

## Bulletin d'histoire politique

# Jean-Marie Fecteau et l'histoire du droit en 3D

Cory Verbauwhede



Volume 25, Number 1, Fall 2016

Des marges et des normes : réflexions et témoignages sur la carrière de Jean-Marie Fecteau (1949-2012)

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1037411ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1037411ar>

[See table of contents](#)

### Publisher(s)

Association québécoise d'histoire politique  
VLB éditeur

### ISSN

1201-0421 (print)

1929-7653 (digital)

[Explore this journal](#)

### Cite this article

Verbauwhede, C. (2016). Jean-Marie Fecteau et l'histoire du droit en 3D. *Bulletin d'histoire politique*, 25(1), 25–38. <https://doi.org/10.7202/1037411ar>

Tous droits réservés © Association québécoise d'histoire politique et VLB Éditeur, 2016

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

## Jean-Marie Fecteau et l'histoire du droit en 3D

CORY VERBAUWHEDE<sup>1</sup>

*Doctorant en histoire*

UQAM

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'histoire du droit prendra sa pleine dimension quand, en réponse au nouveau défi analytique posé par les sciences sociales, elle cessera d'être histoire du *droit* pour devenir interrogation fondamentale sur l'évolution des différents modes de normalisation qui assurent la régulation fragile des sociétés humaines, quand, en somme, son point central de référence sera non pas une *institution* historiquement spécifiée, mais un *questionnement* particulier sur une des dimensions constitutives de l'existence sociale.

JEAN-MARIE FECTEAU<sup>2</sup>

À l'aube des années 1980, alors qu'il préparait sa thèse de doctorat, Jean-Marie Fecteau a passé plusieurs années comme assistant de recherche au sein du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal (CRDP). Les juristes du centre, les professeurs Andrée Lajoie et Patrick Molinari, l'avaient sollicité, à l'instar de deux sociologues, Pierrette Muzazzi et Régine Robin, afin de les aider à préparer une étude critique de la nouvelle réalité dans le domaine de la santé qui avait vu le jour avec l'adoption de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* en 1971. Avec cette approche interdisciplinaire, l'équipe du CRDP s'inscrivait en faux contre la façon traditionnelle d'étudier le droit. Plutôt que de le traiter comme un système fermé, un peu sur le modèle de la théologie, elle aspirait à le comprendre dans son contexte social et à dresser les contours du réalignement des forces sociales opéré par l'effervescence du droit public depuis la Révolution tranquille. Andrée Lajoie, la directrice du centre, considérait le CRDP comme une partie prenante de cette transformation profonde de la société, en concurrence avec les juristes du droit privé, d'une part, et avec les « nouveaux technocrates », de l'autre.

Bien que sympathique à cette façon d'aborder l'étude du droit, Fecteau était loin d'en être satisfait. Pour lui, l'histoire du droit était aussi celle des velléités « monopolistes » de l'État : il manquait une dimension historique essentielle qui permettrait de comprendre l'ascendance du droit sur d'autres formes de normativité, dont la montée en importance du droit public n'était que la manifestation la plus récente. Après avoir traité des deux dimensions des études portant sur le droit que constituent, d'une part, l'approche classique positiviste, et de l'autre, l'approche sociologique pluraliste, nous nous attarderons sur la dimension historique qu'apportait Fecteau en nous penchant sur les désaccords qu'il a eus avec les juristes du CRDP. Nous concluons en esquisant les contours de l'histoire du droit telle que conçue par Fecteau, laquelle fait la synthèse de ces trois dimensions et s'insère naturellement dans le projet d'histoire des régulations sociales qu'il a passé sa carrière à élaborer.

### **La dimension positiviste : les œillères des études du droit**

Dans le monde professionnel du droit, l'interprétation « interne » domine. Elle consiste à faire l'exégèse des textes légaux (lois, décisions, etc.) en commençant l'exercice interprétatif avec leur sens « ordinaire » et « grammatical », puis en cas de doute ou d'ambiguïté, en remontant la pente vers « l'objet » et « l'esprit » de la loi. On cherchera en dernier lieu un éclairage ultime dans les débats parlementaires ayant mené à l'adoption de la mesure en question<sup>3</sup>. Outre cette utilisation d'un élément externe – utilisation somme toute assez rare et toujours hautement instrumentalisée<sup>4</sup> – le droit tel que pratiqué au jour le jour reste une affaire de spécialistes, où l'on discute rarement des enjeux plus larges cachés derrière les textes que l'on doit appliquer. On appelle cette méthode « positiviste » par analogie aux sciences naturelles, la « science juridique » ayant pour vocation de décrire objectivement (ou « positivement ») l'état du droit comme le scientifique aspire à l'objectivité dans l'explication des phénomènes naturels. Or, cette approche largement acontextuelle n'a pas aidé au développement d'une tradition d'études empiriques ayant le droit comme objet. Pour l'histoire du droit, une telle tradition devrait pourtant normalement pouvoir compter sur la collaboration de juristes historiens et d'historiens du droit. Or, de part et d'autre, peu d'analystes ont réussi à dépasser cette première dimension.

En ce qui concerne les juristes, faisant le bilan de la recherche juridique académique au Canada, le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit affirmait dès 1983 que « [...] nos praticiens ne font pas beaucoup de recherche fondamentale [visant] à assurer une connaissance plus approfondie du droit en tant que phénomène social [et de ses] implications historiques, philosophiques, linguistiques, économiques, sociales ou politiques<sup>5</sup>. »

De même, selon le professeur Roderick Macdonald, vingt ans plus tard,

la recherche publiée par les professeurs de droit est encore en très grande majorité de nature doctrinale et orientée vers les tâches professionnelles que sont la planification, l'évitement et la résolution de disputes. [...] Malgré les insistances du rapport Arthurs, ce qui y était caractérisé comme recherche fondamentale est encore notablement absent<sup>6</sup>.

Dans ces mêmes années, Fecteau estimait que, dans le cas du Québec, l'histoire du droit est « pénalisée par la très grande faiblesse des facultés de droit en ce qui concerne la recherche fondamentale<sup>7</sup> ».

Du côté des historiens qui se sont intéressés au droit, Fecteau relevait en 1993

l'absence de toute réflexion sur le droit et son histoire dans l'historiographie du politique des cinquante dernières années [...]. Tout se passe comme si l'histoire du droit était l'apanage, ou la chasse gardée de juristes amateurs de cette histoire un peu ésotérique des normes juridiques<sup>8</sup>.

Donald Fyson estimait pour sa part en 2000 que, hormis quelques exceptions notables, dont Fecteau, « les historiens non juristes [au Québec ne] se penchent [pas] directement sur le droit en tant qu'objet central de recherche[,] cet exercice [étant] surtout réservé aux juristes historiens<sup>9</sup> ». Selon Fyson, « la grande majorité des historiens pour qui le droit et le monde juridique ne sont pas au centre des préoccupations [le] confrontent [...] presque involontairement<sup>10</sup> ». Ils ne prendraient donc pas acte de toutes les conséquences qui découlent de sa nature « semi-autonome », aux dépens d'une approche synthétique dont le manque dans l'historiographie du droit au Québec se fait sentir<sup>11</sup>.

Ces critiques de la production historique sur le droit ne visent pas son absence : à un certain niveau, « vu l'importance du droit dans la constitution des relations économiques et sociales, toute histoire est histoire du droit<sup>12</sup> ». Elles visent plutôt son manque d'appréciation du droit comme un phénomène social dont l'emprise évolue dans le temps. À cet effet, selon Fyson, les historiens québécois ont eu tendance à

adopter avec peu de critique des conceptions formalistes et présentistes du droit ou des systèmes juridiques, ce qui explique que les historiens ne se sont pas prévalus d'outils conceptuels et heuristiques comme le pluralisme juridique [NDA: en vertu duquel il y a d'autres « ordres juridiques » que le droit étatique<sup>13</sup>].

Notant une diversification récente dans l'historiographie canadienne, par l'éloignement d'une partie de celle-ci du droit « supérieur » – lequel se focalise sur les juges, les décisions et la doctrine – pour s'intéresser au

droit « inférieur » – qui concerne plutôt les « les événements juridiques et leurs impacts sur la vie de tous les jours » – G. Blaine Baker estimait néanmoins en 2013 que peu de travaux analysent le « rôle puissant de la normativité informelle dans la vie des gens<sup>14</sup> ». Or, il est difficile de concevoir l'étude empirique du droit sans une appréciation de cette normativité et de son interaction complexe avec le droit étatique, qu'il soit « supérieur » ou « inférieur ». Si peu de juristes et d'historiens semblent s'en soucier dans l'ensemble<sup>15</sup>, les sociologues, notamment<sup>16</sup>, réfléchissent à ce problème depuis longtemps, dont en particulier au sein du CRDP.

### La dimension pluraliste: le projet du CRDP

Au début des années 1980, les chercheurs du CRDP se penchaient de plus en plus sérieusement sur l'étude sociologique du droit. Andrée Lajoie avait engagé le sociologue Guy Rocher à la fin des années 1970, qui

analysera et théoriserait d'abord, en rétrospective, son expérience au sein de l'action gouvernementale [comme membre de la commission Parent sur l'éducation], en publiant en 1980 [...] un article intitulé « Le sociologue et la sociologie des administrations publiques et l'exercice du pouvoir politique ». [Puis, d]ans un second article intitulé « Le droit et l'imaginaire social », paru en 1982 [...], il élargira] vers la sociologie du droit et le pluralisme juridique<sup>17</sup>.

C'est sur ce fond de remise en question des études positivistes du droit que Fecteau a rejoint le CRDP afin de travailler sur une « approche critique du droit de la santé », qui a mené à la publication, en 1987, d'une collection portant ce titre<sup>18</sup>. Fondé en 1962 à l'initiative de Paul Gérin-Lajoie, le CRDP était au début des années 1980 une institution en plein développement qui participait intimement à l'extension du champ juridique de l'État. En témoigne l'expérience de Rocher, mais aussi celle de Lajoie qui, en plus de contribuer au rapport Arthurs, avait été consultante pour la commission Castonguay-Nepveu sur la santé et le bien-être social, laquelle avait précédé l'adoption de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* en 1971. Cette loi a été un élément essentiel dans la mise en place du réseau public de santé et de services sociaux au Québec et un important lieu de diffusion de nouvelles conceptions du droit public. En 1981, Lajoie avait en outre participé, avec Patrick Molinari, à la rédaction de l'imposant *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, le premier ouvrage à décrire les modalités d'application de ce tout nouveau droit public<sup>19</sup>. Avec une formation de journaliste et une maîtrise en sciences politiques d'Oxford, Lajoie s'intéressait à l'étude du droit comme l'« aboutissement des causes sociales » et comme un « facteur de changement social<sup>20</sup> ». C'est dans cette optique qu'elle avait aussi fait appel à Régine Robin et à Pierrette Mulazzi, deux sociologues, pour la recherche sur le

système de santé<sup>21</sup>. Au-delà de leurs intérêts académiques, les membres de cette équipe, parmi lesquels Fecteau était le seul historien, partageaient un engagement politique à vouloir étendre ce droit public en devenir<sup>22</sup>.

Dans un document intitulé « annexe technique » destiné aux organismes subventionnaires et décrivant le projet de recherche, les chercheurs du CRDP dénonçaient l'approche « classique » des études juridiques, qu'ils qualifiaient de « fonctionnaliste » et de « cybernétique » et dont le schéma faisait se suivre de façon linéaire l'émergence, la formulation, l'adoption, l'application et l'effet des politiques<sup>23</sup>. Le document relevait ainsi que

le droit est une science normative et la recherche juridique qui est faite au Canada porte dans son immense majorité sur des analyses descriptives de l'agencement de ces normes. Les études qui ont le droit pour *objet* sont rares et nouvelles ici, et le [CRDP] peut être considéré comme un pionnier à cet égard. La présente étude devrait donc opérer une percée théorique sur les rapports entre le droit et la société en clarifiant le rôle du droit dans les enjeux du domaine de la santé<sup>24</sup>.

Pour Lajoie,

[c]omme en architecture, le droit joue souvent de construction en trompe-l'œil [...]. Il faut d'abord le regarder de façon technique, comprendre comment l'édifice est construit, mais ensuite il faut savoir déconstruire la norme pour voir quel est son véritable effet dans la réalité. Car le droit ne tient pas seulement dans les règles adoptées mais [aussi] dans celles qui s'appliquent<sup>25</sup>.

Partant de l'hypothèse centrale que les réformes mises en place dans le domaine de la santé en matière d'accès aux services, de régionalisation et de participation ont souffert d'un double rétrécissement par rapport aux politiques généreuses qui avaient initialement été annoncées, les chercheurs voulaient s'interroger sur deux types de « distances » : l'écart entre les politiques annoncées et le droit adopté, d'une part, et l'écart entre le droit adopté et celui qui était appliqué sur le terrain, de l'autre<sup>26</sup>. Cette hypothèse découlait des « clivages importants » qu'ils avaient découverts lors de la préparation du traité de droit de la santé quelques années plus tôt.

Concernant la première distance, les chercheurs postulaient que la réforme « fut un projet énoncé au nom de l'ensemble de la population et de sa qualité de bénéficiaire, mais défini et porté par une classe émergente de technocrates et de nouveaux personnels dont elle a favorisé les intérêts<sup>27</sup> ». Quant à la deuxième, ils voulaient vérifier, par des sondages et des entrevues, dans quelle mesure les bénéficiaires exerçaient leur droit de participation à l'administration du système et exigeaient les services auxquels ils avaient droit. En somme, la recherche envisageait le droit comme une « variable dépendante<sup>28</sup> » :

Le droit apparaît alors comme un instrument de justification et de légitimation qui occulte les intérêts et limite dans les faits l'accès aux services, la régionalisation et la participation. [...] Plus les intérêts propres aux technocrates et aux nouveaux personnels sont éloignés de ceux des bénéficiaires actuels ou potentiels, [...] plus l'écart sera important et plus le droit sera élaboré et construit de manière à occulter cet écart. [...] Plusieurs concepts visent soit à emporter l'adhésion de ceux qui participent d'autres idéologies soit à masquer les enjeux véritables de la réforme des services de santé et des services sociaux<sup>29</sup>.

## La dimension historique: la critique de Fecteau

Pour nos fins, la partie la plus intéressante du passage de Fecteau au CRDP est le débat interne qu'il a mené avec les chercheurs principaux, par lequel il remettait en question leur approche. Dans un document qu'il a préparé en septembre 1981 intitulé «Analyse critique du droit de la santé et des services sociaux. Remarques générales sur le projet», il identifiait plusieurs défis auxquels l'histoire du droit – même dans sa version innovante pratiquée au sein d'une équipe multidisciplinaire – se confronte<sup>30</sup>. Il reprochait notamment à l'équipe de s'«enfoncer» sur la notion juridique du «droit aux services» et se désolait de «[l']absence relative de débat articulé sur le contexte sociopolitique et historique caractérisant l'objet de la recherche<sup>31</sup>». En effet, la principale préoccupation des juristes du CRDP semble avoir été l'*exigibilité* des services de santé: ils cherchaient à démontrer, par l'interaction complexe de divers lois et règlements, que les soins de santé étaient désormais devenus un droit de citoyenneté, car nulle part n'était-ce affirmé noir sur blanc<sup>32</sup>.

Fecteau s'inquiétait du fait que les notions de «distance» et d'«écart» sur lesquelles se basaient les chercheurs «impliqu[en]t déjà une définition du droit comme forme finale et englobante des politiques<sup>33</sup>». Or, affirmait-il, non seulement les politiques peuvent-elles «court-circuiter l'étape "droit adopté" (ex.: politiques financières, gestion de la main-d'œuvre)», mais de plus, le droit n'est au mieux qu'une «*formalisation partielle* d'un ensemble de procédures politiques et de pratiques sociales qui ne peuvent être appréhendées qu'à travers l'analyse de la logique d'élaboration et des contraintes sociales d'application des politiques»:

Le rapport entre politiques et droit adopté [...] est à la fois un rapport de *restriction* (droit adopté < politiques), d'*extension* (le droit aux services, par exemple, donne une autre dimension à la politique de distribution des services), de *formalisation* (inscription dans un cadre légal), de *ponctualisation dans l'espace* (le droit adopté ne touche qu'un domaine des politiques) et *dans le temps* (le droit ne constitue qu'une étape d'application des politiques).

À cet effet, il mettait en garde contre une «vision “étapiste” (politiques → à droit adopté → à droit appliqué) de la réalité sociale» et contre la tendance à voir une «égalité fonctionnelle» des trois niveaux d’analyse.

De même, Fecteau n’était pas convaincu de l’utilité heuristique des notions de «politiques», de «droit adopté» et de «droit appliqué» qui sous-tendaient le projet du CRDP. Quant aux «politiques», il incita l’équipe à cesser de les voir comme «un “niveau” de réalité à fixer comme élément premier d’apparition des deux autres». «À restreindre ainsi ce concept, écrivit-il, on risque [...] de se retrouver en présence d’un ensemble de formulations partielles, probablement contradictoires, sûrement fort vagues, qui sont aux “politiques” ce que le sermon est à la religion...».

Concernant le «droit adopté», il était moins enclin à y voir seulement – ou même nécessairement – un procédé de «trompe-l’œil» :

Forme obligée de l’action de l’État, appareil idéologique de «camouflage» des réalités politiques et sociales, moment de matérialisation des belles intentions politiques, la question reste ouverte. [...] Il est évident que le droit ne peut être réduit à une idéologie, même s’il existe un «discours juridique». Pas plus qu’il ne peut être assimilé à une simple «forme» (formalisation légale), car il repose sur un appareil de mise en vigueur et de contrôle<sup>34</sup>.

Enfin, pour la notion de «droit appliqué», Fecteau considérait qu’elle posait problème jusque dans sa formulation :

Elle peut en effet donner l’impression d’une analyse de trois niveaux bien différenciés (politiques–droit adopté–droit appliqué). Or, ce que recouvre cette dernière notion, c’est à la fois la matérialité des rapports sociaux déterminés par le pôle politiques/droit adopté (et non seulement par le droit) et les limites de la «réalisation», au sein des rapports sociaux, des politiques partiellement formalisées dans le droit<sup>35</sup>.

Pour Fecteau, une histoire adéquate de la normativité, et à plus forte raison du droit, devait impérativement s’inscrire dans une appréciation plus large du *rôle historique de l’État*. Ainsi, il était impensable pour lui d’étudier l’histoire récente de la publicisation du droit de la santé et des services sociaux sans d’abord comprendre le phénomène dans son contexte historique et de formuler la problématique de recherche en conséquence. Il estimait en outre que la «conjoncture d’apparition de la réforme de 1971» était généralement mal comprise, puisqu’elle s’opposait dans plusieurs esprits – et notamment, peut-on inférer, dans ceux des chercheurs du CRDP pour qui il travaillait – aux «beaux jours de la philanthropie privée<sup>36</sup>». Or, argumentait-il, le système dont on cherchait la transformation, et qui reflétait «le rôle de l’État au stade concurrentiel du développement du capitalisme», relevait plutôt d’une «délégation systématique, de la part de la puissance publique, des pouvoirs et responsabilités d’organisation des soins et de l’assistance<sup>37</sup>». Ces critiques touchaient au



cœur même des hypothèses sous-tendant le projet de recherche du CRDP, puisqu'elles allaient chercher l'explication des « écarts » observés ailleurs que dans les intérêts des « technocrates » et des « nouveaux personnels », par exemple.

## Éléments d'une histoire du droit tridimensionnelle

Tout au long de sa carrière, Fecteau s'est inquiété du « sous-développement de l'histoire du droit québécoise<sup>38</sup> ». Nous avons vu par ailleurs que Fyson, de son côté, en appelle au développement d'une vision « synthétique » dans ce domaine<sup>39</sup>. C'est dans cette perspective qu'il est pertinent de revenir sur sa vision alternative aujourd'hui :

le « moment légal » dans l'actualisation des politiques est un moment *obligé* depuis que l'État moderne existe. Au XIX<sup>e</sup> siècle, ce moment est assimilé (jusque dans ses termes...) à un Acte, d'essence soit publique soit privée, de la puissance publique, s'ajoutant à l'ensemble coutumier préexistant. L'élaboration en système cohérent de ces actes (codification) semble donner priorité au caractère universel et permanent de la procédure législative. On peut poser comme hypothèse que le droit adopté est une forme de « gel », de stratification des rapports sociopolitiques qui relève de la logique même du pouvoir politique et des rapports de l'ensemble social à l'État. Cette forme n'épuise pas les possibilités d'intervention politique, soit de l'État ou des classes sociales, au contraire. Mais elle agit comme un cadre, une grille, un moule déterminé sur lequel doivent se fixer l'ensemble des comportements sociaux. Cela est vrai du droit privé, mais plus encore peut-être du droit public, dans la mesure où apparaît ici une forme nouvelle, spécifique de stratification des rapports sociaux<sup>40</sup>.

L'ambition de Fecteau dépassait donc le développement d'une histoire du droit qui se contenterait d'une analyse présentiste des changements dans un domaine donné, comme le faisait le CRDP. Il aspirait à faire l'histoire de l'évolution du droit moderne et de son appareil de mise en œuvre par excellence, l'État :

Le droit social (comme le droit du travail) institue un modèle spécifique (parmi d'autres...) de fonctionnement des politiques sociales. Au-delà de toutes les luttes ponctuelles, c'est donc à la forme du droit public que sont assignés les comportements des acteurs, car c'est sous cette forme que *doit* se matérialiser, en société capitaliste, la puissance de l'État. Ainsi, l'analyse du discours juridique ne peut être simplement l'analyse d'une idéologie au sens de mystification. Il doit révéler aussi les règles fondamentales de la formalisation juridique des politiques, avec ses *limites*<sup>41</sup>.

Fecteau voulait ainsi développer une *méta*-histoire du phénomène juridique au sein de l'« espace-temps de la normativité<sup>42</sup> ». Son programme n'était pas tant méthodologique que substantif : il entendait « interroger systématiquement les conditions de construction de l'univers juridique québécois », comprendre les phénomènes accompagnant la « mise en pra-

tique d'un ordre juridique» et enfin prendre la mesure de leur constance à l'égard de «l'épreuve du temps<sup>43</sup>».

Anticipant des thèmes auxquels il retournerait tout au long de sa carrière<sup>44</sup>, il appelait l'équipe à mieux prendre en compte plusieurs phénomènes, dont le contexte sociopolitique (le rôle du clergé depuis le XIX<sup>e</sup> siècle et plus tard des syndicats et de la «nouvelle bourgeoisie francophone», le sous-développement des institutions québécoises et la «mise à jour brutale» des années 1960, le fédéralisme canadien et l'impérialisme américain, etc.), l'ascendance de la régulation étatique (la bureaucratisation et la montée des gestionnaires dans les sphères publiques et privées, la rationalisation, la planification et la décentralisation du pouvoir, etc.), l'évolution du droit (l'éloignement du contrat et le développement du droit public pour organiser les services à la population, la prolifération de règlements et de tribunaux administratifs, l'importance accrue des lobbies et des groupes d'intérêts, etc.) et la nouvelle place du social (les politiques keynésiennes, la démarchandisation de certains biens et services, la création d'un secteur de «bien-être» amalgamant des catégories auparavant isolées, l'universalisation de l'intervention publique, la construction massive d'institutions, etc.)<sup>45</sup>. Ces phénomènes, tout en gardant leurs spécificités québécoises, s'inséraient selon lui dans «les grandes mutations caractéristiques de toutes les formations occidentales dès 1945»: l'«extension du rapport salarial», la «production et consommation de masse» et la «régulation étatique».

Un texte que Fecteau avait préparé quelques années plus tôt pour le ministère des Affaires sociales intitulé *Pauvres, indigents et assistés au Québec. Modes successifs d'insertion de l'État dans le processus de réduction des inégalités* permet de saisir le récit historique plus large dans lequel Fecteau tentait d'insérer la recherche du CRDP<sup>46</sup>. Le document retrace les modes de régulation sociale au Québec depuis l'établissement de la Nouvelle-France. Sa périodisation y est éclairante: pour la période d'avant-Conquête, l'État y est qualifié de «paternaliste» au sein d'une «société de développement»; de la Conquête à la rébellion des Patriotes, l'influence étatique directe est en «recul» et l'État prend un rôle de «surveillant» au sein d'une «nouvelle morale sociale»; la partie qui traite de la période allant jusqu'à la Première Guerre mondiale est intitulée «l'État libéral et l'apogée de l'intervention indirecte»; et enfin, la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, jusqu'à «l'aube d'une tranquille révolution», voit l'apparition de l'État «supplétif» dans le cadre des «nécessités et résistances [de l'intervention directe]». Les visées «monopolistes» de l'État que Fecteau a analysées dans son travail pour le CRDP relèveraient ainsi d'une universalisation de ces tendances d'après-guerre<sup>47</sup>.

## **Conclusion: Pour une histoire du droit comme mode de régulation sociale**

On ne sait pas jusqu'à quel point Fecteau a réussi à convaincre les chercheurs du CRDP du bien-fondé de son approche de l'étude du droit. Les textes publiés par les autres membres de l'équipe dans la collection de 1987 ne la reflètent guère. L'article de Fecteau, pour sa part, consacre quelques paragraphes introductifs au contexte historique et son titre, «L'émergence d'un réseau public d'établissements. Régulation monopoliste et contraintes locales», est révélateur: l'État, qui entend désormais universaliser son emprise dans le domaine de la santé, se confronte, lors de la mise en œuvre de son nouveau programme, à des résistances de la part de groupes qui veulent garder le statu quo<sup>48</sup>. Mais l'intégration de cette perspective historique est somme toute limitée et Fecteau s'en tient majoritairement aux enjeux identifiés par les juristes du centre lors de la conception de la recherche, soit l'accès aux services, la régionalisation et la participation au sein du système de santé. On peut imaginer que le texte synthétique qu'il aurait produit s'il n'avait pas été lié par l'annexe technique contre laquelle il s'était rebellé aurait été très différent.

Le processus de confection et d'application de normes comporte plusieurs dimensions. Tant les juristes que les historiens doivent le comprendre dans toute sa complexité, sans jamais perdre de vue qu'il est historiquement situé. Si l'analyse de Fecteau est la bonne, les réformes des années 1960 et 1970 dans le domaine des services de santé et des services sociaux au Québec, et plus largement l'État-providence lui-même, avec pour socle une législature nationale démocratisée, apparaissent comme le point culminant d'une étatisation inachevée de la normativité, qui s'effritera dès les années 1980 en faveur de normes locales et internationales de plus en plus diffuses. Le nouveau droit public analysé par le CRDP devient de ce point de vue non pas une «variable dépendante», comme le voulait Lajoie, mais bien la matérialisation d'un mode de régulation sociale, avec des règles propres dont il faut saisir non seulement le contenu mais surtout les limites inhérentes.

Peut-être est-ce cette expérience de travail comme assistant de recherche pour les juristes chevronnés du CRDP qui lancera la réflexion profonde de Fecteau sur les problèmes de la pratique de l'histoire du droit. Toujours est-il qu'il ne cessera jamais de la renouveler: trente-cinq ans plus tard et fort de toute une carrière passée à explorer ces sujets, il critiquera la tendance des chercheurs à penser le rapport «entre la lettre de la loi et la vie sociale» en termes d'«écart», plutôt que de le comprendre comme un lien entre «mondes différents, l'un tenant à ce que l'on veut garder ou promouvoir, l'autre au contexte prévisible ou fortuit dans le-

quel viendra se dissoudre cette intention<sup>49</sup>». L'histoire du droit public telle que Fecteau la concevait, notamment dans le domaine de la santé et du bien-être social, reste donc à écrire.

#### NOTES ET RÉFÉRENCES

1. L'auteur tient à remercier chaleureusement Jean-Guy Belley, Andrée Lajoie, Donald Fyson, Blaine Baker, Michel Morin, Lucie Dagenais et Martin Petitclerc, pour leur assistance avec la préparation de cet article; le personnel du Centre de recherche en droit public, pour l'accès aux archives; et enfin Catherine Laroche, Martin Robert, Noémie Charest-Bourdon et Kim Petit du Centre d'histoire des régulations sociales, pour avoir rendu le tout possible.
2. Jean-Marie Fecteau, «L'histoire du droit dans le champ du savoir: légitimation et contradiction disciplinaire», dans Robert D. Bureau et Pierre Mackay (dir.), *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987, 501-514, p. 512.
3. Voir l'arrêt de la Cour suprême *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 RCS 27, 1998 CanLII 837 (CSC), para. 21 et suivants.
4. Notons ici que même les débats parlementaires sont hautement suspects pour en arriver au contexte social, s'agissant d'un langage formel où s'affrontent des intérêts organisés qui contrôlent de près leur discours.
5. Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir*, rapport au Conseil de recherche en sciences humaines du Canada, Ottawa, 1983 («rapport Arthurs»), p. 78.
6. Roderick A. Macdonald, «Still "law" and still "learning" - Quel "droit" et quel "savoir" ?», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 18, 2003, p. 10, notre traduction.
7. Jean-Marie Fecteau, «Savoir historique et mutations normatives. Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire», dans Pierre Noreau (dir.), *Dans le regard de l'autre / In the eye of the beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 40, note 8.
8. Jean-Marie Fecteau, «Le retour du refoulé: l'histoire et le politique», *Bulletin d'histoire politique*, vol. 2, n° 3, 1994, p. 5-9, note 22.
9. Donald Fyson, «Les historiens du Québec face au droit», *Revue juridique Thémis*, vol. 34, 2000, p. 303.
10. *Ibid.*, p. 301.
11. *Ibid.*, p. 309-310 et 314.
12. Margaret McCullum, citée dans *Ibid.*, p. 303, notre traduction.
13. *Ibid.*, p. 325. Pour une définition du pluralisme juridique, voir Roderick A. Macdonald, «Les transformations du droit et la théorie normative du droit. L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 33, 2002, p. 133-152.
14. G. Blaine Baker, «Quebec and the Canadas, 1760 to 1867. A legal historiography», dans G. Blaine Baker et Donald Fyson (dir.), *Quebec and the Canadas*, Toronto, University of Toronto Press, 2013, p. 4, notre traduction.
15. Voir cependant Brian Young, «Law "in the Round" », *Acadiensis*, vol. 16, n° 1, 1986, p. 155-165; Margaret McCallum, «Canadian legal history in the late

- 1990s. A field in search of fences? », *Acadiensis*, vol. 27, n° 2, 1998, p. 151-166; Donald Fyson, « Between the ancien régime and liberal modernity. Law, justice and state formation in colonial Quebec, 1760-1867 », *History Compass*, vol. 12, n° 5, 2014, p. 412-432; Andrée Lajoie, *La vie intellectuelle de Roderick Macdonald. Un engagement*, Montréal, Thémis, 2014; ainsi que les travaux de Jean-Philippe Garneau, dont Jean-Philippe Garneau, « Faire face aux incertitudes du lendemain. La mort, la famille et le droit civil dans le Québec colonial », dans David Niget et Martin Petitclerc (dir.), *Pour une histoire du risque. Québec, France, Belgique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2012, p. 57-76.
16. Jean-Guy Belley a relevé une problématique similaire parmi les anthropologues qui s'intéressent aux conflits sociaux. Voir Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 26 et suivantes.
  17. Andrée Lajoie, « Guy Rocher, un sociologue parmi les juristes », *Affaires universitaires*, 23 juillet 2014, en ligne : <http://www.affairesuniversitaires.ca/articles-de-fond/article/guy-rocher-un-sociologue-parmi-les-juristes>. Voir aussi Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Centre de recherche en droit public, Montréal, Université de Montréal, 1996.
  18. Voir Régine Robin, « La circulation de la parole publique et ses risques. Les débats en Commission parlementaire sur le projet de loi concernant "l'organisation des services de santé et des services sociaux" au Québec en 1971 », *Cahiers de recherche sociologique*, vol. 2, n° 1, 1984, première note de fin de document. Les résultats de ces travaux ont été partiellement publiés dans Jean-Marie Fecteau, « L'émergence d'un réseau public d'établissements. Régulation monopoliste et contraintes locales », dans Andrée Lajoie et Patrick A. Molinari (dir.), *Pour une approche critique du droit de la santé. Droit et matérialisation des politiques sociales*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1987. Plusieurs textes volumineux préparés par Fecteau pour le CRDP dans le cadre de ces recherches, auxquels nous référerons plus loin, n'ont jamais été publiés et gagneraient à être connus : « L'évolution des rapports privé-public dans le droit public applicable aux établissements de santé et de services sociaux (1960-1980) » (novembre 1982); « La constitution juridique du réseau des affaires sociales au Québec » (février 1983); « La réforme de 1971 et l'évolution juridique des rapports de pouvoir au sein des établissements. Le cas des centres hospitaliers » (août 1983). Ils sont disponibles au Centre d'histoire des régulations sociales (CHRS) à l'Université du Québec à Montréal.
  19. Andrée Lajoie, Jean-Marie Auby et Patrick A. Molinari, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Centre de recherche en droit public, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981.
  20. Entrevue avec Andrée Lajoie du 27 mai 2015.
  21. Voir Régine Robin, *loc. cit.*
  22. Entrevue avec Andrée Lajoie du 27 mai 2015.
  23. CRDP, « Annexe technique », n. p., 1980, p. 7. Ce document est disponible au CHRS.
  24. *Ibid.*, p. 7.

25. Citée dans Josée Boileau, «Déconstruire les lois pour saisir la réalité», *Le Devoir*, 13 janvier 1992, section «Société».
26. CRDP, «Annexe technique», n. p., 1980, p. 12.
27. *Ibid.*
28. Pierre Noreau et Louise Rolland (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008.
29. CRDP, «Annexe technique», n. p., 1980, p. 12-13.
30. Jean-Marie Fecteau, «Analyse critique du droit de la santé et des services sociaux. Remarques générales sur le projet», 21 septembre 1981, n. p. Ce document est disponible au CHRS.
31. *Ibid.*, respectivement p. 13 et 1.
32. En entrevue, c'est encore ce que Lajoie retient aujourd'hui comme la principale contribution de sa recherche (entrevue du 27 mai 2015). Elle a publié de multiples textes sur cette question, dont Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari et Jean-Louis Baudouin, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?», *Revue du Barreau*, vol. 43, 1983, p. 675-731 et Andrée Lajoie, «L'émergence d'un droit social: le droit aux services», dans Andrée Lajoie et Patrick A. Molinari (dir.), *Pour une approche critique...*, p. 21-56. Les tribunaux ont repris cette analyse: voir par exemple l'arrêt *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, 2001 CanLII 17133 (QC CA).
33. «Analyse critique...», p. 7-8 (et citations suivantes).
34. *Ibid.*, p. 10. On se rappellera ici de la réflexion d'E.P. Thompson sur le droit comme terrain de luttes: Edward P. Thompson, *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, Londres, Breviary Stuff Publications, 2013 [1975], p. 202-210.
35. *Ibid.*, p. 11-12.
36. Jean-Marie Fecteau, «L'émergence d'un réseau public d'établissements...», p. 105.
37. *Ibid.*
38. Jean-Marie Fecteau et Rachel Chagnon, «Les pratiques de l'histoire du droit au Québec», *Revue Juridique Themis*, n° 34, 2000, p. 291. Voir aussi Jean-Marie Fecteau, «L'histoire du droit dans le champ du savoir...»; *Idem*, «Savoir historique et mutations normatives...»; *Idem*, «Prolégomènes à une étude historique des rapports entre l'État et le droit dans la société québécoise, de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à la crise de 1929», *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 129-138; ainsi que Jean-Marie Fecteau et Guy Rocher, «La mutation de l'État depuis la crise de 1929 et la place du droit», Rapport à la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (commission Macdonald), n. p., 1984. Ce dernier document est disponible au CHRS.
39. Donald Fyson, *loc. cit.*, p. 325.
40. Jean-Marie Fecteau, «Analyse critique...», p. 11.
41. *Ibid.*
42. Jean-Marie Fecteau, «Savoir historique et mutations normatives...», p. 48-56.
43. *Ibid.*
44. Voir cependant l'article de Martin Petitclerc dans ce volume, où l'auteur relève la graduelle disparition de considérations économiques de l'œuvre de Fecteau à partir de la fin des années 1980.

45. Jean-Marie Fecteau, « Analyse critique... », p. 4-6.
46. Jean-Marie Fecteau, *Pauvres, indigents et assistés au Québec. Modes successifs d'insertion de l'État dans le processus de réduction des inégalités*, Québec, M.A.S., 1976.
47. Il raffinerait plus tard cette périodisation, préférant la crise de 1929 à la fin de la Première Guerre mondiale comme le point de basculement. Voir Jean-Marie Fecteau et Guy Rocher, « La mutation de l'État... », ainsi que Jean-Marie Fecteau, « Prolégomènes à une étude historique... » et *Idem*, « L'émergence d'un réseau public d'établissements... », en conclusion.
48. Voir Jean-Marie Fecteau, « L'émergence d'un réseau public d'établissements... ».
49. Jean-Marie Fecteau, « Savoir historique et mutations normatives... », p. 56.