

Michel van de KERCHOVE et François OST : Le système juridique entre ordre et désordre, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, 254 p.

Jean-Guy Belley

Ordres juridiques et cultures
Volume 13, Number 1, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/015066ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/015066ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Département d'anthropologie de l'Université Laval

ISSN

0702-8997 (print)
1703-7921 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Belley, J.-G. (1989). Review of [Michel van de KERCHOVE et François OST : Le système juridique entre ordre et désordre, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, 254 p.] *Anthropologie et Sociétés*, 13(1), 181–185.
<https://doi.org/10.7202/015066ar>

Michel van de KERCHOVE et François OST : *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, 254 p.

L'ouvrage de Michel van de Kerchove et François Ost repose sur le constat qu'un nouveau paradigme élaboré en dehors de la science du droit. « à l'intersection de la biologie, de la cybernétique et de la théorie mathématique », a commencé à pénétrer dans l'univers de la pensée juridique. Il s'agit de la théorie générale des systèmes dont l'ouvrage se propose d'évaluer le potentiel heuristique et les chances qu'elle s'impose à la pensée juridique.

Les deux exigences posées par les auteurs, avant même d'établir la problématique générale du nouveau paradigme appliqué à l'étude du droit (chapitre I), s'expliquent peut-être par leur volonté de maximiser ses chances d'acceptation chez les juristes. L'intérêt du nouveau paradigme se mesurera d'abord à sa capacité de générer une compréhension plus satisfaisante des problèmes classiques de la théorie du droit, notamment ceux de la définition du droit, de la validité et de l'interprétation en droit. Sa pertinence sera d'autant plus grande, d'autre part, si l'on parvient à tirer profit de la fécondité de cet instrument d'analyse produit par un effort interdisciplinaire pour rendre compte sans l'adopter du point de vue interne où se placent les juristes en se définissant comme acteurs du système juridique.

L'enjeu serait donc d'appuyer la connaissance du droit sur les avancées théoriques et méthodologiques du champ scientifique dans son ensemble, sans perdre de vue l'objet, les problèmes et le mode de connaissance qui feraient la spécificité du champ juridique. En adoptant ce « point de vue externe modéré », les auteurs espèrent contribuer à « désenclaver l'étude des systèmes juridiques par rapport à la perspective purement interne et dogmatique dans laquelle elle se trouve abordée » (p. 30). Ils invitent donc les juristes à ouvrir leur pensée sur des apports extérieurs à la science du droit, mais ils se font rassurants. En contrepartie de l'effort de compréhension d'un paradigme étranger, le lecteur juriste reçoit l'assurance que les problèmes abordés resteront ceux-là mêmes avec lesquels la science du droit dominante les a rendus familiers. Le prix de cette ouverture sur l'interdisciplinarité devrait être compensé par une meilleure compréhension du système juridique qui évolue paradoxalement entre l'ordre et le désordre, entre le déterminisme et l'indétermination. Il y a là une réalité contradictoire qui ne peut être conceptualisée adéquatement dans l'état actuel de la science du droit.

Sans préjuger de la pertinence et de la portée de leur orientation épistémologique — une sorte d'équilibre instable sur la clôture du champ juridique — on ne peut s'empêcher de constater que les auteurs définissent leur problématique en consacrant beaucoup plus de pages à la synthèse de la conception systémique de deux « précurseurs » juristes, Kelsen et Hart (p. 32-52), qu'à l'exposé de la théorie générale des systèmes, de son évolution, de ses variantes, de ses débats actuels chez les non-juristes.

Le passage étonnamment court qu'ils consacrent à l'identification des caractères généraux du concept de système (p. 22-25) s'appuie lui-même sur les travaux de juristes autant sinon davantage que sur des références extérieures à la pensée juridique. On se prend ici à soupçonner que l'impératif d'une « scrupuleuse prise en compte du point de vue interne des juristes » peut entraîner un glissement insensible vers un point de vue interne modéré plutôt qu'externe modéré. Les juristes qui ne sont pas familiers avec la théorie générale des systèmes termineront en tout cas la lecture du premier chapitre sans connaître beaucoup plus que le nom de von Bertalanffy.

L'ambiguïté de la position épistémologique des auteurs se ressent encore lorsqu'il s'agit d'identifier les éléments du système juridique (chapitre II). La conception normativiste qui envisage le droit comme un ensemble strictement composé de règles ou de normes est jugée réductrice. Ils s'en distancient donc en ajoutant les « concepts, institutions, branches du droit, principes généraux ou valeurs » comme éléments du système juridique. Ils s'avancent même au-delà en acceptant de « retenir toute activité ayant un point visible de rattachement avec le monde des normes ainsi que les auteurs de telles activités », quitte à mettre l'accent sur les normes ou sur les activités « en fonction de la nature des problèmes qui seront abordés » (p. 52). On sent bien ici encore la volonté d'élargir le point de vue interne des juristes, mais la position demeure celle d'un normativisme modéré, dans la mesure où les comportements des acteurs du système juridique n'apparaissent comme des éléments du système juridique qu'en vertu de leur rattachement logique avec les normes qui constitueraient le noyau dur ou la composante spécifique du champ juridique.

Van de Kerchove et Ost admettent, en principe, le « caractère hétérogène des éléments du système juridique », sans en tirer toutes les conséquences. Considéré de l'extérieur, dans la perspective des citoyens par exemple, le système juridique se manifeste à travers des appareils organisés (législatif, judiciaire, répressif, administratif), des modèles institutionnels (la « loi », le « procès »), des services juridiques (ceux des avocats en particulier), des collectivités (la Magistrature, le Barreau, les officiers de justice), des institutions de socialisation (les facultés de droit, les procédés d'information juridique...), des comportements de mobilisation du droit et de ses instances par les individus et les groupes... Il y a là, à mon avis, autant d'éléments hétérogènes du système juridique. Les auteurs ne semblent pourtant disposés à les considérer tels que dans la mesure où leur manifestation se révèle centrée sur la production, l'interprétation, l'application de normes juridiques. On sait bien cependant que le fonctionnement quotidien des instances judiciaires, par exemple, ne se limite pas à produire de la jurisprudence, pas plus que les services spécialisés des juristes ne se limitent à la rédaction de documents en fonction du droit positif en vigueur. En ramenant la prise en compte des comportements et des instances du droit aux seuls rapports qu'ils entretiennent avec le monde des normes, les auteurs nous suggèrent en définitive de ramener tout le système juridique à l'existence de la pensée juridique, comme si le droit se réduisait aux seules activités de production et de reproduction des normes, concepts, représentations auxquelles veut s'identifier la « science du droit ». Leur problématique me semble dès lors celle d'une analyse systématique de la pensée juridique plutôt que du système juridique dans sa totalité.

Le chapitre le plus élaboré de l'ouvrage porte sur les relations entre les éléments du système juridique (chapitre III). Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas étonnant que l'emphase y soit mise sur l'analyse des rapports de systémativité formelle entre les normes juridiques (p. 64-89) et sur les formes de systémativité (codification, doctrine, jurisprudence) auxquelles s'identifie le mieux le travail de la raison juridique (p. 111-148). L'analyse de la systémativité matérielle (logique des normes et des activités juridiques orientées en fonction d'un but ou d'un besoin) et celle de la systémativité linéaire (rapports hiérarchiques entre les normes) ou circulaire (rapport d'implication mutuelle) s'ouvrent davantage à l'apport de la théorie générale des systèmes, mais font l'objet de développements plus limités (p. 89-110). Cela dit, la lecture du chapitre procure un bénéfice incontestable par l'ampleur des sources consultées et la qualité de la synthèse offerte. Les auteurs contribuent ainsi à la diffusion des travaux de recherche actuels sur la logique et l'axiologie juridiques. À propos de la jurisprudence, ils proposent aussi une métaphore très utile à la compréhension de la dynamique du système juridique. Ce dernier se présenterait sous la forme d'un jeu commandé à la fois par la convention ou la régularité associées au respect des règles et par l'invention ou la créativité des acteurs juridiques qui

savent tirer profit des marges d'incertitude du jeu pour ajuster leurs comportements aux exigences du contexte d'action (p. 135-146).

La métaphore du jeu inspire également la critique nuancée que les auteurs adressent à la thèse autopoïétique lorsqu'il s'agit de concevoir les rapports entre le système juridique et son environnement (chapitre IV). Selon le schéma classique, tout système ouvert est très perméable aux échanges avec l'environnement : il en reçoit les demandes (« inputs ») et lui retourne des réponses (« outputs ») traitées selon sa finalité spécifique au sein d'un système d'action plus global. La thèse de l'autopoïèse proposée par le sociologue du droit Luhmann concède plutôt au système juridique une autonomie beaucoup plus étanche. Confronté aux perturbations environnementales, le système juridique disposerait normalement de la capacité de s'auto-organiser et de s'auto-transformer pour absorber le choc selon sa logique propre et sans perdre son identité ou sa structure fondamentale. Se référant tout particulièrement ici à la réflexion de non-juristes sur les systèmes auto-organisés, van de Kerchove et Ost se rallient plutôt à la thèse d'une autonomie relative du système juridique. Il leur paraît indéniable que le fonctionnement du droit obéit, dans une large mesure, à ses propres critères de référence en assurant sa régularité par les conventions internes qui le définissent comme jeu spécifique. La fermeture de l'activité juridique par rapport à l'environnement ne peut être que relative, cependant, car les juristes eux-mêmes ne se consacrent jamais exclusivement au jeu juridique. Ils participent aussi à d'autres jeux sociaux. « Comme si, à l'échelon du social tout entier, le jeu du droit n'apparaissait que comme un scénario particulier ou une péripétie singulière d'une stratégie d'ensemble » (p. 159).

Il est vraiment dommage que les auteurs n'aient pas poursuivi sur cette lancée prometteuse la réflexion sur les rapports du système juridique avec l'environnement. Les développements qui suivent abordent au contraire plusieurs questions devenues classiques (les fonctions du droit, droit et infra-droit, changement social et changement juridique, droit et savoirs externes, droit et morale, pluralisme juridique) en offrant au lecteur une brillante synthèse de certains courants de la théorie contemporaine du droit, mais en abandonnant à peu près complètement la référence à la théorie générale des systèmes. La logique de l'analyse systémique suggère pourtant certaines idées maîtresses très utiles à l'établissement de la problématique des rapports entre le droit et l'environnement, par exemple les suivants : la société est un système complexe constitué de plusieurs sous-systèmes : le droit et les activités juridiques se conçoivent à l'intérieur de tel sous-système de la société, mais entretiennent des rapports d'échange avec les autres sous-systèmes : le système juridique se compose lui-même de plusieurs sous-systèmes où se manifestent, d'une part, une logique de fonctionnement spécifique, d'autre part, des modes particuliers d'interaction avec les autres sous-systèmes juridiques et les sous-systèmes de la société... Cette représentation systémique permettrait de mieux appréhender l'ambivalence du droit, de ses instances et de ses acteurs, ambivalence multifforme qui pourrait être le mode caractéristique des rapports du droit avec les diverses composantes (politique, économie, culture) de l'environnement social. On songe, par exemple, à celle du raisonnement judiciaire entre la logique et la politique, à celle de l'avocat entre les intérêts du client et la fidélité au système juridique, à celle du juriste universitaire entre la science et la technique, à celle de la science du droit elle-même entre l'ouverture et la fermeture, le radicalisme et la modération, dans ses rapports avec le champ culturel global.

Le dernier chapitre de l'ouvrage est consacré à l'étude des systèmes juridiques dans le temps. Si les sous-titres sont nouveaux, les questions traitées restent plutôt conventionnelles (le « droit primitif », les « familles » de droit, la légitimité comme condition de survie d'un système juridique) et la synthèse offerte puise relativement peu dans la théorie générale des systèmes. L'analyse comparée de la systématité respective du droit primitif

(matérielle et implicite) et du droit moderne (formelle et institutionnalisée) ne propose pas d'avenue nouvelle. Par contre, les pages consacrées « aux multiples temporalités des systèmes juridiques » (p. 225-232) se révèlent très stimulantes pour la comparaison des dynamiques d'évolution propres aux différentes sources formelles du droit et aux systèmes juridiques de complexité inégale.

En conclusion de leur ouvrage, van de Kerchove et Ost font une admission qui me paraît décrire adéquatement ce qu'il est advenu de leur point de vue externe modéré : « la conception du droit sous la forme du système semble intrinsèquement liée à l'émergence de la figure du droit occidental moderne. Notre réflexion, en dépit des emprunts qu'elle fait aux développements les plus récents de la théorie des systèmes, s'inscrit dans cette tradition de pensée » (p. 233). J'ai suggéré plus haut que l'emprunt à la théorie générale des systèmes demeurerait dans l'ensemble beaucoup trop limité pour qu'on puisse parler d'une véritable perspective externe. Certes il aura été suffisant pour exprimer à travers des concepts nouveaux l'idée assez ancienne que la systématique logique du droit ne parvient jamais à produire un ordre sans désordre et la philosophie plus contemporaine qu'il faut savoir valoriser un certain désordre si l'on veut éviter l'immobilisme et le déclin. Les auteurs ont voulu éviter « une rupture excessive à l'égard des représentations internes à l'objet étudié » (p. 234). Ils n'y ont que trop bien réussi. La connaissance de la théorie générale des systèmes les aura menés à une théorie critique de la systématique juridique que l'on devrait dorénavant concevoir de façon « plurielle et relativiste » (p. 235). Je ne pense pas qu'il y ait là de quoi faire des auteurs des agents « par qui le scandale arrive » dans le système juridique.

Il y eut un temps où l'anxiété des juristes était alimentée par le sentiment d'une trop grande dispersion des sources du droit. On leur donna ou ils se donnèrent à eux-mêmes la technique de la codification. Les théoriciens du droit se mirent à leur prêcher les vertus et les exigences de la systématique logique. L'anxiété actuelle des juristes tiendrait plutôt au sentiment que le système juridique est devenu trop complexe et trop étendu pour être géré de façon ordonnée. Avant même qu'on leur ait fourni de nouvelles techniques (on semble hésiter aujourd'hui entre la délégalisation et la recodification), des théoriciens se sont déjà levés pour leur enseigner qu'un système apte à survivre est fait à la fois d'« homéostasie et de rupture », de « seuil de tolérance au changement » et de « désordre créateur ». Leur théorie est un peu critique des idées anciennes, mais elle se veut apaisante de l'anxiété moderne des juristes.

Thurman Arnold, un des réalistes par qui le scandale arriva dans la communauté des juristes américains des années 30, considérait que la fonction pratique de la théorie du droit était de réconcilier logiquement les tendances contradictoires du système juridique pour soutenir la croyance des juristes et des citoyens en la rationalité de l'ordre politique (*The Symbols of Government*, New Haven, Yale Un. Press, 1935, p. 49 ss). La théorie du droit peut remplir cette fonction sans que ses œuvres soient lues par ceux qu'il lui faut rassurer. Il suffit que l'on sache qu'elle existe, que ses artisans gardent eux-mêmes la foi en la rationalité du droit et concluent leur contribution personnelle en reconnaissant modestement que l'œuvre reste inachevée et sera tôt ou tard dépassée par un nouveau progrès des connaissances. Van de Kerchove et Ost ont beaucoup lu ; leur bibliographie couvre quatorze pages. Ils n'ont pas manqué de se référer méthodiquement aux autres membres de la communauté internationale des théoriciens du droit en accumulant plus de huit cents notes infrapaginales. Leur ouvrage sera lu et critiqué au sein de cette dernière communauté. Les autres juristes n'en connaîtront tout au plus que le titre. Les citoyens en ignoreront l'existence et postuleront simplement qu'il doit bien y avoir quelque part des savants sur qui l'on peut compter pour soutenir la rationalité du droit et du régime politique à travers les vicissitudes de l'évolution sociale. Quelle aura été au total la fonction

sociologique de la réflexion des auteurs ? Celle de maintenir parmi les initiés le sentiment que la connaissance du droit progresse grâce aujourd'hui à l'ouverture sur l'interdisciplinarité. Celle d'apaiser les anxieux en leur suggérant que le droit moderne demeure un système d'autant plus rationnel qu'il prend désormais conscience de sa complexité accrue et des besoins de concilier efficacement les exigences contradictoires de la détermination et de l'indétermination de son mode d'opération.

S'il est une caractéristique qui permet de ranger cet ouvrage du côté de la perspective interne plutôt qu'externe sur le droit, c'est bien sa posture en quelque sorte plus clinique que cognitive. La perspective des auteurs se détache du point de vue des juristes dans la seule mesure dictée par les exigences d'une intervention à finalité thérapeutique. Pour être efficace dans la communauté des juristes, il leur aura toutefois fallu travailler à partir des croyances élémentaires de la pensée juridique en espérant les infléchir sans aboutir à leur négation. Parmi ces croyances que la critique des auteurs a fait siennes pour mieux les revigorer, j'en mentionnerai trois qui me semblent particulièrement significatives : 1° l'idée que la manifestation du droit « sous la forme du système est une évidence » (p. 9) ; 2° l'idée que la systématisme dont il sera question est un attribut « objectif » de l'objet-droit et non une caractéristique des théories élaborées en rapport avec cet objet (p. 53) ou, pourrait-on ajouter, le produit d'une pensée construisant son objet ; 3° l'idée qu'on peut avoir analysé adéquatement les différentes dimensions du système juridique, « ses éléments, ses structures, les rapports qu'il entretient avec son environnement, ses rythmes d'évolution », sans avoir encore rendu compte « de son fonctionnement effectif » (p. 233). L'adhésion à ces croyances qui relèvent du sens commun théorique des juristes aura suffi à limiter considérablement la mise en valeur de la théorie générale des systèmes comme mode d'analyse du droit.

Jean-Guy Belley
Faculté de droit
Université Laval

Robert D. BUREAU et Pierre MACKAY (sous la direction de) : *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970-1987*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1987, 620 p.

Fruit de la collaboration d'une trentaine de professeurs, cet ouvrage marque le quinzième anniversaire de fondation du département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. Les quatre premières sections du volume reprennent en bonne partie la division institutionnelle du droit, c'est-à-dire l'État, les personnes, les conditions de vie (principalement le droit social) et les organisations. La cinquième s'intitule « L'émergence d'une science juridique » et fait un tour d'horizon de diverses analyses historiques et sociologiques de cette discipline.

Il est difficile de proposer ici une recension exhaustive de l'ensemble des contributions qui couvrent la plupart des aspects du droit au Québec. Néanmoins, chacun des articles vise à retracer, à travers une perspective diachronique, l'évolution et les modifications apportées aux différents champs du droit depuis 1970, que ce soit dans le domaine du travail, du logement, du droit pénal ou des Chartes, pour n'en nommer que quelques-uns. Par ailleurs, les auteurs ont opté pour une perspective critique du droit qui, bien