanisme de concertation entre les politiques publiques de l'État et les stratégies des autres acteurs³⁰.

L'idée de Marché s'est elle aussi pluralisée en s'éloignant de la représentation classique de l'économie. Elle n'est plus la figuration exclusive d'un ordre spontané créé inintentionnellement par des acteurs dotés du pouvoir

²⁴ Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État. La question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; Jacques Chevallier, *L'État*, Paris, Dalloz, 1999, p. 114.

²⁵ Bruno Jobert et Pierre Muller, *L'État en action. Politiques publiques et corporatismes*, Paris, PUF, 1987.

²⁶ Charles-Albert Morand, dir., *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991.

²⁷ Terence Daintith, ed., *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988 ; Pierre Issalys, *Répartir les normes : le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, Université Laval, 2000.

²⁸ Paul Amselik, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », dans C.-A. Morand, *op. cit.*, p. 129-154 ; Helmut Willke, « Diriger la société par le droit? », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 182-214.

²⁹ Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

³⁰ Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1998 ; Brian Bercusson, « Economic Policy: State and Private Ordering », in T. Daintith, *op. cit.*, note 27, p. 359-420.

égal de satisfaire leurs besoins individuels par une action égoïste et indépendante. La « découverte » de la firme comme lieu fonctionnel et territorial de production, comme mise à profit du principe d'intégration pour réduire les coûts de la coordination marchande et pour tirer les bénéfices stratégiques de la concentration du pouvoir économique, a permis de concevoir le marché comme un ordre produit par la coexistence de multiples organisations gérant leurs ressources respectives sous l'empire d'une main tout à fait visible³¹. La représentation générale du contrat s'est modifiée de façon concordante : un instrument de contrainte au service des pouvoirs non étatiques³², une technique favorisant la centralisation, la collectivisation et la standardisation des actions individuelles³³, un mécanisme de coordination asymétrique, de coopération contrainte, de gouvernance bilatérale ou multilatérale, soumis à des impératifs de loyauté, de confiance et d'imputabilité³⁴.

L'histoire juridique du XX^{ème} siècle peut, en somme, s'interpréter comme une horizontalisation de la juridicité étatique qui s'arrime à une verticalisation de la juridicité non étatique³⁵. Le gardien devenu commerçant moins soucieux de ses frontières rencontre le commerçant transformé en gardien d'une organisation consciente des bénéfices à tirer d'une gestion efficiente de ses frontières³⁶. La privatisation de l'espace public conçu de façon plus fonctionnelle et la publicisation du marché privé conçu de façon plus territoriale sont les deux vecteurs principaux du nouveau pluralisme juridique. La pluralité et l'interpénétration des modes de régulation (intégration, coordination, coopération) dans la gestion interne de l'État et des autres organisations, comme dans l'ajustement stratégique de leurs interactions, ont rendu obsolète l'idéologie classique d'un droit public forcément autoritaire et d'un droit privé nécessairement libéral.

3. Une affinité élective avec les valeurs de la modernité avancée

Il est difficile de concevoir que le pluralisme juridique soit une idéologie structurante sans que les acteurs qui le soutiennent s'inspirent de valeurs

³¹ Claude Ménard, *L'économie des organisations*, Paris, La Découverte, 1990.

³² Friedrich Kessler et Malcolm P. Sharp, « Contract as a Principle of Order », in Richard D. Schwartz et Jerome H. Skolnick, *Society and the Legal Order. Cases and Materials in the Sociology of Law*, New York, Basic Books, 1970, p. 155-160 ; Robert W. Gordon, « Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », (1985) *Wisconsin Law Review* 565-579 ; Alain Supiot, « La contractualisation de la société », dans Yves Michaud, dir., *Qu'est-ce que l'humain ?*, vol. 2, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, p. 157-167.

³³ Gérard Farjat, *Droit privé de l'économie*, Paris, PUF, 1975, p. 66.

³⁴ Simon Deakin and Jonathan Michie, eds., *Contracts, Co-Operation, and Competition. Studies in Economics, Management, and Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997 ; David Campbell and Peter Vincent-Jones, eds., *Contract and Economic Organization. Socio-Legal Initiatives*, Dartmouth, Aldershot, 1996 ; Eric Brousseau, « Les théories des contrats : une revue », (1993) 103 *Revue d'économie politique* 1-81 ; voir aussi le numéro collectif « Law, Private Governance and Continuing Relationships », (1985) *Wisconsin Law Review* 461-757.

³⁵ Olivier Beaud, « L'honneur perdu de l'État ? », (1992) *Droits* 3-10.

³⁶ Torger Reve, « The Firm as a Nexus of Internal and External Contracts », dans M. Aoki et al., eds, *The Firm as a Nexus of Treaties*, New York, Sage, 1990, p. 133-161.

communes. De même, on s'expliquerait mal qu'il devienne l'orthodoxie de la science du droit sans une affinité élective avec les tendances les plus significatives de la pensée juridique. Le fait est que cette consonance culturelle et épistémologique existe.

Au stade de la modernité avancée, trois jugements de valeur structurent les pratiques et les représentations sociales dominantes. Premièrement, le mouvement importe davantage que l'ordre : la normativité est une contre-factualité incessamment renouvelée³⁷ ; la cinétique ou propension à la mobilisation est l'éthique du sujet³⁸ ; le succès se mesure à la capacité de concilier le mouvement avec l'incertitude³⁹. Deuxièmement, le savoir technique et expérimental a préséance sur toute représentation métaphysique de la réalité : la connaissance est un processus de réflexion sur l'action, de découverte du mécanisme interne de la « boîte noire », de repérage des liaisons entre les composantes, sous-systèmes et niveaux d'opération d'un ensemble complexe, de mobilisation cybernétique de l'information au service d'une action programmée sur la base de modèles prévisionnels, de choix d'options et de résultats imaginés⁴⁰. Troisièmement, le relationnisme ou l'ouverture à la différence est un attribut nécessaire de l'appartenance à toute communauté politique (citoyenneté civique), stratégique (concertation), discursive (dialogisme), savante (interdisciplinarité) ou culturelle (relativisme) ...⁴¹.

Que la philosophie générale du droit soit aujourd'hui gagnée aux valeurs de la modernité avancée tient de l'évidence : public ou privé, gouverné par le souci de la démocratie ou de l'efficacité, le droit est devenu symbole de changement planifié, technique d'ingénierie sociale, incitation ou contrainte à l'accommodement des différences. Les règles juridiques se conçoivent en fonction de la pragmatique de l'action plutôt que de la dogmatique des principes⁴². L'accent se déplace de la validité à l'effectivité⁴³ et de l'analyse formelle des règles à l'évaluation contextuelle des relations⁴⁴. Que le nouveau pluralisme juridique soit en harmonie fondamentale avec cette philosophie

³⁷ Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1990, p. 177.

³⁸ Peter Sloterdijk, *La mobilisation infinie. Vers une critique de la cinétique politique*, trad. de l'all. par H. Hildenbrand, Paris, Christian Bourgois Éditeur, 2000, p. 31 s.

³⁹ Georges Balandier, *Le désordre. Éloge du mouvement*, Paris, Fayard, 1988, p. 161.

⁴⁰ Abraham A. Moles, « La pensée technique » dans André Noiray, *La philosophie*, Paris, CEPL, 1969, p. 496–525.

⁴¹ Gidon Gottlieb, « Relationism: Legal Theory for a Relational Society », (1983) 50 *University of Chicago Law Review* 567–612.

⁴² Jacques Commaille, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994 ; Robert S. Summers, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 13–92 ; Patrick S. Atiyah, « From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law », (1980) 65 *Iowa Law Review* 1249–1272.

⁴³ Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, op. cit., note 16, p. 65 s. ; Antoine Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », (1993) *Recueil Dalloz-Sirey*, Chronique LV, p. 207–212 ; Pierre Lascombes et Evelyne Serverin, « Le droit comme activité sociale. Pour une approche wébérienne des activités juridiques », (1988) 9 *Droit et Société* 165–187.

⁴⁴ John M. Conley and William M. O'barr, *Rules versus Relationships. The Ethnography of Legal Discourse*, Chicago, University of Chicago Press, 1984 ; Jennifer Nedelsky, « Reconceiving Rights as Relationships », (1993) 1 *Review of Constitutional Studies* 1–26.

contemporaine du droit me semble attesté on ne peut plus clairement par son association étroite avec deux évolutions majeures de la pensée juridique : celle de la théorie du droit comme système complexe et celle de la théorie générale du contrat comme institution privilégiée de la juridicité en mouvement.

Au cours des quatre dernières décennies, la théorie autopoïétique du droit promue par les juristes-sociologues allemands s'est placée à l'avant-garde de la reconceptualisation du droit comme système. Empruntant résolument le paradigme du traitement informatique de l'information, la théorie a d'abord conforté la thèse de l'autonomie du droit au point qu'on a cru y déceler une rupture avec le courant « droit et société » et son insistance sur les rapports du système juridique avec l'environnement social. L'évolution récente de la théorie dissipe indiscutablement cette crainte en concentrant l'attention sur les relations intersystémiques du droit avec les autres sphères d'action⁴⁵ et plus encore en adoptant explicitement la perspective du pluralisme juridique. Dans la société fragmentée ou fortement différenciée de la modernité avancée, la réalité sociale du droit est celle d'une communication juridique plurielle dont l'État n'a pas le monopole⁴⁶ ; la configuration du système juridique est celle d'un ensemble complexe de programmes régulatoires distincts pris en charge par des juristes enfermés dans leurs spécialités respectives mais assurant une liaison fonctionnelle avec le langage et la production normative des sous-systèmes sociaux externes⁴⁷. Dans une société expérimentale, en mouvement ininterrompu, qui cherche ses équilibres instables dans une rationalité relationnelle ajustant aussi finement que possible les procédés de coopération et d'autorégulation, le pluralisme juridique devient la méta-doctrine d'un droit produit et géré de façon hétérarchique par des opérateurs officiels et non officiels en relations interorganisationnelles⁴⁸.

Plutôt qu'une pyramide de normes au milieu d'un désert de sable, le système de droit correspondant à la modernité avancée est un faisceau de communications juridiques circulant dans tous les sens sur un réseau complexe de voies d'entrée et de sortie. Parce que l'interconnexion ajustée aux

⁴⁵ Dans son texte de présentation du dossier spécial consacré à l'œuvre de Niklas Luhmann, André-Jean Arnaud ramène ainsi la théorie autopoïétique à « l'étude du système en relation avec son environnement, l'adéquation du droit à la société » (p. 12). Voir « Aux racines sociales du droit : variations autour de quelques thèmes luhmanniens », (2001) 47 *Droit et Société* 9–182.

⁴⁶ Gunther Teubner, « The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism », (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1443–1462. Pour une étude critique, voir Michel Coutu, « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : la nouvelle guerre des dieux ? », (1997) 12 *Revue canadienne Droit et Société* 93–113.

⁴⁷ Gunther Teubner, « After Privatization ? The Many Autonomies of Private Law », *op. cit.*, note 12.

⁴⁸ Karl-Heinz Ladeur, *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-Relationships*, Florence, European University Institute Working Paper, 1999. Voir aussi du même auteur « From Universalistic Law to the Law of Uncertainty: On the Decay of the Legal Order's "Totalizing Teleology" as Treated in the Methodological Discussion and Its Critique from the Left », in Christian Joerges and David H. Trubek, eds., *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, p. 567–590.

besoins de l'action autonome des premiers intéressés est le principe opératoire incontournable de ce régime pluraliste et dynamique, le système juridique survalorise le contrat comme instrument de production et de mobilisation du droit. L'effervescence actuelle de la théorie générale du contrat à l'intérieur comme à l'extérieur de la communauté juridique est l'illustration la plus convaincante de cette survalorisation. La contractualisation, mieux que tout autre processus de régulation, et le contrat, plus intensément que toute autre source de droit, apparaissent comme les techniques privilégiées de production de la juridicité dynamique⁴⁹, révisable⁵⁰ et relationnelle⁵¹ dont les opérateurs politiques, économiques et sociaux ont besoin. Le contrat est, par excellence, le vecteur automobile du nouveau pluralisme juridique⁵².

Au stade de la production pluraliste et de la mobilisation incessante du droit, la juridicité ne se revendique plus comme un pedigree aristocratique. Elle s'acquiert plutôt de façon bourgeoise par le cumul des associations avec les acteurs qui comptent dans chaque sphère d'action. Une norme, un modèle d'analyse, une pratique ne naît pas juridique, mais le devient... et cesse de l'être quand son réseau de relations s'étiole.

Pour refléter adéquatement les valeurs structurantes du nouveau pluralisme juridique, la science du droit aura besoin d'une théorie qui conçoive la juridicité sous l'angle d'une relevance cinétique qui change avec les circonstances et les contextes d'action, d'une relevance technique où la norme du jour est celle qui fonctionne de façon satisfaisante et préférablement optimale, d'une relevance relationnelle qui attribue la juridicité aux règles, aux pouvoirs

⁴⁹ Melvin A. Eisenberg, « The Emergence of Dynamic Contract Law », (2001) 2 *Theoretical Inquiries in Law* 1-77 ; Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin, 357-385.

⁵⁰ Benoît Frydman, « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action. Indécidabilité, coopération et révision », dans Pierre Livet, dir., *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, Québec, L'Harmattan / Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 145-178 ; Jean-Guy Belley, « Les incertitudes du contrat », dans Ejan Mackaay, dir., *Les incertitudes du droit. Uncertainty and the Law*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, p. 1-23.

⁵¹ Voir à ce sujet le numéro collectif suivant : « Relational Contract Theory: Unanswered Questions. A Symposium in Honor of Ian R. Macneil », (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 737-935.

⁵² Le contrat n'a pu acquérir ce statut qu'en prenant ses distances avec la vision classique qui le rattachait exclusivement à la sphère économique et ne lui faisait servir qu'une fonction de coordination marchande. La théorie et la pratique du contrat relationnel réalisent cette émancipation en montrant que son instrumentalisation se constate dans une grande variété de contextes d'action extérieurs à la sphère économique et que le contrat y réalise des fonctions matérielles et symboliques qui remettent à l'honneur des formes contractuelles oubliées (traité, concordat, pacte d'alliance, contrat-statut, contrat social, contrat moral...). Sur la pluralisation contemporaine des fonctions du contrat, voir : Jean-Guy Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1998, p. 197-287 ; du même auteur, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans Conférence Meredith Lectures 1998-1999, *La pertinence renouvelée du droit des obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000, p. 137-157 ; voir aussi Gunther Teubner, « Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law », *op. cit.*, note 12 ; pour une étude critique, voir Michel Coutu, « Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner : une « méprise constructive »? », (1998) 40 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1-46.

et aux liens utiles à l'action⁵³. S'il faut nommer l'idéologie immanente qui donne une cohérence approximative au fonctionnement de ce régime de pluralisme juridique, on pourrait penser à quelque chose comme l'*idéologie de la participation autonome à la cybernétique de la mobilisation infinie!* Le droit au mouvement, mieux que le droit à l'ordre, à la justice, à l'efficacité, à la démocratie ou à la différence est le seul liant (instable et incertain) qui puisse réconcilier des acteurs et des sphères d'action engagés à fond dans la poursuite de projets et dans l'affirmation de valeurs irréductibles.

La nouvelle idéologie et la conception de la relevance juridique qui va de pair avec elle peuvent difficilement s'exprimer à travers les modes formels du droit de la première modernité. La législation, la réglementation, la jurisprudence et même le contrat ou l'acte juridique unilatéral n'ont pas la souplesse, la mobilité et l'ubiquité requises. La relevance juridique nouvelle doit pouvoir se constater plus près de l'action que de l'énoncé formel, dans des processus en cours plutôt que dans des produits normatifs arrêtés, en référence à des principes généraux davantage qu'à des règles précises. Deux modes d'expression de la juridicité sont promis à un bel avenir : 1) les pratiques des acteurs, puisque, dans un monde technique en mouvement, le faire est le meilleur moyen d'avancer, d'apprendre, d'inciter et de manifester son adhésion⁵⁴ ; 2) les discours narratifs plutôt que performatifs, puisque la sociabilité s'exprime désormais dans le monde vécu des acteurs davantage que dans les énoncés formels des institutions⁵⁵.

4. La marginalisation juridique des individus

Les développements qui précèdent ont effectué un gros plan sur la dynamique actuelle du droit et de la pensée juridique. La mise en évidence de la production pluraliste et de la mobilisation incessante de la juridicité donne l'impression que rien désormais n'échappe à l'empire du droit et que tout le social peut se réclamer d'une qualité juridique. À défaut d'institutions centrales contrôlant la justiciabilité des normes et des pratiques, le nouveau pluralisme juridique ne pourrait être qu'un régime de panjurisme défiant tout effort de quantification et de repérage.

On pourrait sans doute s'esquinter intellectuellement à se demander si l'admission du polycentrisme juridique et de la pluralité des degrés de la

⁵³ Par exemple, les codifications transnationales du droit des contrats qui ont cours aujourd'hui tirent leur autorité, sinon leur juridicité, non pas de leur origine institutionnelle, mais du jugement que les opérateurs du commerce international portent sur leur pertinence et leur utilité. Voir en ce sens Georges Rouhette, « Les codifications du droit des contrats », (1996) 24 *Droits* 113–124.

⁵⁴ « Dans le phénomène du praticisme se réunissent toutes les mobilisations qui marquent la physionomie de la modernité dans les domaines économique, technologique, scientifique, militaire, juridique, informatif » : Peter Sloterdijk, *op. cit.*, note 38, p. 206. Sur la fonction normative des « pratiques sociales », voir Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, *op. cit.*, note 17, p. 133–138 et *Sociologie empirique du droit*, *op. cit.*, note 16, p. 116–127.

⁵⁵ Sur le narrativisme dans certains courants récents de la doctrine juridique américaine, voir Jean-François Gaudreault-Desbiens, « La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », (2001) 48 *Droit et Société* 581–612.

juridicité crée un défi insurmontable à la science du droit. Le cas échéant, il faudrait toutefois s'aviser que la dynamique du nouveau pluralisme juridique ne va pas unilatéralement dans le sens de l'expansion du droit, puisqu'elle condamne aussi les manifestations de la juridicité à une durée de vie utile considérablement réduite. L'éphémère sévit aujourd'hui dans la sphère du droit au même titre que le multiple. Au demeurant, l'effacement devant la possibilité du panjurisme est le réflexe d'un esprit juridique encore attaché à l'ancienne vision unitaire et centraliste du droit. Puisqu'ils n'aspirent plus à cette appréhension intégrée de la juridicité, les juristes spécialisés sont probablement immunisés contre le vertige qu'éprouvent les généralistes face à l'idée d'un univers juridique en expansion infinie.

Mais, la vraie question posée par l'évolution contemporaine de la juridicité ne réside pas dans ce défi de quantification et de repérage. L'enjeu scientifique principal réside plutôt dans la mise en évidence du social négligé ou exclu par le nouveau pluralisme juridique malgré sa convivialité de principe. Pour appréhender le social non-juridique, il faut faire appel à ce regard de la sociologie du droit qui privilégie le grand angle sur la société au sein de laquelle prend place le droit pluraliste sans jamais contenir en son sein toutes les manifestations de la sociabilité⁵⁶. Cette approche permettra de constater les limites fonctionnelles et épistémologiques de la nouvelle idéologie juridique et de la théorie de la relevance qui prend appui sur elle. Elle révélera, d'une part, des faits d'irrelevance juridique ou du social antidroit, d'autre part, des faits de non-droit radical ou du social juridiquement indifférent⁵⁷.

L'irrelevance juridique est le lot des actions et des représentations sociales qui entretiennent une relation dialectique d'antinomie avec le régime de droit dominant. Sa manifestation la plus intense est celle de l'illégalisme, par exemple, le « droit » d'une bande criminelle. Sa manifestation la plus fréquente est celle d'un esprit d'indépendance qui exploite jusqu'à la déviance la tolérance du régime de droit dominant, par exemple, le « droit » identitaire d'une communauté culturelle⁵⁸ ou le *gentlemen's agreement* d'individus désireux d'échapper aux conditions de validité du contrat ayant force

⁵⁶ Sur les approches « gros plan » et « grand angle » en sociologie du droit, voir Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, op. cit., note 16, p. 77–81. Sur le regard sociologique tourné vers le droit ou vers la société, voir Jacques Commaille et Jean-François Perrin, « Le modèle de Janus de la sociologie du droit », (1985) 1 *Droit et Société* 95–110.

⁵⁷ Sur les concepts de relevance, irrelevance et indifférentisme juridiques, voir Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. de l'ital. par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, p. 106–163 ; Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, op. cit., note 16, p. 52–53 ; Jacques Chevalier, « L'ordre juridique », dans Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), Paris, PUF, 1984, p. 7–49 ; Jacques Lenoble, *Introduction aux sources et aux notions générales du droit. La relativité des ordres juridiques*, Louvain-la-Neuve, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, 1983–1984, p. 51–72.

⁵⁸ Walter O. Weyrauch et Maureen A. Bell, « Autonomous Lawmaking: The Case of the "Gypsies" », (1993) 103 *Yale Law Journal* 323–399 ; au niveau des pratiques individuelles et quotidiennes des membres des communautés, les contacts avec la juridicité dominante peuvent toutefois réaliser une certaine relevance juridique qui transgresse les frontières de l'ordre communautaire. Voir Susan G. Drummond, *Legal Itineraries through Spanish Gitano Family Law: A Comparative Law Ethnography*, Doctoral Dissertation, Faculty of Graduate Studies and Research, McGill University, 2001 ; voir

obligatoire en droit⁵⁹. À ces formes bien connues d'irrelevance juridique, il faut ajouter celle de la révolte sociale qui s'exprimera à l'encontre du nouveau pluralisme juridique, en opposition à ses valeurs structurantes : révolte contre la mobilisation incessante au nom de l'attachement à ce qui était acquis (refus de l'efficacité accrue dont on fera les frais) ; révolte contre le primat de la technique au nom de préférences métaphysiques, esthétiques ou psychologiques⁶⁰ ; révolte contre la contrainte du relationnisme au nom du « droit » à la solitude⁶¹. Le pluralisme juridique contemporain sera en somme la source dialectique de mouvements plus ou moins organisés et durables de luddisme antidroit.

L'indifférentisme juridique est le statut des pratiques et représentations sociales tellement éloignées des valeurs et des normes promues dans la sphère du droit qu'elles n'y pénètrent aucunement, pas même sous le mode négatif de l'irrelevance. Cette insignifiance juridique radicale est le résultat d'une marginalité choisie ou imposée.

Certaines manifestations de la sociabilité réalisent d'elles-mêmes une fuite en dehors du droit qui est la contrepartie d'une expérience intense et plus ou moins consciente de retrait du monde social ordinaire. L'expérience mystique partagée au sein d'une secte ou l'extase psychédélique d'une nuit *rave* sont de bons exemples d'une marginalité sociale dont la connexion avec le régime actuel de pluralisme juridique paraît impossible. La sociabilité de communion dans le premier cas et la sociabilité de masse dans le second atteint, en effet, une intensité qui annihile l'esprit de communauté sans lequel la rationalité juridique et le sentiment du droit ne surgissent pas ou n'acquièrent aucune consistance récupérable⁶².

Ces phénomènes de stérilité juridique sont d'autant plus fréquents aujourd'hui qu'ils résultent aussi bien d'une exclusion imposée par le régime de droit dominant que d'une marginalité choisie par les acteurs qui y participent. Aussi étendu et polyvalent soit-il, le nouveau pluralisme juridique contraint à l'exclusion toute manifestation de sociabilité qui n'a pas la capacité de s'y connecter utilement. L'attribut le plus discriminant de cette capacité de connexion me semble être la qualité ou le statut d'organisation. Quel que soit son objet propre, une pratique ou une représentation sociale peut acquérir et acquerra normalement une signification juridique si elle est une pratique organisée ou une représentation systématisée. *A contrario*, toute

aussi Shauna Van Praagh, « The Chutzpah of Chasidism », (1996) 11 *Canadian Journal of Law and Society* 193-215.

⁵⁹ La déviance des individus s'exerce aussi, parfois ouvertement, dans les interstices de la juridicité organisationnelle ou interorganisationnelle. Voir à ce sujet l'exemple analysé par Robert C. Ellickson, *Order without Law. How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 258-264 (« the lawlessness of academic photocopying »).

⁶⁰ Sur les alternatives critiques à la civilisation de la mobilisation technique infinie, voir Peter Sloterdijk, *op. cit.*, note 38, pp. 81-144.

⁶¹ Nicholas Kasirer, ed., *La solitude en droit privé*, Montréal, Les Éditions Thémis/Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 2002.

⁶² Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, p. 158-162.

forme de sociabilité qui reste enfermée dans la spontanéité n'a pas ce qu'il faut pour participer aux relations qui produisent et mobilisent le droit.

La dynamique dominante du nouveau pluralisme juridique est celle du droit organisé plutôt que du droit spontané. Cette dichotomie n'a pas ici le sens que lui conférait Georges Gurvitch⁶³. L'opposition que j'ai à l'esprit n'est pas celle du droit écrit, fixé d'avance, correspondant à une sociabilité réfléchie ou organisée qui se distinguerait, mais pourrait aussi se nourrir, du droit vivant, trouvé de façon *ad hoc* dans les pratiques effectives et correspondant à une sociabilité directe ou spontanée. Si le pluralisme juridique relève aujourd'hui du droit organisé, c'est plutôt, à mon avis, parce qu'il est un régime de droit réservé aux organisations et aux formes de sociabilité formelles (v.g. la réglementation) ou informelles (v.g. la normativité sociale) qu'elles ont appris à mobiliser au sein d'elles-mêmes et entre elles. La sociabilité spontanée laissée à la marge de ce pluralisme juridique, sans véritable possibilité d'accéder à la juridicité, est, en contrepartie, celle des personnes physiques dès lors qu'elles agissent et éprouvent pour elles-mêmes ou par elles-mêmes i.e. autrement qu'à titre d'agentes au service d'une organisation⁶⁴.

Que les actions et les représentations authentiquement personnelles des individus soient fondamentalement « hors droit » dans la société contemporaine ne saurait étonner outre mesure si l'on prend acte de l'évolution profonde de la culture au stade de la modernité avancée, comme l'a magistralement analysée le sociologue québécois Fernand Dumont⁶⁵. L'« âge cybernétique »⁶⁶ est celui de l'opposition radicale entre la technique et la subjectivité, entre la culture seconde de la connaissance fonctionnelle ou réfléchie et la culture première de la connaissance familière ou intuitive, entre la conscience d'une totalité sociale éclatée en multiples domaines de rationalité et le sentiment confus de participer à une totalité organique, entre le monde de l'action et le monde de la signification. Ce clivage culturel s'est opéré au vingtième siècle par la montée en puissance des organisations dans la sphère publique, au premier chef dans celle du travail, et par le confinement concomitant des individus dans la sphère de la vie privée, du loisir et de la recherche du sens de l'existence humaine. Dans la société technique où elles ont substitué aux traditions leurs paris sur l'avenir, les organisations ont accaparé la sphère de la normativité et du droit en laissant aux personnes physiques la part de l'angoisse :

⁶³ *Ibid.*, p. 167–178.

⁶⁴ Sur l'inaptitude des personnes physiques à participer à titre personnel au nouveau pluralisme juridique, voir Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 136 s. (la communication juridique ne circule vraiment qu'entre des sous-systèmes sociaux) ; du même auteur, « Contracting Worlds . . . », *op. cit.*, note 12, p. 407 s. (le pluralisme juridique opère à travers des contrats entre langages ou discours plutôt qu'entre individus) ; Karl-Heinz Ladeur, *The Theory of Autopoiesis . . .*, *op. cit.*, note 48, p. 24: « In post-modern societies this search process is no longer linked to individuals but has shifted to organizations whose strategic power does not allow for spontaneous self-coordination which is characteristic for experience ».

⁶⁵ Fernand Dumont, *Le lieu de l'homme. La culture comme distance et mémoire*, Montréal, Bibliothèque québécoise, 1994 (1^{ère} éd., 1968).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 122.

La relative distance des rôles, par rapport à la personne et par rapport à une place dans la société dont la totalité significative n'est plus reconnaissable pour les agents, laisse la voie libre pour l'*Organisation* : c'est-à-dire pour la cohésion des rôles et des conduites en des ensembles de plus en plus vastes dont l'arrangement ne relève pas de schémas fournis par un héritage culturel communément accepté, mais de stratégies, de calculs et de plans ...

... À mesure que l'organisation confère cohésion à une partie de la vie sociale, la personne doit tâcher de trouver, dans le cercle de la vie privée, le sentiment de l'unité de ses intentions ... Un certain culte de la famille et des enfants témoigne de ce recroquevillement du moi sur ses propres valeurs ... La liberté est négative. C'est sur l'individu—et sur un individu trop autonome, trop à distance d'autrui, trop conscient de sa vague profondeur et de sa vague irréductibilité aux autres—que porte la tâche immense et impossible de se donner à la fois une culture et une société. Au moment même où le moi aperçoit quelque peu la culture et la société à distance de lui-même, il éprouve l'angoissant sentiment de leur fragilité⁶⁷.

Un pluralisme juridique spontané, animé par les personnes physiques, est-il encore concevable, à l'ombre du nouveau pluralisme juridique? La sociabilité interpersonnelle est-elle condamnée à s'aliéner au service des organisations, dans l'insignifiance juridique, comme cette normativité éphémère de la file d'attente devant le guichet automatique d'une banque⁶⁸?

S'il reste un espoir ou une utopie de droit spontané, ils pourraient bien résider dans le projet d'un pluralisme juridique critique⁶⁹ adapté à notre temps, celui que des individus lucides et déterminés chercheront à constituer en eux-mêmes pour réconcilier leurs multiples appartenances, pour recomposer une unité psychique fragmentée par le pluralisme juridique dominant. Il ne s'agit peut-être pas de la tâche impossible évoquée par Dumont, mais reconnaissons que la société actuelle et la juridicité qui l'exprime le mieux reposent sur une formidable rupture entre le psychisme collectif et le psychisme individuel⁷⁰.

Résumé

Jean-Guy Belley se centre ici sur l'opposition individus/organisations, en la rattachant aux transformations de l'idée de pluralisme juridique. L'idée—mais non le concept,

⁶⁷ *Ibid.*, p. 191–192, 199, 207–208.

⁶⁸ Daniel Jutras, « The Legal Dimensions of Everyday Life », (2001) 16 *Canadian Journal of Law and Society* 45–65.

⁶⁹ Martha-Marie Kleinhans and Roderick A. Macdonald, « What is a Critical Legal Pluralism? », (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 25–46 ; voir aussi Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) *Revue de la recherche juridique* 573–583.

⁷⁰ Voir à ce sujet, Georges Gurvitch, *Dialectique et sociologie*, Paris, Flammarion, 1962, p. 258 et s. S'il est vrai que les rapports actuels entre les psychismes obéissent à une dialectique d'antinomie plutôt que d'implication mutuelle, on pourrait y voir une manifestation du nouveau genre d'aliénation que Gurvitch appréhendait dans des sociétés où les œuvres de civilisation (notamment le droit) ne dominent plus les techniques mais sont au contraire dominées par elles (p. 271–272).

plus tardif—apparaît au début du XX^{ème} siècle, forgée par des juristes contestataires opposés au positivisme formaliste alors dominant, et attirés par la sociologie et l'anthropologie du droit. Cette démarche s'inscrit dans la mouvance du réalisme juridique, mais avec la particularité de remettre en question la centralité de l'État dans la production des règles de droit. Ce premier pluralisme juridique va contribuer au renouveau de la doctrine et favoriser le développement de la sociologie du droit, sans toutefois parvenir à ébranler durablement la position dominante du positivisme chez les juristes. Par contraste, le « nouveau pluralisme juridique » a vocation à s'ériger en nouvelle orthodoxie du droit: paradoxalement, l'idée de pluralisme juridique, née d'une recherche d'émancipation intellectuelle par rapport au carcan du formalisme (et parfois d'émancipation de la vie sociale elle-même par rapport à l'État), s'est transformée dans le cadre de la seconde modernité en nouvelle orthodoxie, celle d'une doctrine du droit en phase avec la domination impersonnelle qu'exercent sur la société contemporaine les ordres juridiques pluriels, lesquels émanent des grandes organisations, économiques en particulier.

Mots clés : pluralisme juridique, décentrage de l'État, orthodoxie du droit, grandes organisations, ordres juridiques pluriels

Abstract

In this article Jean-Guy Belley examines the dichotomy between individuals and organizations, considered explicitly in connection with the development of the idea of legal pluralism. This idea—not the concept, which came later—had appeared in the early twentieth century, thanks to militant jurists who challenged the dominance of formal positivism and had an interest in legal sociology and anthropology. Their approach fitted in with legal realism (broadly understood), but specifically questioned the central role of the state in the production of law. That initial form of legal pluralism fuelled the renewal of legal thinking and fostered the development of the sociology of law, but it did not lastingly challenge the dominant status of positivism among jurists. In contrast, the “new legal pluralism” that has been rapidly growing in the last decades presents itself as new legal orthodoxy: paradoxically, the idea of legal pluralism, which originally illustrated the quest for intellectual emancipation from the formalist straitjacket (perhaps even emancipation of social life *vis-à-vis* the state), has turned into a new orthodoxy in the second era of modernity. That legal doctrine is clearly in harmony with the impersonal domination of private legal orders (especially of large economic organizations) over contemporary society.

Keywords: legal pluralism, decentring of the state, legal orthodoxy, business organizations, plurality of legal orders

Jean-Guy Belley*
 Professeur titulaire de la chaire Sir William C. Macdonald
 Faculté de droit
 Université McGill
 Montréal (QC)
 jean.belley@mcgill.ca