

Les Cahiers de droit

Pour une sociologie des ordres juridiques

Guy Rocher



Volume 29, Number 1, 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042870ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042870ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rocher, G. (1988). Pour une sociologie des ordres juridiques. *Les Cahiers de droit*, 29(1), 91–120. <https://doi.org/10.7202/042870ar>

Article abstract

The object of the sociology of law has to date been defined too narrowly. Positive law as conceived by jurists, that is law related to the State in one way or another through the legislator, the courts or the law itself, has generally been recognized as the object of the sociology of law. Sociology of law has therefore remained too much within the legal ideology that dominates not only the legal profession but the overall culture of modern Western societies. It is suggested that the notion of "legal order" should furnish the appropriate object for the sociology of law, provided it is defined broadly enough to cover all the legal orders existing in a given society. This first requires a definition of law not only in terms of norms, rules and principles, but as a living institution that includes all agents and/or organizations that contribute to produce, interpret and apply the law. And secondly, it requires considering State legal order as just one of all the legal orders that co-exist in a society. It should be sociology's task to identify the numerous non-State legal orders and to analyse the complex set of interrelationships among them and with the State legal order. This broadened pluralistic line of thought follows the leads provided long ago by Max Weber and Santi Romano, which have not to date been paid all the attention they deserve.

Pour une sociologie des ordres juridiques

Guy ROCHER *

The object of the sociology of law has to date been defined too narrowly. Positive law as conceived by jurists, that is law related to the State in one way or another through the legislator, the courts or the law itself, has generally been recognized as the object of the sociology of law. Sociology of law has therefore remained too much within the legal ideology that dominates not only the legal profession but the overall culture of modern Western societies. It is suggested that the notion of "legal order" should furnish the appropriate object for the sociology of law, provided it is defined broadly enough to cover all the legal orders existing in a given society. This first requires a definition of law not only in terms of norms, rules and principles, but as a living institution that includes all agents and/or organizations that contribute to produce, interpret and apply the law. And secondly, it requires considering State legal order as just one of all the legal orders that co-exist in a society. It should be sociology's task to identify the numerous non-State legal orders and to analyse the complex set of interrelationships among them and with the State legal order. This broadened pluralistic line of thought follows the leads provided long ago by Max Weber and Santi Romano, which have not to date been paid all the attention they deserve.

	<i>Pages</i>
1. Le droit positif des juristes : ses limites pour la sociologie	93
1.1. Le droit positif	93
1.2. Les limites de la notion de droit positif	94
2. La notion d'ordre juridique	96
2.1. L'ordre juridique selon Max Weber	97
2.2. L'ordre juridique selon Santi Romano	99
2.3. L'ordre juridique selon Jacques Chevallier	102

* Professeur, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal. Je tiens à remercier Jean-Guy Belley, Yves Brillon, Richard Croteau, Patrick A. Molinari, Pierrette Mulazzi, Denis Szabo et Robert Vandycke qui ont bien voulu lire le manuscrit de cet article et qui m'ont fait de très utiles commentaires critiques et de précieuses suggestions.

	<i>Pages</i>
3. Définition de l'ordre juridique	104
3.1. Ordre juridique et ordre normatif	105
3.2. Les emprunts	106
4. La pluralité des ordres juridiques	108
4.1. Les ordres juridiques religieux	109
4.2. Les ordres juridiques ludiques	110
4.3. Les ordres juridiques marginaux	111
4.4. Alors, tout ne devient-il pas juridique?	112
4.5. Le pluralisme juridique: une tradition	113
5. Les rapports entre les ordres juridiques	115
5.1. Le droit et les changements technologiques	116
5.2. Déréglementation et auto-régulation	118
Conclusion	119

La réflexion engagée ici a comme but de clarifier quel est ou, plus exactement, quel devrait être, à mon avis, l'objet d'étude de la sociologie juridique. Celle-ci est en train de s'édifier progressivement. Elle a pris son essor dans plusieurs pays: États-Unis, Angleterre, France, Allemagne de l'Ouest, Italie, Belgique, Suisse, Hollande. Elle commence à faire son chemin au Canada, notamment au Québec¹. Mais je crois que jusqu'à maintenant, la sociologie juridique n'a pas encore suffisamment réfléchi sur la nature et l'étendue de son objet d'étude. Il en résulte qu'elle demeure encore trop prisonnière de la notion que les juristes contemporains se sont faite et entretiennent du droit.

Pour répondre aux objectifs globaux qui devraient être les siens, *la sociologie juridique doit être non seulement une sociologie du droit, mais une sociologie des ordres juridiques*. Le droit, tel qu'on l'entend dans les sociétés contemporaines, ne peut être qu'une partie du champ d'étude de la sociologie juridique. La sociologie juridique apportera un éclairage nouveau et une perspective dynamique sur ce droit dans la mesure où elle le déborde, pour l'analyser dans un contexte élargi.

Ces affirmations demandent à être clarifiées, justifiées et expliquées. C'est à quoi s'emploie le reste de cet article.

1. Pour le Québec, voir l'inventaire que j'en ai fait: « La sociologie du droit: une discipline en émergence? », dans *Le droit dans tous ses états*, sous la direction de R. BUREAU et P. MACKAY, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, p. 555-596.

1. Le droit positif des juristes : ses limites pour la sociologie

1.1. Le droit positif

Lorsqu'il évoque le droit, objet de sa pratique ou de ses recherches, le juriste sait généralement bien en reconnaître la nature, l'étendue et les frontières. Le droit dont il s'agit pour lui, c'est ce qu'il appelle souvent lui-même le droit positif. Celui-ci est composé 1° de l'ensemble des règles, normes et principes 2° que l'on trouve dans les textes qui émanent 3° soit d'organismes publics ou étatiques habilités à dire le droit 4° soit de personnes, de groupes de personnes, d'organismes privés qui agissent ou passent des ententes en vertu de pouvoirs reconnus par l'État ou le droit de l'État.

De manière concrète, le droit positif recouvre diverses réalités : le *corpus* des lois émanant du législateur reconnu, qu'il s'agisse de codes ou de toutes les lois que le législateur fait chaque année ; les règlements, devenus aujourd'hui nombreux, passés par le pouvoir exécutif ou des organismes habilités en vertu des pouvoirs que leur confèrent les lois ; les jugements des divers tribunaux chargés par le législateur et le pouvoir exécutif d'interpréter les lois et les règlements ; enfin, des actes (par exemple, des testaments) ou des ententes (des contrats) par lesquels des personnes ou des groupes, des organismes privés ou publics, créent des droits subjectifs et des obligations pour eux-mêmes ou pour d'autres. Si l'on veut parler en termes de « sources de droit », comme les juristes ont l'habitude de faire, il faudrait ajouter la coutume et la doctrine, mais l'on est ici à la marge sinon en dehors du droit positif, c'est-à-dire du droit « posé » ou « imposé ».

Les trois premières composantes du droit positif se rapportent surtout à des corps publics : le législateur, les tribunaux, le pouvoir exécutif ou tout organisme — généralement public — habilité à édicter des règlements. Des organismes privés peuvent être aussi habilités à faire de tels règlements : par exemple, une corporation professionnelle reconnue par la loi peut être autorisée à faire des règlements pour ses membres. La quatrième composante — les ententes et les actes privés — est beaucoup plus large et peut impliquer des personnes, des groupes, des organismes privés tout autant que des corps publics. Ainsi, le testament olographe que rédige une personne est un acte juridique qui crée des droits subjectifs (pour les héritiers ou légataires) et des obligations (pour l'exécuteur testamentaire et parfois aussi pour les légataires ou même des tiers). Le contrat de mariage entre deux personnes, le bail entre un locateur et un locataire, la convention collective signée entre un employeur et un syndicat représentant les employés, tous ces actes créent des droits subjectifs et des obligations, tout comme une loi ou un règlement ; de plus,

tous ces actes s'expriment dans des écrits qui peuvent, comme une loi, être soumis à l'interprétation d'un tribunal.

En dehors du droit positif des juristes, bien d'autres droits subjectifs et obligations peuvent être créés, auxquels le juriste ne reconnaîtra cependant pas de caractère juridique. Sans multiplier les exemples, donnons-en quelques-uns. Des parents peuvent formuler des règles pour leurs enfants touchant, par exemple, les heures de repas, les sorties, l'écoute de la télévision. Les membres d'un club de cartes peuvent décider des règles qu'ils suivront. Une association privée peut faire des règlements pour ses membres. Une institution d'enseignement peut astreindre ses élèves à des règles touchant la tenue vestimentaire, la discipline à l'école, les travaux scolaires. Une église, une secte peuvent imposer l'observance de certaines règles à leurs fidèles : par exemple, s'abstenir de viande, d'alcool, de tabac. Toutes ces règles peuvent être assorties de sanctions diverses. Mais aucun juriste n'ira demander à un tribunal de les faire observer par une personne.

Le juriste connaît donc avec une assez grande précision les obligations qui sont juridiquement contraignantes ; il sait les distinguer de celles qui ne le sont pas. Une règle ou une sanction n'est pas juridique lorsqu'elle a été édictée par une personne, un groupe ou un organisme qui n'est pas habilité par la loi à faire des règles. Le droit du juriste est donc intimement lié à l'État : c'est ce dernier qui est la source du juridique, par ses codes, ses lois, ses règlements ou par ses tribunaux. Des citoyens ou des groupes peuvent engendrer des obligations juridiques, par exemple, en signant un contrat qui les lie. Mais ce contrat n'est valide que s'il ne contrevient pas à des normes ou des règles établies par un code ou des lois émanant de l'État et qui établissent la forme que doit revêtir le contrat, ses limites, certaines règles touchant sa substance.

Le droit positif porte bien son nom, en ce sens qu'il est « posé » ou encore « imposé » par une volonté humaine ; il est le produit d'un acte libre, qui pose des droits subjectifs et impose des obligations. En sanctionnant une loi, le législateur pose — et impose — de nouvelles règles et de nouvelles sanctions ; en rédigeant un testament ou en signant un contrat, des citoyens s'imposent à eux-mêmes ou imposent à d'autres des obligations tout en produisant des droits subjectifs.

1.2. Les limites de la notion de droit positif

La sociologie se doit évidemment de partir de cette notion qu'ont les juristes du droit positif. On peut même croire que le droit positif ainsi conçu est l'objet privilégié d'étude de la sociologie juridique. Par ailleurs, celle-ci ne peut pas non plus se satisfaire de cette notion du droit ; elle ne peut s'enfermer

à l'intérieur des frontières de ce que les juristes considèrent comme le seul champ juridique.

Le droit positif présente pour la sociologie deux importantes limites. Tout d'abord, il est trop exclusivement un ensemble de normes, un discours normatif. Si la sociologie s'intéresse à ce discours, ce n'est pas avant tout pour savoir ce qu'il permet ou prohibe, c'est aussi et peut-être surtout pour comprendre quels en sont les processus de production, les modalités d'application, les effets sociaux. Le législateur qui fait des lois, le tribunal qui les interprète ou qui fait du droit nouveau, l'avocat ou le notaire qui dit le droit à ses clients ou qui en réclame une interprétation devant une cour, le fonctionnaire ou le policier qui appliquent la loi ou ses règlements sont au moins aussi importants pour la sociologie que la règle de droit elle-même ou que le discours juridique. Le droit auquel s'intéresse la sociologie, c'est donc le discours juridique dans tout le contexte des appareils ou des agents qui le créent, l'interprètent et l'appliquent. Un concept est alors nécessaire pour recouvrir cet ensemble, ce « droit en action », ce « droit vivant ». La notion de droit positif est trop limitée pour rendre compte de cette totalité.

En second lieu, le droit positif du juriste est lié à l'État et à ses appareils. Le juriste ne reconnaît rien de juridique en dehors de ce que des tribunaux peuvent accepter comme tel. Cette notion du droit est évidemment liée au statut de l'État ; elle prévaut dans des périodes historiques, comme celle des temps modernes, où l'État est unifié, centralisé, dominant ; elle ne correspond pas à des périodes où l'État central est faible et presque inexistant. Ainsi, l'Europe des XII^e et XIII^e siècles a connu un pouvoir politique éclaté : celui des rois, des seigneurs, des papes, des évêques, des monastères, des villes, des corporations. Ce fut en même temps une période de grands bonds en avant de la pensée jurisprudentielle où s'opéra « la formation de la tradition juridique occidentale ». Mais ces progrès se poursuivirent dans un contexte de pluralisme juridique où cohabitaient simultanément plusieurs systèmes juridiques dont les interrelations étaient très complexes : le droit ecclésiastique, qui tenait souvent lieu de droit civil et de droit criminel, le droit seigneurial, le droit des villes, le droit des corporations, le droit du commerce, le droit royal². À cette époque et pendant un très long temps, jusqu'au XIX^e siècle peut-on dire, la problématique du pluralisme juridique était explicitement présente à l'esprit des juristes. À preuve, les débats doctrinaux relatifs au « droit public de l'Église », à la personnalité juridique des corporations municipales et des ordres professionnels et leur relation à l'État, au droit disciplinaire des groupes privés.

2. Sur cette époque, voir notamment l'ouvrage magistral de H.J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1983, 657 p.

Telle n'est plus la situation dans les sociétés contemporaines, occidentales et autres, dont la pensée juridique et politique est dominée par le paradigme du monisme juridique, qui ne reconnaît comme seul droit que celui qui est relié à l'État. L'État moderne a progressivement éliminé, absorbé ou monopolisé tous les pouvoirs politiques, imposant du même coup l'hégémonie et finalement l'exclusivité de son droit sur l'ensemble du territoire qu'il occupe et sur toutes les institutions qui s'y trouvent. Les citoyens du Moyen-Âge pouvaient relever juridiquement soit du droit d'une ville, soit de celui d'un fief, soit de l'un des droits de l'Église. Ceux des nations contemporaines relèvent tous — et en principe sur un pied d'égalité — d'un même droit, celui de leur État-Nation. Et la pensée juridique, se modelant sur cette réalité, a adopté le postulat du monisme juridique, c'est-à-dire de l'exclusivité du droit étatique comme seul système juridique.

Pourtant, le fait de la *pluralité* des formes juridiques n'est pas moins présent aujourd'hui qu'autrefois. Mais le *pluralisme* juridique ne fait plus partie non seulement de la conscience des juristes mais des représentations sociales communes dans les sociétés modernes. L'idéologie moniste a évacué et occulté le fait du pluralisme juridique. Pour sa part, la sociologie doit échapper à cette idéologie. Elle ne doit pas s'enfermer dans la définition moniste du droit positif, elle doit plutôt la faire éclater. La prédominance et l'omniprésence du droit de l'État cachent l'existence d'autres formes de régulation auxquelles la sociologie a tout avantage à attribuer un caractère que l'on peut appeler juridique — même s'il s'agit d'un juridique que les tribunaux ne reconnaîtraient pas. Mais pour bien affirmer la reconnaissance de ces formes juridiques — non orthodoxes pour le juriste — la sociologie a besoin d'un concept qui s'adresse au phénomène juridique dans sa totalité, et non seulement dans une de ses manifestations sous la forme du droit étatique.

2. La notion d'ordre juridique

La notion qui peut le mieux servir la sociologie juridique, parce qu'elle permet de dépasser les limites de la notion du droit positif, est celle d'ordre juridique. Cette notion n'est pas très courante, parce que la sociologie juridique ne l'a pas encore reconnue comme son objet d'étude. Les sociologues continuent encore trop à faire de la sociologie juridique selon la définition que les juristes donnent du droit positif relié à l'État, alors que leur véritable objet d'étude devrait couvrir un champ bien plus étendu.

Commençons par explorer les origines de cette notion chez les quelques auteurs qui l'ont utilisée, pour ensuite la définir pour nous-mêmes. En réalité, trois auteurs ont tenté de la cerner d'une manière rigoureuse : Max Weber, Santi Romano, Jacques Chevallier.

2.1. L'ordre juridique selon Max Weber

La notion d'ordre juridique apparaît dans la sociologie du droit de Max Weber, bien que celui-ci n'en fasse finalement pas grand usage. Il est cependant utile de partir de la distinction qu'il fait entre deux notions d'ordre juridique. Celle du juriste d'abord, lorsque celui-ci donne des diverses dispositions juridiques «[...] une interprétation telle qu'elles puissent être amalgamées en un système logiquement cohérent. Ce système est l'"ordre juridique", dans le sens juridique du mot »³. Pour Weber, l'ordre juridique du juriste, c'est-à-dire entendu au sens juridique strict, est donc l'ensemble cohérent, logique des règles ou des normes. C'est là la manière la plus simple de parler d'un ordre juridique ; on se réfère alors à l'unité, la cohésion, l'organisation interne de l'ensemble des normes et règles juridiques, leur conférant les caractères d'un tout, donc d'un système ou d'un ordre.

Cette idée d'une unité systémique des règles juridiques n'est pas neuve, elle a été souvent énoncée. On peut même croire qu'elle fait partie de l'idéologie juridique, c'est-à-dire d'une perception du droit comme on voudrait qu'il soit. Car il n'est pas certain que le droit d'une société donnée réponde à une telle vision idéale, qui semble faire abstraction des contradictions et des carences de tous les droits particuliers. Cependant, on peut l'accepter pour des fins analytiques ou heuristiques, comme hypothèse ou encore comme formulation d'un « type idéal »⁴.

La seconde connotation de l'ordre juridique surgit sous la plume de Weber lorsqu'il met le droit en rapport avec l'économie, ce qui était le principal intérêt qu'il poursuivait. «[...] l'ordre économique et l'ordre juridique sont en rapport l'un avec l'autre de la manière la plus intime, à condition que le second soit envisagé non dans son sens juridique, mais dans son sens sociologique, c'est-à-dire dans son application *réelle* [...]. Le sens de l'expression "ordre juridique" change alors complètement. Elle ne signifie plus un cosmos

3. M. WEBER, *Économie et société*, trad. franç. de J. Freund *et al.*, sous la direction de J. Chavy et É. de Dampierre, Paris, Plon, 1971, p. 321. Il s'agit du volume I, le second tome n'ayant pas encore vu le jour plus de 15 ans après le premier.

4. Dans la méthodologie élaborée par Max Weber, le « type idéal » est un ensemble conceptuel construit à partir de matériaux observés dans diverses situations concrètes, mais qui sont agencés de la manière la plus rationnelle possible pour composer un tout cohérent et unifié. Le type idéal porte ce nom, non pas parce qu'il représente un idéal normatif, un idéal à poursuivre, mais plutôt parce qu'il est la représentation la plus épurée d'une réalité. Il en résulte que le type idéal ne se trouve pas comme tel dans la réalité. C'est ce qui permet au sociologue de l'utiliser comme instrument analytique, notamment pour faire des études comparatives d'une institution (par exemple, la bureaucratie ou le capitalisme) dans des contextes historiques et dans des civilisations ou des cultures différentes.

de normes dont la logique peut établir la “justesse”, mais un complexe de motifs agissant sur l’activité réelle de l’homme »⁵.

Pour définir l’ordre juridique dans ce deuxième sens, dans un sens que l’on peut appeler élargi, Weber ne se place plus du côté des normes, mais du côté de l’action humaine, plus précisément du côté des acteurs sociaux. Fidèle à la méthodologie qu’il considère fondamentale en sociologie, Weber pose au départ l’action humaine sociale, c’est-à-dire l’interaction d’acteurs inspirés par des buts choisissant des moyens et recourant pour communiquer entre eux à un univers symbolique de significations. Par là, Weber rejoint la notion du « droit en action » ou du « droit vivant ». Aux motifs économiques, politiques, moraux et religieux qui peuvent guider l’action humaine, le droit vient ajouter un autre « ensemble de motifs », ceux qui trouvent leur source dans la règle de droit. L’analyse sociologique que privilégie Weber porte ainsi sur ce que l’on pourrait appeler « l’agir juridique », c’est-à-dire cette catégorie d’actions sociales auxquelles les acteurs accordent une signification particulière, celle d’être régies par des normes, des règles, des principes appartenant au Droit, donc revêtues d’une signification juridique.

Quelles sont ces règles, parmi toutes celles que l’on trouve dans une société, qui revêtent cette signification particulière d’être juridiques ? Quel est, en d’autres termes, le critère de la juridicité ? Weber répond sans équivoque lorsqu’il définit le Droit : sont juridiques les règles dont « [...] la validité est garantie extérieurement par la chance d’une *contrainte* (physique ou psychique), grâce à l’activité d’une *instance* humaine, *spécialement* instituée à cet effet, qui force un respect de l’ordre et châtie la violation »⁶. En d’autres termes, le critère de la juridicité des règles qu’adopte Max Weber, c’est leur caractère contraignant particulier découlant du fait que des agents ou des appareils ont comme fonction particulière et reconnue de les faire respecter et de punir au besoin les contrevenants. Ce critère de juridicité constitue à mon avis un apport de grande importance à la sociologie juridique. Mais je considère que Max Weber ne l’a pas assez élaboré pour le rendre vraiment opératoire. Je le reprendrai plus loin, pour le développer et en faire l’assise de la notion d’ordre juridique.

Si Weber n’a pas poussé plus avant sa réflexion sur la spécificité du fait juridique, c’est, à mon avis, qu’il n’a pas vraiment fait usage du concept d’ordre juridique ; le reste de son œuvre porte sur le droit positif de l’État. C’est à un théoricien du droit, beaucoup moins connu que Weber, à vrai dire presque inconnu encore aujourd’hui, Santi Romano, qu’il revient d’avoir développé la notion d’ordre juridique.

5. M. WEBER, *supra*, note 3, p. 322.

6. *Id.*, p. 33. Les soulignés sont de Weber.

2.2. L'ordre juridique selon Santi Romano

Santi Romano, juriste italien, fut un contemporain de Weber. Bien que l'ouvrage de Romano soit antérieur à la *Rechtssoziologie* de Weber, celui-ci ne le cite pas. Il est cependant difficile de croire qu'il ne l'a pas connu. À la différence de Weber, dont l'œuvre est immense, toute la pensée de Romano tient dans un petit ouvrage, qui parut en italien, d'abord sous forme d'articles puis en livre en 1917-1918 et qui n'a été traduit en français qu'en 1975⁷. N'ayant pas encore été traduit en anglais, l'ouvrage de Romano demeure à peu près inconnu des juristes et sociologues de langue anglaise⁸.

Au point de départ de sa réflexion, Romano constate que : « la nécessité de considérer un ordre juridique comme une unité [...], a été maintes fois relevée. Elle est même devenue une sorte de lieu commun des théories de l'interprétation des lois ; mais il est étrange qu'elle n'ait jamais été utilisée et poussée jusqu'à ses conséquences logiques pour la définition du droit »⁹. Ce qu'il appelle les « conséquences logiques » de l'unité de l'ordre juridique consistent en réalité à faire éclater le cadre trop étroit qui réduit le droit aux seules normes et règles juridiques. Car ce que Romano conteste, c'est précisément une conception du droit qu'il juge trop restreinte, celle qui définit le droit comme étant essentiellement composé de normes. Pour Romano, les normes ne sont qu'un élément du droit ; le droit dans sa totalité est plus que les normes, il les dépasse et les englobe. Comme le note à ce sujet Ph. Francescati dans l'« Introduction à l'édition française » de *L'ordre juridique* : « [...] Santi Romano est l'anti-Kelsen, en ce sens que, contrairement à lui, il croit que le droit n'est pas normes mais totalité dépassant la somme des normes et contenant encore bien d'autres choses que des normes. [...] Pour Santi Romano, le droit ne doit pas être pensé à partir du concept de normes. Il est, on vient de le rappeler, plus qu'un ensemble de normes. Il est même plus qu'un système de normes, si le mot système devait être pris dans un sens qui renverrait à une quelconque idée de cohérence logique, même si le droit peut, mais dans une vue seulement partielle, être également perçu comme un système ainsi entendu »¹⁰.

7. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. franç. par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, 174 p.

8. L'exception la plus notable est sans doute J. STONE qui a consacré plusieurs pages à Romano : *Social Dimensions of Law and Justice*, Sydney, Maitland Pub. PTY., 1966, p. 519-545. Autre exception notable, puisqu'il s'agit d'un Québécois, R.A. MACDONALD : « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle" », *Sociologie et sociétés*, 18 (1986), 47-58. Voir sa note 8, p. 49.

9. S. ROMANO, *supra*, note 7, p. 8.

10. *Id.*, p. VI-VII.

Ce qui confère au droit l'unité d'un système, selon Romano, ce ne sont pas les règles et normes elles-mêmes ; c'est plutôt que celles-ci sont faites et appliquées par des agents, des personnes, des corps qui veulent leur donner une certaine unité, une logique interne. Ce sont ces personnes, ces agents, ces corps qui sont importants pour comprendre le contenu, l'histoire, la vie du droit. Les normes ne sont, pour Romano, qu'un élément du droit ; définir le droit comme un ensemble de normes, c'est définir le droit d'une manière partielle, incomplète. Qu'est-ce donc que le droit dans sa totalité ? Un ordre, c'est-à-dire une institution, répond Romano. Qu'est-ce à dire ?

Pour comprendre pourquoi Romano identifie ordre et institution, il faut se rappeler qu'il publiait ses articles en 1917-1918, à l'époque des débuts de la pensée sociologique. C'est le moment où quelques juristes français traçaient les premiers sillons d'une sociologie juridique inspirée des travaux d'Émile Durkheim, à qui ils avaient emprunté la notion d'institution. Romano se réclame expressément de cette École « institutionnaliste », illustrée en France notamment par Hauriou, Duguit, Renard.

Romano a une conception très concrète de l'institution. Elle est, dit-il, « un corps social », dotée d'« une existence objective et concrète », ayant une individualité « apparente, visible »¹¹. Elle est « stable et permanente »¹² ; elle peut être composée de personnes formant un groupe, une association, mais elle transcende ces personnes, leur individualité, leur existence. Bref, l'institution est une organisation de rapports sociaux formant « une entité close, pouvant être considérée en soi et pour soi »¹³. Romano donne quelques exemples d'institutions : les écoles, les académies, les établissements de tous genres, les communes, les provinces, divers organes administratifs. Certaines institutions sont simples, d'autres sont « des institutions d'institutions »¹⁴.

C'est cette notion concrète de l'institution qui va donner corps à l'ordre juridique, tel que conçu par Romano. L'ordre juridique se compose, bien sûr, d'un ensemble ordonné et structuré de normes, de règles, de principes. Mais il comprend aussi « [...] les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci. En d'autres termes, l'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de sa

11. *Id.*, p. 25.

12. *Id.*, p. 28.

13. *Id.*, p. 27.

14. *Id.*, p. 27.

structure. Sous certains angles, on peut même dire que les normes apparaissent comme des reflets des traits essentiels d'un ordre juridique »¹⁵.

Il découle de ce texte que, pour Romano, l'ordre juridique est une totalité institutionnelle comprenant non seulement les règles, mais tous ceux qui les « créent, modifient, appliquent, font respecter ». Les « instances » que Weber n'a pas spécifiées dans sa notion sociologique de l'ordre juridique, voilà qu'elles se trouvent explicitées par Romano. Elles peuvent se ramener à deux catégories, dans l'esprit de Romano : celles qui élaborent le droit (le créent, le modifient), celles qui le mettent en œuvre (l'appliquent, le font respecter).

On peut dire que Romano déplace vigoureusement l'accent, le faisant porter non sur les normes du droit, mais sur « l'organisation » qui produit et applique ces normes. Cette décentralisation des normes qu'opère Romano provient de la conception profondément sociologique qu'il a de l'ordre juridique. Lorsqu'il tente de cerner le concept de droit, Romano pose certaines règles : « Il faut avant tout le rapporter [le concept de droit] au concept de société. [...] le concept de droit comporte nécessairement l'idée de l'ordre social [...] L'ordre social posé par le droit n'est pas celui qui résulte de l'existence de normes de toutes provenances réglant les rapports sociaux : il n'exclut pas ces normes, il s'en sert même, les intégrant à sa sphère, mais il ne les en précède et ne les en domine pas moins. Cela veut dire que le droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même »¹⁶.

Cette conception du droit distingue nettement Romano de Kelsen, Hart et de tout le courant contemporain de la philosophie et de la théorie du droit, qui a recherché la nature du droit dans les règles, les normes. Tout en prenant en compte les règles qui composent le droit, Romano les situe dans un contexte élargi. En ce sens, bien que Romano ne se réclame pas de la sociologie, sa théorie du droit est de fait une théorie sociologique du droit. On doit même considérer son petit ouvrage comme un des premiers et des plus lumineux traités de théorie sociologique du droit. Le peu que je viens d'en dire ne rend d'ailleurs pas entièrement justice à la notion d'ordre juridique élaborée par Romano ; je reviendrai plus loin sur d'autres aspects.

15. *Id.*, p. 10.

16. *Id.*, p. 19.

2.3. L'ordre juridique selon Jacques Chevallier

La conception du droit de Romano n'a guère été reprise. L'œuvre de Romano est même tombée dans un oubli à peu près complet pendant une longue période de temps, avant d'être récemment redécouverte ; il a fallu plus de cinquante ans pour que son ouvrage soit traduit en français et il ne l'est pas encore en anglais.

Tout récemment, Jacques Chevallier a repris l'idée de « l'ordre juridique »¹⁷, dans une perspective qui s'inspire de Romano, des institutionnalistes français, de Gurvitch et d'autres ; mais d'une manière différente et originale. L'ordre juridique, dit-il peut être entendu en deux sens différents. « Par ordre, on peut entendre d'abord l'agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible [...] Or, le propre des règles juridiques est précisément qu'elles sont, à l'intérieur d'un même espace social, liées et interdépendantes [...] Mais par ordre, on peut entendre aussi un certain mode d'action et d'emprise sociale : conçu comme synonyme de *commandement*, l'ordre traduit alors une manifestation d'autorité. Or, la règle de droit s'exprime essentiellement à l'impératif [...] Le droit est donc un ordre à la fois en tant qu'il est "systématique" et en tant qu'il est "normatif" ; et ces deux aspects, non seulement sont indissolublement liés, mais encore se confortent réciproquement »¹⁸.

Partant de cette dualité, Chevallier analyse l'ordre juridique d'abord « comme système de normes », puis « comme dispositif normatif ». En tant que système de normes, l'analyse qu'en fait Chevallier est double : comme ordre « statique », puis comme ordre « dynamique ». Cette distinction, dont on peut dire qu'elle remonte au fondateur de la sociologie, Auguste Comte, mais qui a été peu utilisée depuis, sert à Chevallier à distinguer entre, d'une part, la production et la reproduction des normes juridiques (leur « dynamique ») et, d'autre part, la cohésion et la hiérarchie qui caractérisent leur structuration interne. Cette dernière — l'analyse statique — met l'accent sur l'univers des normes juridiques conçu comme un système complet en lui-même. Par contre, l'analyse dynamique ouvre des perspectives sur les rapports entre droit et société, qui feront cependant surtout l'objet de l'analyse de l'ordre juridique « comme dispositif normatif ». Double volet ici encore, où Chevallier met en rapport d'abord l'ordre juridique et l'ordre social, puis l'ordre juridique et l'organisation sociale.

17. J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le Droit en procès*, ouvrage collectif du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), Paris, P.U.F., 1984, pp. 7-49.

18. *Id.*, p. 7-8.

Jacques Chevallier est sensible aux renversements de perspectives dans l'analyse de l'ordre juridique. Ainsi il montre, d'une part, comment l'ordre juridique est « socialisé », c'est-à-dire structuré et informé par l'ordre social auquel il appartient et dont il est un « sous-ensemble » ou un sous-système. D'autre part, la structuration de l'ordre social est de son côté marquée par le rôle institutionnalisant de l'ordre juridique, surtout dans les sociétés contemporaines où l'on a assisté à une « explosion du droit » sans mener, note cependant Chevallier, jusqu'au « pan-juridisme ».

Poursuivant dans la même veine de paradoxes, Chevallier souligne l'unité de l'ordre juridique en même temps que la pluralité des ordres juridiques. Au sujet de celle-ci, Chevallier s'inspire explicitement de Santi Romano et de Georges Gurvitch. Comme eux, il met en lumière que « la mise en évidence de leurs interrelations [entre les ordres juridiques] est de nature à éclairer les processus de production du droit ». Et en même temps, fidèle à son idée d'unité et de cohésion des ordres juridiques, il insiste pour dire que « le pluralisme des ordres juridiques n'est nullement synonyme de dispersion anarchique »¹⁹.

On le voit tout de suite, la notion d'ordre juridique de Chevallier reprend sur plusieurs points celle de Romano. Par ailleurs, elle est plus centrée que celle-ci sur les normes et les règles, car elle ne reprend pas la notion d'institution, si caractéristique chez Romano. De plus, alors que l'ordre juridique est un fait d'observation pour Romano, il devient chez Chevallier à la fois un procédé heuristique et un idéal. « Le concept d'ordre juridique n'a de valeur qu'*heuristique*, ou opératoire, en permettant de dévoiler certains traits du phénomène juridique [...] L'ordre n'est en fait qu'un *idéal* auquel le droit tend de toutes ses forces »²⁰. Mais la notion de Chevallier de l'ordre juridique présente l'avantage de lier, dans un même concept, deux dimensions complémentaires et essentielles du droit : sa dimension systémique et sa dimension normative. La première est fondamentale du point de vue méthodologique, la seconde, du point de vue normatif ou axiologique. Pour demeurer dans les limites de cet article, cette double perspective sur le droit, qu'à mon avis la sociologie ne doit pas perdre de vue, ne sera cependant pas reprise ici.

19. *Id.*, p. 48.

20. *Id.*, p. 48-49. Les soulignés sont de Chevallier.

3. Définition de l'ordre juridique

Éclairée par les auteurs que je viens d'évoquer, la conception de l'ordre juridique que je propose comme objet d'étude élargi de la sociologie juridique se rapproche de celle de Weber et surtout de celle de Romano²¹.

Dans l'ensemble du tissu social, un ordre juridique se reconnaît aux critères suivants :

- 1° un ensemble de règles, de normes sont acceptées comme au moins théoriquement contraignantes par les membres d'une unité sociale particulière, qu'il s'agisse d'une nation, d'une société, d'une organisation, d'un groupe, etc. ;
- 2° des agents ou des appareils sont reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour :
 - élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent ;
 - interpréter les règles existantes ;
 - les appliquer et les faire respecter ;
- 3° l'intervention des appareils ou agents est fondée sur une légitimité, c'est-à-dire que les membres de l'unité sociale considèrent que l'action de ces agents ou appareils est justifiée, parce qu'ils leur reconnaissent l'autorité nécessaire pour faire, ou interpréter, ou appliquer les règles ; concrètement, cela signifie que les membres de l'unité sociale ont une *conscience* des rapports entre les règles et les appareils ou agents ;
- 4° les trois fonctions énumérées en 2° peuvent être remplies par des agents ou des appareils différents, ou par les mêmes. Ce qui est important cependant pour reconnaître l'existence d'un ordre juridique, c'est que ces trois fonctions — et non seulement une ou deux — soient exercées ;
- 5° les règles et les agents ou appareils doivent faire preuve de stabilité dans le temps, d'une relative permanence. Ces règles ne doivent pas sans cesse varier et les agents être constamment relayés.

21. Il importe peut-être de préciser ici, à l'intention du lecteur juriste qui serait peu familier avec la méthodologie sociologique, que la définition en sociologie n'a pas la même fonction qu'en droit, ni par conséquent le même usage : elle est de caractère *conventionnel et opératoire* et l'usage qui en est fait est explicatif plutôt que normatif. Elle s'apparente souvent à une description, en ce sens que le sociologue définit rarement un objet en une seule phrase. La définition sociologique ressemble davantage à la construction du type pur de Max Weber (v. *supra*, note 4), qu'à la définition familière aux juristes.

3.1. Ordre juridique et ordre normatif

Les cinq critères qu'on vient d'énoncer doivent se retrouver pour qu'on puisse parler d'un ordre juridique. Ce sont ces cinq critères qui distinguent l'ordre juridique de tout autre ordre normatif.

La notion d'ordre normatif est en effet beaucoup plus large que celle d'ordre juridique. Des règles qui ne sont pas juridiques peuvent constituer un discours normatif efficace, comme c'est le cas, par exemple, de règles morales ou de traditions hautement respectées. Ces règles non juridiques peuvent même être plus efficaces que les règles juridiques. Mais elles constituent un discours normatif d'une autre nature que le droit.

Nous touchons ici un point fondamental. Ce n'est pas parce qu'elles sont efficaces, ou plus ou moins efficaces que d'autres, que des règles sont juridiques. Ce n'est pas non plus parce qu'elles sont plus ou moins coercitives, ou qu'elles le sont différemment, que des règles sont juridiques. Ce n'est pas non plus parce que des règles se doublent de sanctions qu'elles sont juridiques. Rien de tout cela ne distingue les règles juridiques des règles non juridiques.

Du point de vue sociologique, ce n'est pas dans l'univers des règles elles-mêmes qu'on peut déceler ce qui distingue le juridique du non juridique, le droit du non-droit. *Ce qui fait qu'un ensemble de règles appartient au droit, c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique.* Plus précisément, c'est qu'elles émanent d'un agent ou organisme autorisé, qu'elles peuvent être soumises à un agent ou organisme habilité à les interpréter, qu'elles peuvent être mises en œuvre par des agents revêtus de l'autorité nécessaire pour le faire.

La singularité des règles que l'on peut appeler juridiques, c'est donc qu'elles sont dotées d'un pouvoir — qui n'est pas nécessairement ni plus grand ni moins grand que celui d'autres règles — qui leur vient de l'« appareil » qui légitime et actualise leur potentiel normatif. La puissance normative du discours juridique repose essentiellement dans son rapport à cet appareil qui le crée et le gère, plus particulièrement dans l'autorité reconnue à cet appareil à l'intérieur d'une unité sociale donnée.

D'où provient alors cette autorité de l'appareil pour faire et gérer des normes? C'est toute la question de la *légitimité* de l'ordre juridique qui se pose ici. L'autorité de l'appareil peut reposer sur la seule force physique. Mais c'est alors le règne de la peur ou de la terreur. Comme l'a montré Max Weber, l'autorité fondée sur la force et la terreur n'a pas de caractère légitime. Il y a plutôt, selon Weber²², trois fondements de l'autorité légitime : la

22. M. WEBER, *Économie et société*, *supra*, note 3, p. 219–273.

tradition qui remonte à un lointain passé et qu'on continue à respecter ; le *charisme* d'une personne à qui on reconnaît des vertus, des qualités hors du commun et qui l'autorisent à commander ; enfin, des *dispositions* positives, c'est-à-dire une légalité qu'on accepte de reconnaître et de respecter, par exemple, la constitution d'un État ou la charte d'une entreprise ou d'une association.

Une première conclusion se dégage donc ici. Le concept d'ordre juridique apporte à la sociologie une contribution fondamentale : il permet de discerner, dans l'ensemble de la normativité et du contrôle social d'une société, des unités d'action sociale *présentant exactement les mêmes traits structuraux, le même fonctionnement et les mêmes fonctions que l'ordre juridique étatique*. Partant de ce dernier, tellement visible et omniprésent dans les sociétés modernes qu'il paraît occuper tout le champ du juridique, la sociologie découvre progressivement *d'autres ensembles d'action sociale qui peuvent être découpés dans l'univers normatif global de la société et être analysés comme des ordres juridiques, sur le modèle de l'ordre juridique étatique*. La sociologie du droit — celle qui fait l'analyse du droit de l'État — débouche sur la sociologie juridique : elle fournit à celle-ci un matériau empirique fortement structuré et construit (l'ordre juridique étatique des sociétés modernes) pour élaborer un type pur de l'ordre juridique, rendu aisément opératoire grâce aux cinq critères énumérés plus haut. *La notion d'ordre juridique, issue de la sociologie du droit, devient ainsi un concept de la sociologie juridique*. Elle peut être utilisée comme instrument conceptuel et analytique pour discerner dans la réalité une grande variété de situations empiriques que ni les juristes ni les sociologues n'ont jusqu'à présent appréhendées comme présentant des caractères juridiques analogues à ceux de l'ordre juridique étatique. On rejoint ainsi la dimension pluraliste de la notion sociologique de l'ordre juridique, que l'on retrouvera un peu plus loin.

3.2. Les emprunts

On reconnaîtra, dans la notion de l'ordre juridique qui vient d'être présentée, les emprunts évidents à Weber et Romano. C'est d'ailleurs à l'un et à l'autre qu'on doit cette notion à l'origine. Les différences et les nuances entre la conception de l'un et de l'autre sont cependant importantes, tout au moins pour indiquer comment j'ai opté entre les deux.

Weber, pour sa part, a voulu distinguer entre l'ordre juridique du juriste, entendant par là l'ensemble des normes et règles du droit perçu comme un système, et l'ordre juridique sociologique. Romano ignore une telle distinction : dans sa conception, le système des normes est intégré à l'ordre juridique. Mieux encore : des règles deviennent juridiques dans la mesure où elles

appartiennent à un ordre juridique. Il est donc analytiquement impossible de détacher les normes et règles du droit de l'ordre juridique. On aura constaté que c'est aussi la conception que j'ai présentée de l'ordre juridique. Je considère avec Romano que des normes et règles de conduite sont d'une autre nature que juridique si elles ne sont pas intégrées à un ordre juridique. Il est donc essentiel de réserver le vocable d'ordre juridique pour ne désigner que la totalité formée par les règles, leurs appareils et leur base de légitimité.

On a vu, par ailleurs, que Weber n'a pas beaucoup élaboré sa notion d'ordre juridique. On peut même se demander s'il ne l'avait pas empruntée à Romano, sans voir cependant tout l'usage qui pouvait en être fait. C'est Romano qui a le mieux explicité la structure de l'ordre juridique, c'est-à-dire les appareils chargés de produire et d'appliquer les normes et les règles. Romano a cependant omis un ensemble d'appareils, pourtant essentiel : celui qui interprète le droit, composé notamment des tribunaux et des professionnels du droit. Si Romano et Weber n'ont pas accordé une grande attention aux tribunaux (en tout cas bien moins que la sociologie du droit américaine ne l'a fait par la suite), Weber a cependant bien vu l'important rôle des interprètes du droit, qu'ils soient des *honoratiros* ou « notables » (rois, seigneurs, pontifes, chefs de village), ou des « notables de la robe » ou professionnels du droit (juges, avocats, notaires, professeurs de droit)²³. Weber a aussi bien perçu l'importance du passage du premier type d'interprètes au second, à la fois dans l'évolution du droit lui-même, du statut que la société lui reconnaît et de son rôle historique. La fonction des interprètes a malheureusement été négligée par Romano. Il est pourtant essentiel que cet appareil que forment l'ensemble des interprètes du droit soit clairement identifié dans la définition de l'ordre juridique.

Autre élément de l'ordre juridique négligé par Romano : les fondements de la légitimité. On a vu plus haut que Weber a donné à cette question un éclairage auquel on se réfère encore, même si des auteurs ont pu considérer que les distinctions de Weber avaient besoin d'être raffinées ou complétées. Sans élaborer sur un type ou l'autre de fondement de la légitimité, cette dernière est essentielle à l'existence de l'ordre juridique.

Enfin, Weber et Romano ont tous deux reconnu la pluralité des ordres juridiques, dont on va maintenant parler. Mais on verra que c'est Romano qui l'a analysée le plus en profondeur.

23. M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. franç. de J. Grosclaude, Paris, P.U.F., 1986, notamment p. 142-161.

4. La pluralité des ordres juridiques

Si la notion de l'ordre juridique, telle qu'elle vient d'être définie, permet de cerner l'objet d'étude de la sociologie juridique, elle permet aussi d'en étendre le champ d'observation. Car si l'on prête attention aux critères que j'ai avancés pour définir l'ordre juridique, on verra qu'ils ne s'appliquent pas qu'au droit étatique. Telle est la seconde conclusion qu'il importe maintenant d'explicitier.

Les critères énoncés s'appliquent évidemment très bien à l'ordre juridique étatique. On peut même dire que c'est de ce dernier qu'ils sont inspirés avant tout. Cela vient sans doute de ce que l'ordre juridique étatique occupe, comme je le soulignait plus haut, une place et un statut prépondérants dans les sociétés modernes. On peut reconnaître en lui l'*archétype* de tout ordre juridique. Le droit de l'État est sans doute l'ordre juridique le plus élaboré, poussé à sa mesure (ou démesure) extrême. C'est lui qui se rapproche le plus de ce que j'ai appelé plus haut — reprenant la terminologie de Max Weber — le type pur de l'ordre juridique. Non seulement les règles y sont-elles toutes écrites, mais elles sont conçues de manière à composer un ensemble logique, rationnel et clos. Les appareils chargés de créer ces règles (le pouvoir législatif), de les interpréter (le pouvoir judiciaire) et d'en gérer l'application (le pouvoir exécutif, administratif et répressif) sont très élaborés, très formalisés. Une profession détient même un véritable monopole de l'interprétation de ce droit (les juristes), tandis que d'autres s'emploient à l'administrer, à l'appliquer et à le faire respecter (fonctionnaires, policiers). Les règles secondaires — telles que définies par H.L.A. Hart²⁴ — pour l'interprétation et l'application des règles primaires sont nombreuses et explicites. Enfin, l'autorité des règles primaires et secondaires du droit s'appuie sur le pouvoir politique dont la légitimité est constamment réaffirmée. Bref, tous les éléments d'un ordre juridique sont bien visibles et aisément discernables dans l'ordre juridique étatique.

Mais toute société — les sociétés modernes comprises — comporte un grand nombre d'autres ordres juridiques. Il faut cependant leur prêter une plus grande attention pour les discerner et les reconnaître. Donnons rapidement trois exemples d'ordres juridiques non étatiques, dans trois sphères différentes d'activités sociales.

24. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. franç. de M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p.

4.1. Les ordres juridiques religieux

Les religions s'institutionnalisent sous la forme soit d'églises, soit de sectes. Selon la distinction classique établie entre église et secte, la première est plus organisée que la seconde, et aussi plus intégrée aux structures de la société globale. On peut dire que l'église a un ordre juridique plus formalisé, plus complexe, plus élaboré que la secte. Ce qui n'exclut pas que cette dernière ait aussi son ordre juridique, même s'il est plus rudimentaire.

L'ordre juridique ecclésiastique comprend des normes prévoyant notamment les conditions à remplir pour être admis dans l'église ou la secte, les raisons et les modalités d'exclusion, les règles de vie et les pratiques cérémonielles, rituelles, sacramentelles à observer, les postes d'autorité et les voies d'accès à ces postes, les sanctions applicables aux différents manquements, et ainsi de suite. Tel est l'univers des normes et règles régissant l'église ou la secte, son organisation et son fonctionnement, ses fidèles, son clergé s'il y en a un, sa hiérarchie, etc. Mais ce qui fait que ces normes et règles appartiennent à un ordre juridique, c'est que chaque église ou secte précise qui a ou a eu le pouvoir de faire les règles, à qui on reconnaît l'autorité de les interpréter et de qui en relève l'application. De plus, les règles et les appareils s'appuient sur une légitimité dont la source est généralement une Révélation d'un dieu ou de dieux à un médium privilégié (Moïse, les Prophètes, les rédacteurs des Livres sacrés, etc.).

L'archétype occidental de l'ordre juridique ecclésiastique est sans doute celui de l'Église catholique. Celle-ci a hérité du système juridique que les grands réformateurs de l'Église ont élaboré aux XI^e et XII^e siècles et qui demeure encore aujourd'hui l'armature de l'organisation de l'Église catholique. Le droit canon, unifié et codifié à cette époque à partir des éléments juridiques hérités du droit romain et de la pratique des siècles antérieurs, a servi à structurer l'Église et assurer son fonctionnement jusqu'à aujourd'hui. C'est d'ailleurs parce que le droit canon met en place un ordre juridique interne à l'Église qu'il a eu une telle influence historique. C'est en effet par le droit canon qu'ont été précisés les divers paliers de pouvoir législatif dans l'Église, mis en place les tribunaux qui connaissent d'une grande variété de questions (annulations de mariage, délits de membres du clergé, excommunications, béatifications et canonisations, etc.) et attribués des pouvoirs de répression et de sanction. Cet ordre juridique ecclésiastique a été si bien pensé par les juristes canonistes de l'Église catholique des XII^e et XIII^e siècles qu'il a servi par la suite de modèle au développement et à la formalisation de l'ordre juridique des États occidentaux à partir du XIV^e siècle.

Un ordre juridique de même nature, bien que généralement moins élaboré, est assez aisément observable dans toutes — ou presque toutes — les églises, sinon les sectes.

4.2. Les ordres juridiques ludiques

Le jeu, dès qu'il implique la participation de deux personnes ou plus, appelle une réglementation, qu'il s'agisse d'une partie de cartes à laquelle participent deux, trois, quatre joueurs ou plus, ou de sports comme le football, le baseball, le hockey, ou encore les compétitions sportives en ski, en patin, sur des trapèzes. Tous les jeux exigent en effet que les participants connaissent les règles du jeu, les observent ; cela suppose aussi que ces règles aient été édictées par quelque autorité, qu'un arbitre ou un juge soit autorisé à les interpréter au besoin et qu'une autorité puisse les faire respecter et imposer des sanctions. C'est dire que le jeu appelle un ordre juridique propre.

L'ordre juridique ludique peut être très simple. Quatre personnes s'attellent pour une partie de cartes. L'une d'elles peut être acceptée comme celle qui connaît les règles, les interprète et les applique. À l'autre pôle, les quatre joueurs peuvent se comporter comme le législateur qui définit les règles et le tribunal qui les interprète et les applique. S'il n'y a pas un accord, au moins implicite, sur un tel ordre juridique, les joueurs risquent d'être confrontés rapidement à des problèmes insolubles ; la partie ne pourra durer très longtemps. Par exemple, si deux joueurs s'érigent tous les deux en législateurs et en juges, mais se réfèrent à des règles différentes, l'ordre juridique sera trop conflictuel pour fonder un club de cartes stable. La stabilité d'un club de cartes dépend de la reconnaissance par tous ses membres de l'ordre juridique qui les régit.

L'exemple du club de joueurs de cartes se situe peut-être à la limite de l'existence d'un ordre juridique ; il peut servir à illustrer l'ordre juridique le plus simple ou le plus élémentaire que l'on puisse trouver. Par ailleurs, tous les sports, surtout les sports publics, ont un ordre juridique beaucoup plus complexe qu'un club de cartes. Il suffit de penser à des sports comme le hockey, le baseball, le football, ou encore aux grandes compétitions sportives, les Jeux Olympiques ou les joutes pour une coupe internationale ou nationale. On y observe un droit privé qui définit très explicitement, par écrit, les règles primaires à observer dans le jeu. Il précise également les règles secondaires : à qui sont confiées les fonctions de législateur, d'interprète, de juge, de policier et comment chacun de ceux-ci doit exercer ses fonctions. C'est en vertu de cet ordre juridique interne, non étatique, que des joueurs délinquants sont, par exemple, exclus du jeu pour quelques minutes ou condamnés à une sorte d'exil pour plusieurs parties, voire à payer des amendes²⁵.

25. Voir notamment, sur la régulation des sports, le numéro de *Law and Contemporary Problems*, 38 (1973), n° 1, consacré à « Athletics » et en particulier dans ce numéro l'article de H.M. CROSS, « The College Athlete and the Institution », p. 151-171.

4.3. Les ordres juridiques marginaux

Nous entendons par milieux marginaux des zones de vie et d'interactions sociales qui sont, comme le dit le terme, à la marge d'une société, c'est-à-dire qui sont peu ou ne sont pas intégrés à une société. Les raisons de la marginalisation peuvent être bien nombreuses ; la marginalisation peut être recherchée ou endurée par ceux qui la vivent, elle peut résulter d'un choix des marginaux ou être imposée par la société.

Donnons deux exemples bien différents. Toutes les études sur les communautés ethniques des grandes villes nord-américaines ont montré que ces communautés gardent — certaines plus que d'autres — une certaine marginalité. Celle-ci se manifeste notamment en ce que les membres de ces communautés ont moins de propension que les citoyens de vieille souche à recourir à l'ordre juridique étatique pour régler leurs problèmes et leurs conflits internes. Leur communauté a son propre ordre juridique, ses règles et normes, et certains membres de la communauté sont reconnus plus ou moins explicitement comme interprètes de ces règles et comme médiateurs, négociateurs ou juges pour régler les conflits, les disputes, les mésententes. Il existe ainsi un ordre juridique interne à ces communautés, qui ne vaut que pour leurs membres et que pour régler les interactions qu'ils ont entre eux ²⁶.

Autre exemple, bien différent du premier. Adam Podgorecki ²⁷ rapporte des études faites dans des milieux carcéraux en Pologne où l'on découvrirait ce qu'il appelle « une deuxième vie ». En marge des normes et règles officielles s'est instauré un deuxième ensemble de normes et de règles mis en place par des détenus et qui régit la vie de ceux-ci tout autant, sinon plus, que le règlement officiel de la prison. Comme le dit Podgorecki, cette « deuxième vie » se retrouve dans des milieux carcéraux fermés, déjà marginalisés, et qui n'ont aucune fonction sociale à remplir. Les détenus ne sont occupés qu'à « faire leur temps », selon la formule consacrée. Ce sont donc des conditions propices à l'éclosion d'une « deuxième vie », qui n'a elle-même pas plus de fonctionnalité que la première.

Ce droit caché règle les rapports entre les détenus, établit entre eux une hiérarchie, fixe des normes de comportement, prévoit des sanctions. Il n'est évidemment pas écrit, se transmet oralement, d'autant qu'il ne comprend que des règles simples. Ce « droit » ne peut cependant exister et survivre que dans

26. Un cas intéressant et particulièrement riche nous en est fourni par le fonctionnement des tribunaux rabbiniques pour les communautés juives : « Rabbinical Courts : Modern Day Solomons », *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 6 (1970), 49-75.

27. A. PODGORECKI, *Law and Society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1974, p. 137-148 et 269-270.

la mesure où il s'intègre à un ordre juridique spécifique, extrêmement simple lui aussi. Celui-ci peut être basé sur l'autorité reconnue à un ou quelques détenus de légiférer, d'adjudger, tous les détenus participant par ailleurs aux sanctions.

Cet ordre juridique ressemble assez à celui du « gang » criminel, par les normes qu'il instaure, le secret dont il s'entoure, les sanctions qu'il applique, l'appareil qui le fait fonctionner. Dans une certaine mesure, l'ordre juridique des détenus est la continuation de l'ordre juridique criminel, mais transposé dans les conditions particulières de la prison.

4.4. Alors, tout ne devient-il pas juridique ?

Les trois exemples que je viens d'élaborer rapidement posent le problème crucial de la notion d'ordre juridique : à savoir la pluralité des ordres juridiques. Parler d'ordre juridique pour désigner le droit étatique n'étonne pas trop. Il n'en va plus de même lorsqu'on utilise le même concept pour désigner des ordres normatifs que le juriste ne reconnaît pas comme juridiques. N'y a-t-il pas abus de langage à parler d'un ordre *juridique* dans le cas d'un club de joueurs de cartes ou d'un gang criminel ? N'est-ce pas faire outrage au juridique que d'en étendre ainsi l'acception ? Ne risque-t-on pas de banaliser le juridique en y faisant entrer ainsi une pluralité de phénomènes sociaux ? N'en arrive-t-on pas à ce que tout soit juridique finalement ?

Il est normal — il est même nécessaire — que le juriste continue à ne considérer comme juridique, de son point de vue, que ce qui est reconnu tel par les appareils de l'État (législateur, tribunaux). Il est essentiel de distinguer l'ordre juridique étatique des ordres juridiques non étatiques. Par ailleurs, pour la sociologie, les ordres juridiques non étatiques appartiennent à la même classe d'institutions ou d'action sociale que l'ordre juridique étatique ; ils répondent aux mêmes critères, ils se caractérisent tous de la même manière au sein de l'ordre normatif général.

Cela ne veut pas dire pour autant que « tout devient juridique ». Au contraire, la notion d'ordre juridique telle que je l'ai définie plus haut discrimine clairement le « juridique » (entendu dans le sens sociologique élargi) du non juridique, en permettant de discerner d'une manière opératoire la « juridicité » (encore au sens large) d'un ensemble d'actions sociales particulier au sein du phénomène social total. En effet, les critères par lesquels j'ai défini l'ordre juridique nous servent de guide pour distinguer entre un ordre normatif à caractère juridique et un ordre normatif sans caractère juridique. Le juridique est étendu, mais il est en même temps délimité. Un exemple peut ici nous servir. Les règles de politesse en usage dans nos sociétés ne font pas partie d'un ordre juridique, parce qu'elles ne sont pas édictées par

un législateur particulier et reconnu, ni interprétées par une autorité dont on accepte le jugement. Il est bien difficile de dire par qui et comment sont produites les règles de politesse ; on peut par ailleurs croire que chacun de nous les interprète à sa manière et surtout que chacun est, en cette matière, le censeur des autres, en ce sens, que chacun participe à l'application de ces règles.

Par contre, on peut dire des règles du protocole qui entourent un personnage de rang élevé qu'elles forment un ordre juridique. Il y a souvent dans le personnel d'un tel personnage un « chef de protocole » qui interprète les règles existantes pour décider, par exemple, l'ordre de présentation d'invités, le costume que ceux-ci doivent porter, la manière de s'adresser au haut personnage et à ses proches, les places à table, etc. Il peut lui arriver de faire des règles, dans des circonstances non prévues par son code ; il peut lui arriver aussi d'appliquer des sanctions. Le chef de protocole peut donc remplir tout à la fois les fonctions de législateur, d'interprète et de policier du protocole. Il n'importe que ce soit par une seule instance ou plusieurs ; l'essentiel est que toutes ces fonctions soient remplies par un organe ou un agent spécialisé et nanti de l'autorité nécessaire.

4.5. Le pluralisme juridique : une tradition

Cette conception pluraliste des ordres juridiques a déjà une longue tradition et est partagée par un nombre croissant de chercheurs contemporains en sociologie juridique. Il n'est évidemment pas question d'en faire ici un inventaire exhaustif. On ne peut en indiquer que certains repères principaux.

Revenons d'abord à Weber et Romano. Le premier s'exprime très clairement : « [...] nous repoussons évidemment le point de vue selon lequel on ne peut parler de "droit" que là où existe une perspective de contrainte juridique garantie par le pouvoir politique. [...] Nous parlerons d'"ordre juridique" partout où il faut compter avec l'emploi de moyens de coercition quelconques, physiques ou psychiques, et où cet emploi est entre les mains d'un *appareil* de coercition [...] »²⁸. Pour sa part, Santi Romano va bien plus loin que Weber : il consacre la moitié de son ouvrage à analyser « la pluralité des ordres juridiques et leurs relations », développant une série d'exemples et présentant un schéma analytique des différents types de rapports pouvant exister entre les ordres juridiques²⁹. Pour Romano, les rapports entre le droit de l'État et d'autres ordres normatifs sont vraiment des *rapports entre divers ordres juridiques*. Il rompt ainsi radicalement avec le monisme et le dogmatisme

28. M. WEBER, *supra*, note 3, p. 327. Le souligné est de Weber.

29. S. ROMANO, *supra*, note 7, p. 77-163.

juridiques. Pour analyser ces rapports, il a créé et largement utilisé une notion originale, celle de *relevance juridique* selon laquelle « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre (est) conforme aux conditions mises par un autre ordre »³⁰. Cette notion lui permet d'élaborer les différents types de rapports de hiérarchie, de succession, de dépendance, d'interinfluence entre les ordres juridiques. Elle lui permet aussi, à l'opposé, d'analyser les états d'*irrelevance* entre ordres juridiques. Celle-ci peut-être partielle ou totale, réciproque ou unilatérale. Ainsi, le droit de l'État peut entretenir des rapports non seulement avec des ordres juridiques qu'il considère pertinents (celui des Églises, ou des ordres professionnels, ou de corporations privées) mais aussi — parfois sans s'en rendre compte ou même en refusant de le reconnaître — avec des ordres juridiques qu'il considère inutiles (des sociétés secrètes, des groupements révolutionnaires, des « gangs » marginaux criminels).

Plus près de nous, le pluralisme juridique ainsi entendu a été repris en particulier par William M. Evan qui, dans son ouvrage de 1962, poursuit une analyse très fine des rapports entre ce qu'il appelle les systèmes juridiques privés et le système juridique public³¹. Le philosophe et théoricien du droit Lon L. Fuller a aussi fondé sa réflexion sur une conception élargie du droit, dont il dit qu'il « inclut non seulement les systèmes juridiques des États et des nations, mais aussi les systèmes plus petits — ressemblant au droit par leur structure et leur fonction — que l'on trouve dans les unions ouvrières, les associations professionnelles, les clubs, les églises, les universités »³². Il appelle ces derniers des « systèmes juridiques miniatures ». Déjà dans son ouvrage de 1964, Fuller avait évoqué la présence de « centaines de milliers » de systèmes juridiques dans la société américaine³³.

Dans une veine un peu différente, Jean Carbonnier reconnaît la tradition pluraliste en sociologie, soulignant « [...] qu'il n'existe pas un pluralisme, mais des phénomènes de pluralisme, d'une extrême diversité [...] »³⁴. Reprenant

30. Id., p. 106.

31. W.M. EVAN, « Public and Private Legal Systems », in : *Law and Sociology. Exploratory Essays*, sous la direction de W.M. Evan, The Free Press of Glencoe, 1962, p. 165-184.

32. L.L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *The American Journal of Jurisprudence*, 14 (1969) 1-36 ; reproduit dans *Social System and the Legal Process*, sous la direction de H.M. Johnson, San Francisco, Jossey-Bass, 1978, p. 59.

33. L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press (1964), édition révisée 1969, p. 125.

34. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p. 210. Voir aussi *Flexible droit*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1979, p. 12-19. Je dois cependant dire que je n'aime pas le vocable d'« infra-droit » que monsieur Carbonnier a popularisé chez les juristes pour désigner des normes et règles qui ne sont pas reconnues par le droit de l'État. Non seulement ce terme laisse-t-il entendre qu'il existe une hiérarchie des normes, les plus nobles passant de l'infra-droit au vrai droit, mais elle est surtout trop vague pour être opératoire, car elle confond dans un même ensemble toutes les normes et règles non reconnues par le droit étatique, ce que ne fait précisément pas la notion d'ordre juridique.

à son compte ce point de vue, André-Jean Arnaud distingue entre le droit et le juridique, ce dernier étant beaucoup plus étendu et englobant que le premier. « Le droit, écrit-il, est un système juridique ; mais il n'est que l'un des systèmes juridiques, celui qui, parmi tous les "possibles" a été *posé* et *imposé* par un auteur investi du pouvoir de dire le droit, en un lieu et en un temps précis, et pour un groupe déterminé ». Ce qui l'amène à souligner qu'« il convient, dans chaque étude de sociologie juridique, d'en situer la matière par rapport aux systèmes considérés et de définir ces derniers comme relevant du *droit* ou simplement du *juridique* »³⁵. Par ailleurs, c'est au sociologue britannique Stuart Henry que l'on doit l'étude à la fois empirique et théorique la plus élaborée sur les rapports entre ordres juridiques privé et public, dans un ouvrage qui mérite bien plus d'attention que celle qu'on ne lui a encore accordée dans les milieux francophones³⁶.

C'est finalement peut-être à Jean-Guy Belley que l'on doit l'analyse la plus détaillée et la plus approfondie des sources et de la problématique du pluralisme juridique. Il en a cerné la présence à travers des expressions différentes, chez les fondateurs européens de la sociologie du droit : Eugen Ehrlich, Leon Petrazycki, Max Weber et Georges Gurvitch³⁷. Il en retrouve l'idée dans « la sociologie du droit institutionnalisée » des années 1940 à 1980³⁸. Et il en vient à proposer quelques « éléments pour une problématique du pluralisme juridique », pour asseoir ce qu'il appelle « une problématique scientifique du pluralisme juridique »³⁹. Les propositions qu'avance Belley et la perspective que j'ai ici adoptée se recoupent. Je crois cependant que les propositions générales de Belley demandent à être précisées et rendues opératoires, par la recherche d'une problématique plus rigoureuse qu'on ne l'a fait jusqu'à présent de la régulation non étatique. C'est précisément cette voie qu'ouvre, à mon avis, le recours au concept d'ordre juridique.

5. Les rapports entre les ordres juridiques

Le grand avantage pour la sociologie juridique de reconnaître la pluralité des ordres juridiques, c'est de permettre d'explorer la dynamique des rapports

35. A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1 : *Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 20.

36. S. HENRY, *Private Justice : Towards Integrated Theorising in the Sociology of Law*, Londres, Routledge and K. Paul, 1983, 245 p.

37. J.-G. BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977. Thèse de doctorat non publiée.

38. J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, 18 (1986), 1, 11-31. Voir en particulier p. 18-26.

39. *Id.*, p. 26-31.

d'interinfluence entre les ordres juridiques, notamment entre l'ordre juridique étatique et les autres. On sait, bien sûr, et le juriste mieux que les autres, que l'élaboration, l'interprétation et l'application des règles de droit ne se font pas suivant la seule logique juridique, ni à l'intérieur du seul droit. Elles sont influencées par des normes, des règles, des principes venant de l'extérieur du droit⁴⁰. Mais c'est une chose de le savoir, c'en est une autre d'explorer d'une manière et systématique et scientifique ces rapports d'interinfluence. Un cadre conceptuel assez rigoureux est alors nécessaire, que la conception pluraliste des ordres juridiques peut au moins contribuer à apporter, comme a notamment cherché à le faire Santi Romano.

Pour étayer cette affirmation à l'aide d'une illustration, rappelons que l'analyse des rapports entre droit et changement social est particulièrement difficile et ouverte à l'arbitraire. Dans sa revue de la littérature sociologique sur le droit, Roman Tomasic le souligne : « On a accordé étonnamment peu d'attention [...] à l'explication du changement social par l'action du droit. Sur ce thème, on semble n'avoir fait que bien peu de progrès au-delà de la discussion de Roscoe Pound de 1916 touchant "Les limites de l'action effective du droit" »⁴¹. C'est pourtant là une des questions les plus importantes parmi celles qui sont posées à la sociologie juridique. Une approche en termes d'ordres juridiques pluralistes peut aider à élaborer une conceptualisation appropriée.

5.1. Le droit et les changements technologiques

Prenons le cas du droit et des changements technologiques. Voici un ensemble de problèmes où des changements extrêmement rapides dans les sciences et les techniques (l'informatisation, par exemple, ou encore le génie génétique ou les connaissances scientifiques sur l'énergie) posent au droit une série de problèmes nouveaux et souvent urgents. Ces problèmes se ramènent tous à préciser quel type de régulation (législation, règlements, contrats, etc.) et quelles normes peuvent le mieux contrôler ces développements, protéger les individus, l'environnement, sans nuire par ailleurs au progrès scientifique et technologique.

Une analyse de la question dans la perspective de la pluralité des ordres juridiques permet d'assister à ce qu'on appelle « l'émergence de normes » hors du droit, dans divers milieux. Mais ces normes n'émergent pas n'importe où,

40. Voir notamment là-dessus l'article de R.A. MACDONALD, *supra*, note 8.

41. R. TOMASIC, *The Sociology of Law*, London, Beverly Hills, New Delhi, Sage Publications, 1985, p. 99.

n'importe comment et par n'importe qui. Elles prennent naissance et s'affirment parce que des personnes, des groupes directement impliqués dans l'innovation et/ou la diffusion de la connaissance scientifique et des technologies nouvelles s'interrogent sur les contrôles nécessaires. Résumant une série de recherches sociologiques sur les effets sociaux des changements technologiques, Paul Bernard et Louis Maheu écrivent : « La technologie cristallise, en un point donné de l'histoire, les rapports sociaux de la société qui l'a vu naître ou de celle qui l'a adoptée. À cause de cela même, elle contribue à imposer une direction à l'évolution ultérieure de ces rapports sociaux, l'organisation sociale elle-même prenant ainsi forme dans la continuité et dans les contradictions [...] »⁴².

Si la technologie a cet effet « cristallisant » sur les rapports sociaux, si elle exerce cette influence sur l'organisation sociale et son évolution, ce n'est évidemment pas d'elle-même, mais par l'usage que des personnes, des groupes en font. Plus précisément encore, ce sont les règles que des personnes, des groupes se donnent dans l'usage des technologies qui « cristallisent » des rapports sociaux et l'évolution d'une organisation sociale. Un cas typique est celui de techniques et technologies de la santé et de la vie utilisées en médecine⁴³. La profession médicale a derrière elle une très longue tradition d'auto-régulation de ses membres. Elle est à cet égard un très ancien ordre juridique non étatique. En l'absence de législation ou de jurisprudence, le Collège des médecins a lui-même établi des règles ou normes, un code de déontologie qui tiennent lieu de droit pour les membres de la Corporation. Dans les hôpitaux, les médecins, par des comités d'éthique, des comités de discipline ou autrement, produisent des normes régissant leur conduite et leurs rapports avec leurs patients (et avec d'autres personnels médicaux). La profession médicale est un cas typique où des agents ou appareils ont eu une autorité reconnue pour élaborer, interpréter et appliquer des règles ayant tous les caractères du juridique, sans relever de l'État⁴⁴.

42. P. BERNARD et L. MAHEU, « Les sciences sociales et les transformations technologiques : confrontation de perspectives », in : *Sciences sociales et transformations technologiques*, Actes d'un colloque publiés sous la direction de P. Bernard et É. Cloutier, Québec, Conseil de la science et de la technologie, Document n° 87-02, juin 1987, p. 22.

43. Une équipe du C.R.D.P. est précisément engagée dans un projet de recherche sur la normativité qui préside à l'acquisition et à l'utilisation de technologies nouvelles dans les hôpitaux du Québec. Ce projet s'insère à son tour dans un vaste programme de recherche du Centre sur « les dimensions juridiques des changements technologiques ».

44. Pour le Québec, et touchant particulièrement le rôle normatif de l'ordre professionnel des médecins, voir l'article de D. COUTURE, « La réforme du droit professionnel au Québec : le cas de la Corporation professionnelle des médecins », *Sociologie et sociétés*, 18 (1986) 97-112.

On peut observer la même émergence de normes non étatiques dans bien d'autres secteurs où l'on retrouve l'équivalent d'ordres juridiques : l'industrie qui introduit une banque de données personnelles de ses employé(e)s⁴⁵ ; l'entreprise qui met des micro-processeurs sur le marché ; le laboratoire qui fait des recherches sur la fertilisation *in vitro*, etc. Bref, la technologie influence la vie économique, sociale, culturelle en passant par le prisme de la régulation que produisent à son sujet une série d'ordres juridiques non étatiques.

Tout cela n'exclut évidemment pas qu'intervienne la régulation par l'État. Ce qu'il est important d'analyser alors, c'est la source précise de cette régulation étatique : quel ordre juridique non étatique jouit du crédit, du pouvoir, de l'influence nécessaires pour faire accepter ses normes ? quel compromis la régulation étatique (celle du législateur ou celle d'un tribunal) réalisera-t-elle entre les normes de plusieurs ordres juridiques non étatiques concurrents ?

5.2. Déréglementation et auto-régulation

Les questions qu'on vient de poser rejoignent une préoccupation contemporaine : celle de la déréglementation, très à la mode dans notre pays comme ailleurs, bien qu'on commence à prendre conscience des illusions qu'elle porte et des limites et des dangers qu'elle recèle.

La déréglementation ne signifie pas élimination et absence de toute norme et de toute règle. Elle implique plutôt un retrait opéré par l'État dans des domaines où il avait pris l'habitude d'intervenir par des lois et des règlements. Mais quand l'État ne réglemente plus, d'autres s'empressent de le faire à sa place. Le vide laissé par l'État est rapidement comblé. Ce qui importe, d'un point de vue sociologique et aussi politique, est de savoir qui réglemente à la place de l'État, pour quels motifs ou intérêts, selon quels procédés et avec quelles conséquences.

L'auto-régulation — qui théoriquement remplace la réglementation étatique — est loin d'être un phénomène simple. Elle peut revêtir bien des formes et avoir des effets bien divers. On l'invoque souvent, mais on l'a jusqu'à présent trop peu analysée. Dans la perspective que je propose d'adopter, la déréglementation et l'auto-régulation entrent tout à fait dans le champ de la sociologie juridique — ce qui n'est pas le cas lorsqu'on restreint celle-ci à l'analyse du seul droit étatique. Mieux encore, la sociologie juridique,

45. La régulation et l'absence de régulation des banques privées de données personnelles ont été analysées à fond par le Groupe de recherche Informatique et Droit (GRID) de R. LAPERRIÈRE et autres, *L'identité piratée*, Montréal, Société québécoise d'information juridique, 1986.

telle que je la vois, tient en main, avec le concept des ordres juridiques et de leurs interactions et « relevances », un modèle conceptuel susceptible d'éclairer l'activité auto-régulatoire. Celle-ci apparaît en effet comme l'action d'ordres juridiques dont l'organisation et les processus de fonctionnement peuvent être observés et analysés d'une manière systématique (voire systémique) et rigoureuse.

Prenons un exemple d'actualité. Les Bourses sont une institution où l'auto-régulation s'est exercée d'une manière très libre. Selon les pays, mais d'une manière générale, les cambistes se sont employés à régler eux-mêmes le fonctionnement des Bourses et à mettre en place les appareils d'un véritable ordre juridique. Selon les pays encore, l'intervention de l'État a été plus ou moins marquée ; là où l'État est intervenu, il n'a nulle part remplacé l'ordre juridique privé de la Bourse.

L'auteur de l'une des rares analyses ayant porté sur l'auto-régulation des marchés financiers en Angleterre conclut en se demandant si les contrôles externes, y compris le contrôle gouvernemental, qui peuvent s'exercer sur l'auto-régulation sont suffisants dans la perspective de la responsabilité sociale (« *accountability* ») dont on se préoccupe plus qu'auparavant en ces matières⁴⁶. La crise boursière a évidemment fait surgir rapidement le même questionnement. Au moment de la grande panique, un journaliste canadien se demande « qui surveille ce marché ? » Il recueille alors le témoignage de courtiers, qui tout à coup réclament des contrôles plus étendus et plus fermes de la part du gouvernement canadien⁴⁷. Voilà un beau phénomène de transfert et d'aller-retour de juridiction entre l'ordre juridique étatique et un ordre juridique privé.

Conclusion

Il est certain que la sociologie juridique s'emploie à analyser et à expliquer le droit positif en le situant dans le contexte social où il prend forme. On a déjà, par exemple, beaucoup pris en compte le rôle des groupes d'intérêts, groupes de pression et *lobbies* sur l'élaboration du droit. Mais une sociologie des ordres juridiques apporte une dimension analytique supplémentaire importante : elle permet de suivre l'élaboration et la mise en œuvre des différents types de normes juridiques d'une manière plus rigoureuse, en identifiant les mécanismes et les processus lointains de production de ces normes. Ces mécanismes et processus ont une logique et une proportion de

46. A.C. PAGE, « Self-Regulation : the Constitutional Dimension », (1986) 49 *The Modern Law Review* 141-167, à la p. 166.

47. P.C. NEWMAN, « Who is Watching the Traders ? », *Maclean's*, 26 octobre 1987, p. 42.

rationalité et de non-rationalité qui ne sont pas moindres que celles des appareils d'État. Le préjugé qui attribue plus de rationalité au droit étatique qu'aux normes non étatiques provient précisément de ce qu'on n'a pas perçu l'existence et l'activité des autres ordres juridiques, avec les contraintes de leur rationalité propre et les exigences de leur logique interne.

Il est cependant évident qu'une telle problématique remet en question une sociologie juridique (ou plutôt du droit) jusqu'à maintenant trop soumise au point de vue du juriste. Elle oblige à sortir du paradigme du monisme juridique. Plus précisément encore : elle fait éclater le pluralisme pratiqué dans la seule *perspective juridique*, pour le situer dans une perspective sociologique. Le pluralisme d'inspiration exclusivement juridique consiste à reconnaître d'autres formes de régulation extérieures à l'État et susceptibles d'influencer le droit de l'État, mais seulement comme des *faits sociaux* extérieurs au droit et n'ayant rien à voir avec la nature de l'institution juridique. Ainsi, le juriste peut s'interroger sur l'opportunité d'accorder ou non un certain statut à une régulation « privée », ou de la consacrer officiellement juridique en lui reconnaissant le caractère de la « règle de droit ». La perspective sociologique, pour sa part, étend la notion du juridique à des formes de régulation qui n'entrent pas dans le champ juridique du juriste, à la fois pour mieux analyser des phénomènes sociaux dans cette perspective et pour mieux mettre en lumière les rapports d'interaction entre les faits sociaux et le droit étatique. La notion d'ordre juridique, entendue dans ce sens, forme le pivot central de cette perception étendue du phénomène juridique.