Document generated on 07/19/2025 1:53 p.m.

Revue générale de droit

Juridicité et normativité dans la théorie sociojuridique de R.A. Macdonald

Michel Coutu

Volume 28, Number 3, September 1997

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1035625ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1035625ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Coutu, M. (1997). Juridicité et normativité dans la théorie sociojuridique de R.A. Macdonald. *Revue générale de droit*, *28*(3), 337–347. https://doi.org/10.7202/1035625ar

Article abstract

The sociological theory of law, constructed by Roderick A. Macdonald (McGill University) in a highly original fashion, is oriented towards a critical legal pluralism. To better grasp its originality, the author compares Macdonald's theory with the classical approach promoted by Max Weber, one of the leading figures of the sociology of law. This comparison brings to light a significant number of similarities, on the substantive as well as on the epistemological and methodological level. It also reveals some fundamental divergencies, as regards the definition of law and the concept of norm in particular. Considering those elements, the author believes that the Weberian approach provides heuristic devices that help delineate a specific legal field, whereas Macdonald's theory, quite inadequately, refuses to draw a line between social and legal normativity.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1998

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/

DOCTRINE

Juridicité et normativité dans la théorie sociojuridique de R.A. Macdonald*

MICHEL COUTU
Chercheur associé au Centre de recherche en droit public
de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

La théorie sociologique du droit, développée par le professeur Roderick A. Macdonald (Université McGill) sur des bases fort originales, s'inscrit dans la perspective d'un pluralisme juridique critique. Pour mieux en saisir la spécificité et la fécondité, l'auteur propose de comparer cette théorie avec l'approche qui fut défendue par Max Weber, l'une des figures les plus importantes de la discipline. La comparaison fait apparaître un nombre significatif de convergences, tant sur le plan épistémologique et méthodologique que sur le plan substantif. Elle met également en lumière certaines divergences fondamentales qui portent sur la définition du droit et le concept de norme. À cet égard, l'auteur croit que l'approche wébérienne présente l'avantage de livrer, à titre heuristique, des critères permettant de délimiter un champ spécifique du juridique, alors que la

ABSTRACT

The sociological theory of law, constructed by Roderick A. Macdonald (McGill University) in a highly original fashion, is oriented towards a critical legal pluralism. To better grasp its originality, the author compares Macdonald's theory with the classical approach promoted by Max Weber, one of the leading figures of the sociology of law. This comparison brings to light a significant number of similarities, on the substantive as well as on the epistemological and methodological level. It also reveals some fundamental divergencies, as regards the definition of law and the concept of norm in particular. Considering those elements, the author believes that the Weberian approach provides heuristic devices that help delineate a specific legal field, whereas Macdonald's theory, quite inadequately, refuses to draw a line between social and legal normativity.

* La présente étude s'inscrit dans le cadre de recherches postdoctorales poursuivies au CRDP et a bénéficié de l'appui matériel du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Des éléments de cette analyse ont été présentés dans le cadre d'un séminaire du Groupe « Théories et émergence du droit » à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 17 septembre 1997. Je remercie par ailleurs le professeur Roderick A. Macdonald pour ses commentaires critiques.

théorie de Macdonald, en dépit d'apports indéniables, n'autorise pas une distinction adéquate entre la normativité sociale et la normativité juridique.

SOMMAIRE

Introduction 338

I. Macdonald et la sociologie wébérienne du droit : trois niveaux de convergence 340

a) Sur le plan épistémologique 340
b) Sur le plan méthodologique 340
c) Sur le plan substantif 341

II. Les limites de la convergence : la définition du droit et le concept de norme 342

a) La conception du droit 343
b) La notion de normativité 345

1) Le caractère secondaire attribué dans une perspective de pluralisme juridique, au clivage entre le droit étatique et le droit non étatique 346
2) La volonté de dépassement d'une conception strictement institutionnaliste du droit 346
3) Le rejet d'une cartographie trop nette des relations et structures sociales 347

Conclusion 347

INTRODUCTION

Depuis une dizaine d'années Roderick A. Macdonald, professeur de droit constitutionnel et de droit public à l'Université McGill, développe de manière approfondie et sur des bases originales une théorie sociologique du droit s'inscrivant dans la perspective d'un pluralisme juridique critique. Le fait mérite amplement d'être souligné et analysé[1], d'autant qu'il est particulièrement rare en contexte canadien. En outre, la théorie élaborée ne limite pas sa portée au domaine spécifique de l'étude sociologique du droit; elle fournit également certaines prémisses générales pour un examen du droit positif dans la perspective plus classique

1. C'est le cas chez J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald : une analyse séquentielle », à paraître dans A. LAJOIE *et al.* (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997. Voir aussi A. LAJOIE, « La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, collection « Droit et société », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, pp. 177 et ss.

de la dogmatique juridique[2]. Les problèmes d'interprétation et d'application du droit positif sont en effet abordés prioritairement en référence aux règles, principes et concepts « implicites, non formulés, résiduels » qui forment du point de vue de Macdonald le substrat du *droit commun* à la base d'un ordre juridique déterminé. Par exemple, c'est l'insistance sur l'implicite et le non formulé qui oriente largement la construction de l'argumentation sous-tendant la thèse défendue par Macdonald relative au maintien de la pertinence du *Code civil du Bas-Canada* quant au droit civil fédéral[3].

Dans ce qui suit, n'entendant nullement me livrer à une analyse exhaustive de la théorie de Macdonald, je vais limiter mon propos à la conception de la normativité juridique que défend cet auteur dans ses aspects les plus généraux, en me basant essentiellement sur deux textes importants, soit l'étude de 1986 parue dans *Sociologie et sociétés*[4] et l'étude de 1996 publiée dans l'ouvrage collectif *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*[5].

La théorie de Macdonald, comme toute théorie d'ensemble tendant à une classification des phénomènes normatifs et à leur mise en relation, comporte un degré évident de complexité. À priori, il n'est pas nécessairement facile de se retrouver dans les catégories de l'implicite et de l'inférentiel, ni dans celles du latent, de l'allusif, du routinier ou du manifeste. Pour faciliter mon accès à cette pensée complexe, j'ai pris le parti d'aller du connu à l'inconnu, c'est-à-dire de partir de Max Weber, l'un des plus célèbres théoriciens de la sociologie du droit[6], pour aller vers Macdonald. Cette façon de procéder est bien sûr éminemment subjective — de toutes les sociologies du droit c'est celle de Weber qui m'est, de loin, la plus familière[7]. Mais le procédé a aussi un fondement objectif : Weber représente aujourd'hui l'une des grandes figures des sciences sociales, pour plusieurs en fait « la grande figure des sciences sociales »[8], en sorte qu'il peut s'agir d'un

---

2. J'emploie ce terme, sans aucune connotation péjorative, comme désignant le domaine de la science du droit qui s'attache à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques. Voir en ce sens A. AARNIO, « Dogmatique juridique », dans A.-J. ARNAUD, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988, pp. 106 et ss.

3. Voir R.A. MACDONALD, « Encoding Canadian Civil Law », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, pp. 579-640.

4. *Id.*, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle" », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47-58.

5. *Id.*, « Les *Vieilles Gardes*. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 1, pp. 233-272.

6. Sur la sociologie du droit de Weber, voir notamment P. LASCOUMES (dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995; Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », dans (1978) 23 *Archives de philosophie du droit* 69-92; A.T. KRONMAN, *Max Weber. Jurists : Profiles in Legal Theory*, Stanford, Stanford University Press, 1983; M. REHBINDER, K.-P. TIECK (dir.), *Max Weber als Rechtssoziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; S. BREUER, H. TREIBER (dir.), *Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1984; M.J. FARIÑAS DULCE, *La sociologia del derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991.

7. Voir M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, collection « Droit et société », Paris–Québec, Librairie générale de droit et de jurisprudence–PUL, 1995.

8. *Cf.* e.g. W. HENNIS, *La problématique de Max Weber*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 13; R. COLLINS, *Max Weber. A Skeleton Key*, Londres, Sage Publications, 1990, p. 9; M. HIRSCHHORN, *Max Weber et la sociologie française*, Paris, L'Harmattan, 1988, p. 25.

exercice tout à fait fécond que celui de mettre en parallèle la pensée wébérienne avec celle de Macdonald.

On pourrait alors être tenté à priori de tracer une complète opposition entre les conceptions de Weber et de Macdonald : alors que Weber, du point de vue de sa conception du droit, est généralement perçu à l'instar de Kelsen comme un défenseur acharné de la rationalité formelle du droit[9], du droit « manifeste » (explicite et formulé) au sens de Macdonald[10], celui-ci valorise au contraire la normativité implicite et inférentielle[11].

Ce qui m'a pourtant frappé, à la lecture notamment du texte de Macdonald, « Les *Vieilles Gardes* », c'est au contraire une certaine proximité de Macdonald avec la sociologie compréhensive telle que conçue par Weber. Cette proximité peut être décrite en termes épistémologiques et méthodologiques mais aussi en termes substantifs.

I. MACDONALD ET LA SOCIOLOGIE WÉBÉRIENNE DU DROIT : TROIS NIVEAUX DE CONVERGENCE

a) Sur le plan épistémologique, Macdonald me semble très près du souci principal d'une théorie sociologique compréhensive, qui est de coller aux points de vue des acteurs, au sens visé par les agents, suivant la terminologie de Weber. Macdonald justifie par exemple son recours à l'allégorie, « car [celle-ci] permet d'emprunter la perspective d'un participant plutôt que celle d'un observateur social [...] [et de] limiter l'écart entre l'acteur et l'action »[12]. Voilà une position que défendait explicitement Weber. Également, une remarque telle celle que l'on retrouve dans l'étude de 1986 voulant que « une typologie des normes doit tenir compte de la façon dont ces normes sont comprises par ceux qui les interprètent et les appliquent[13]» me paraît se rattacher directement à un point de vue relevant d'une sociologie compréhensive du droit.

b) Sur le plan méthodologique, Macdonald procède à l'élaboration d'une taxinomie des phénomènes normatifs en ayant recours à des archétypes, qualifiés aussi

9. Dans sa *Sociologie du droit* Weber oppose deux types de rationalité du droit : la « rationalité formelle du droit », qui se réfère essentiellement à la mise en cohérence logique et à la systématisation abstraite des règles juridiques, et la « rationalité matérielle du droit », qui fait reposer la découverte et la création du droit sur l'intervention de motifs extrinsèques (d'ordre éthique, religieux, politique par exemple), souvent au détriment de la logique juridique intrinsèque caractéristique du droit formel. L'une des caractéristiques fondamentales de la rationalité formelle du droit est ainsi la « neutralité axiologique », une idée très présente chez Weber, mais aussi dans la *Théorie pure du droit* de H. KELSEN. Sur les rapports entre la pensée de Weber et celle de Kelsen, voir N. BOBBIO, « Max Weber und Hans Kelsen », dans M. REHBINDER, K.-P. TIECK (dir.), *op. cit.*, note 6, p. 110; F. LOOS, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1970, pp. 106 et ss. Voir également M. COUTU, *op. cit.*, note 7, pp. 65 et ss. et pp. 188 et ss.

10. Voir R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 5, pp. 247 et ss.

11. À mon avis toutefois la défense de la rationalité juridique formelle chez Weber — et la perspective demeure par ailleurs nettement différente à cet égard de celle de Kelsen s'attachant à l'élaboration d'une théorie pure du droit — relève avant tout d'une sobre appréciation des dangers d'une matérialisation du droit dans le cadre bureaucratique lié au contexte allemand de l'époque. *Cf.* M. COUTU, *op. cit.*, note 7, pp. 237 et ss.

12. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 5, p. 233.

13. *Id.*, *loc. cit.*, note 4, p. 54.

explicitement, dans l'étude de 1986, de « types idéaux »[14]. Macdonald s'empresse de souligner les limites de sa typologie, décrite comme un exercice heuristique ne constituant pas une représentation parfaite du monde empirique[15]. La mise en garde est équivalente, me semble-t-il, à celle que l'on trouve fréquemment chez Weber. Pour Weber le type idéal demeure le produit d'une rationalisation utopique et, par conséquent, ne reflète jamais immédiatement la réalité; sa valeur est celle d'un instrument heuristique, lequel permettra, en raison de sa clarté et de sa rigueur conceptuelle, de rendre intelligible le déroulement concret d'une activité[16].

c) **Sur le plan substantif**, trois remarques s'imposent :

1. La typologie que développe Macdonald pour décrire la normativité juridique présente certaines analogies frappantes avec les types idéaux que l'on retrouve dans la sociologie générale de Weber ainsi que dans sa sociologie du droit. À un très haut niveau de généralité, la typologie de la normativité allant du latent au manifeste correspond en partie à la typologie de l'action dans la sociologie générale de Weber, lequel construit un continuum partant de l'action affectuelle pour conduire à l'action rationnelle en finalité[17].

2. L'analogie se révèle davantage étroite si l'on prend en considération les idéaltypes de la rationalité juridique construits par Weber. La normativité manifeste chez Macdonald correspond étroitement à la rationalité formelle du droit chez Weber; la normativité allusive se rattache en partie à la rationalité matérielle du droit (ce recoupement se fait aisément lorsque Macdonald, du point de vue des procédures et des méthodes, définit l'inférentiel comme relevant « d'une variété d'arguments justificatifs dont le choix n'est donné par aucune contrainte particulière et dont le produit normatif ne possède pas une forme syllogistique ou autre forme imposée »[18]). Les archétypes du routinier et du latent, en revanche, ne peuvent être réduits aux manifestations de ce que Weber décrit — parfois de manière abusive — comme relevant de l'*irrationalité juridique*. Cela dit, des types de « droit irrationnel » analysés par Weber peuvent être retraduits dans les catégories de Macdonald : par exemple le droit formaliste à caractère magique caractéristique des droits archaïques est à la fois implicite et formulé, le droit informel et irrationnel que Weber désigne, en se référant à l'institution musulmane, par le terme de « justice de cadi » se fonde sur une normativité latente[19].

3. Le recoupement est pour ainsi dire quasi parfait si l'on considère l'un des *sites de la normativité* étudié par Macdonald, celui de la légitimité. Ceci n'a rien d'étonnant, puisque Macdonald écrit s'inspirer directement de Weber[20]. Les types charismatiques, traditionnels et rationnels de légitimité correspondent exactement

---

14. *Id.*, p. 53.

15. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 5, p. 256.

16. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Social — und Wirtschaftsgeschichte*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1988, p. 191; [Trad. fr.] *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, p. 181; *Cf.* R. ARON, *La philosophie critique de l'histoire*, Paris, Julliard, 1987, p. 246 et ss. J. FREUND, *Sociologie de Max Weber*, Paris, Presses universitaires de France, 1966, pp. 54 et ss.

17. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5e édition, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1980, pp. 12 et ss; [Trad. fr.] *Économie et société*, tome 1, Paris, Plon, 1971, pp. 22 et ss.

18. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 5, p. 253.

19. *Cf.* M. WEBER, *op. cit.*, note 17, pp. 387 et ss.; [Trad. fr. du chapitre VII] *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986.

20. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 5, p. 254.

aux principes latents, routiniers et manifestes de légitimité chez Macdonald. Aux trois idéaltypes de la domination légitime construits par Weber, Macdonald ajoute toutefois une quatrième catégorie, celle de la légitimation « allusive », qui traduit une revendication de légitimité fondée sur l'expertise. Macdonald n'est certainement pas le premier à parfaire dans cette direction la typologie de Weber. Dans les années cinquante, par exemple, Arnold Gehlen a développé une critique de la conception wébérienne de la légitimité qui me paraît similaire et qui prend tout simplement en considération le développement de la technocratie dans le cadre de l'État social[21]. Ajoutons que cette quatrième catégorie est contenue en germe dans l'analyse même de Weber, les concepts de rationalité formelle du droit et de rationalité en finalité, qui sont à la base de la typologie wébérienne, ne se recoupant que très imparfaitement[22].

II. Les limites de la convergence : la définition du droit et le concept de norme

En dépit de cette proximité relative de la conception de Macdonald avec celle de Weber, des différences fondamentales doivent également être mises en lumière. Macdonald utilise une typologie unique, élaborée au demeurant au regard de la seule problématique de la *normativité juridique*, pour analyser une très grande diversité de phénomènes sociaux, allant des relations parentales, amicales ou de voisinage, des usages commerciaux et pratiques contractuelles, à l'étude des associations, institutions et communautés, au fonctionnement des tribunaux, de l'administration, de l'État, etc. Weber au contraire élabore minutieusement des idéaltypes distincts, en fonction des champs de pratique sociale qui sont analysés. En guise d'exemples : si la sociologie du droit repose sur l'antinomie des rationalités juridiques formelles et matérielles, la sociologie des religions se fonde pour sa part sur l'opposition entre l'adaptation au monde et le rejet du monde; la sociologie des organisations sur celle de la communalisation et de la sociation; la sociologie politique, largement sur la distinction du charisme, de la légalité et de la tradition, etc. Certes, une certaine parenté existe entre ces diverses constructions idéaltypiques, qui se rattachent — mais non d'une manière directe et immédiate — aux types idéaux de la rationalité de l'action, en particulier à la dichotomie fondamentale entre rationalité en valeur et rationalité en finalité. Il n'en reste pas moins, comme l'illustrent à l'évidence ces quelques exemples, que chaque champ d'activité est appréhendé sur la base d'une typologie conceptuelle fondée sur les caractéristiques internes spécifiques à ces divers champs et ce, dans la perspective d'une

21. *Cf.* J. WINCKELMANN, « Die Herrschaftskategorien der politischen Soziologie und die Legitimität der Demokratie », (1956) 2 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 383-401, pp. 386 et ss.

22. La rationalité en finalité, type d'action qui exige l'évaluation la plus rationnelle de l'adéquation entre le moyen utilisé et la fin poursuivie, n'implique pas nécessairement le recours exclusif à une logique juridique intrinsèque de type formel (*cf. supra*, note 9, quant à la distinction entre la rationalité formelle et la rationalité matérielle du droit). Bien que Weber n'ait pas été explicite sur ce point, il me semble que l'État social de type interventionniste doit fréquemment, pour agir de manière rationnelle en finalité, faire appel à une rationalité juridique matérielle (se fondant sur l'analyse des conséquences d'une politique sociale déterminée, par exemple) et écarter le recours aux approches formalistes. Envisagée sous un autre angle, la résultante de telles politiques interventionnistes conduit toutefois inéluctablement à une baisse sensible des possibilités de mise en cohérence logique et de systématisation des normes juridiques.

sociologie compréhensive axée vers la prise en compte du sens visé par les acteurs. Et nullement, par conséquent, sur la base d'un modèle général à portée universelle, forgé à priori et applicable en principe à tout type d'activité.

On pourrait être tenté d'expliquer cette différence manifeste entre les deux approches — celle de Weber et celle de Macdonald — par le fait que le premier ne limite aucunement son propos à une sociologie du droit mais se situe plutôt sur le plan plus global d'une sociologie historique et comparative, alors que le second restreint son ambition à l'édification d'une théorie sociojuridique. S'en tenir à ce constat serait cependant ne pas tenir compte de la portée très large que Macdonald assigne à ses archétypes et occulter par le fait même un problème épistémologique fondamental que met en lumière la comparaison avec l'approche wébérienne. Ce problème présente deux aspects interreliés, qui tiennent a) à la conception du droit et, b) à la notion de normativité.

a) La conception du droit

Ce que Macdonald dénomme *sites de la normativité juridique* est conceptualisé et analysé par Weber dans une perspective fort différente, dans laquelle la dimension juridique, bien que prise en considération et souvent de manière éminente, ne représente qu'une composante parmi d'autres de l'activité sociale. Les normes, procédures et méthodes, institutions et principes de légitimation qui forment ces divers sites de la normativité au sens de Macdonald sont bien sûr des éléments présents dans la sociologie de Weber, mais qui ne relèvent pas nécessairement pour autant d'une sociologie juridique spécialisée. Si les normes et procédures sont en partie étudiées dans le cadre de la sociologie wébérienne du droit, en revanche, l'analyse des institutions relève davantage de la sociologie des organisations, disséminée à travers l'œuvre de Weber mais objet d'une systématisation dans les pages introductives d'*Économie et société*[23]. Quant aux principes de légitimité ils forment le noyau, comme on sait, de la sociologie politique de Weber. Il y a davantage ici qu'une question de terminologie. Le problème tient avant tout à la délimitation du champ spécifique du juridique ou, pour le dire en d'autres mots, à la définition du droit sur la base de l'identification d'un critère spécifique de juridicité. Weber, tout en admettant que la transition entre le juridique et les autres types de phénomènes (la convention ou la coutume, par exemple) demeure tout à fait flottante[24], met en avant, à titre essentiellement heuristique, une définition du droit qui est liée à la présence d'une instance de contrainte, physique ou psychique, assurant la garantie d'un ordre légitime. Macdonald, par contre, se refuse explicitement à avancer une définition du droit, à attribuer toute spécificité au droit comme phénomène normatif[25]. Ceci, dans un souci, assurément non dénué de tout fondement si l'on songe aux apories auxquelles peut conduire une délimitation tranchée des phénomènes sociaux (celle qui caractérise par exemple la théorie systémique de Luhmann[26]), de mettre l'accent sur l'hétérogénéité, la dissonance, la fluctuation. À

23. M. WEBER, *op. cit.*, note 17, pp. 21 et ss.; [Trad. fr.] pp. 41 et ss.
24. *Id.*, p. 18; [Trad. fr.] p. 34.
25. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 5, p. 258.
26. Voir N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1993. Pour une illustration, voir ma critique de la notion de « système juridique » au regard de la problématique du pluralisme juridique : M. COUTU, « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : la nouvelle guerre des dieux ? », à paraître dans la *Revue canadienne droit et société*.

cet égard, Macdonald soutient qu'il « est plus important de comprendre les multiples processus d'ordonnancement social dans tous leurs contextes que d'essayer de trouver un test pour distinguer entre ceux qui sont juridiques (ou juridiques dans certaines manifestations) et ceux qui ne sont pas juridiques »[27]. En outre, il ne s'agit pas nécessairement ici d'un refus définitif, mais plutôt de la prudence d'un chercheur avant tout attentif à la polymorphie des phénomènes normatifs. Il n'en reste pas moins que cette perspective conduit — comme Macdonald le reconnaît lui-même[28] — à des difficultés théoriques considérables; en effet, à notre avis, il devient impossible de distinguer entre la normativité juridique et la normativité sociale[29]. Dans une perspective wébérienne, on s'éloigne fortement ici d'un point de vue fondé sur une *sociologie compréhensive du droit*. Celle-ci prend en considération le sens visé par les agents, donc la compréhension qu'ont ces derniers de leur activité ainsi que les représentations subjectives qui orientent leur conduite. Les porteurs spécialisés, les professionnels du droit fondent nécessairement leur activité sur la représentation d'une certaine spécificité du champ juridique : que cette représentation soit « objectivement » fondée ou non n'a guère d'importance du point de vue de la sociologie compréhensive, dans la mesure où telle représentation influe sur le fonctionnement concret d'un domaine spécialisé d'activité. Les non-spécialistes, les profanes se forgent également diverses représentations, assurément très hétérogènes, de la spécificité du juridique, dont l'idée de contrainte forme sans doute une caractéristique prégnante : au-delà de l'hétérogénéité des représentations, ce qui est capital c'est la conviction spontanée qu'ont les profanes du fait que leur activité coutumière échappe largement à toute normativité juridique. L'activité normale demeure d'ordre économique, professionnelle, sociale, amicale, amoureuse, etc., le « droit » (étatique ou non, ce n'est pas ce qui importe ici) n'intervenant que dans la situation d'exception, cette intervention étant d'ailleurs ressentie en général de manière plus ou moins dramatique. Certes l'on concédera à Macdonald que dans bien des cas une normativité est présente à l'état latent, prête à faire irruption en cas de conflit. Mais l'essentiel consiste à reconnaître que *du point de vue des agents*, l'activité ne relève pas prioritairement d'une dimension juridique[30], ce qui sous l'angle d'une sociologie compréhensive oblige à délimiter — sans accorder pour autant de valeur absolue à la démarcation — la sphère juridique des autres sphères d'activité sociale[31].

---

27. Lettre à l'auteur en date du 24 septembre 1997.

28. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 5, p. 258.

29. Sur l'importance d'une telle distinction, voir G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *Cahiers de Droit* 91-120, p. 112. Voir aussi G. TEUBNER, « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism », (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1443-1462.

30. Quant à la sphère économique, voir S. MACAULAY, « Non-Contractual Relations in Business. A Preliminary Study », (1963) 28 *American Sociological Review* 55-67; *Id.*, « An Empirical View of Contract », [1985] *Wisconsin Law Review* 465-482.

31. Jean-Guy Belley estime que la problématique du pluralisme juridique doit éviter l'impasse à laquelle s'est heurtée la réflexion sociologique initiale sur le pluralisme, « en négligeant de fournir les critères d'un repérage opératoire du droit » dans sa volonté de ne pas réduire la réalité du droit à la seule activité de l'État. Voir J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11-32, p. 27.

b) La notion de normativité

Ceci conduit au second problème que pose à mon avis la conception du droit chez Macdonald et qui tient au concept de *normativité*. Ce concept joue un rôle pivotal dans la théorie socio-juridique de Macdonald. Si on en cherche l'équivalent dans la sociologie wébérienne, il faut se tourner non vers la notion de *norme*, dont l'utilisation se restreint essentiellement au domaine — délimité de manière plus étroite que chez Macdonald — de la sociologie juridique, mais plutôt vers la notion beaucoup plus fluide de *régularité de l'action sociale*[32]. La régularité de l'action peut être fonction d'un simple usage, d'une coutume routinière ou de la représentation subjective d'un intérêt, ou au contraire, être fondée sur la représentation d'une norme à portée obligatoire, c'est-à-dire, sur la représentation de l'existence d'un ordre légitime dans la terminologie wébérienne, garanti de manière interne ou externe à l'agent, en ce dernier cas par la convention ou par le droit. C'est dire que la régularité de l'action sociale ne revêt pas, dans un grand nombre de cas, un caractère normatif. Tel que le souligne Weber : « De nombreuses régularités tout à fait étonnantes dans le déroulement de l'activité sociale, spécialement (quoique non exclusivement) de l'activité économique, *ne reposent nullement sur une orientation d'après une quelconque norme que l'on se représenterait comme obligatoirement valable* »[33]. Encore une fois il y a ici — dans cette différence d'approche entre Weber et Macdonald — davantage qu'une question de terminologie. Pour Weber le droit — même défini largement comme toute régularité de l'action garantie par la présence d'une instance spécifique de contrainte — ne représente qu'un déterminant, fréquemment d'une importance fort relative, de l'activité sociale. Alors que pour Macdonald la normativité juridique, se confondant avec la normativité sociale puisqu'il n'existe plus de critère permettant de distinguer entre les deux, est érigée par la force des choses au rang de structure fondamentale de la société. Apparaît par conséquent le danger d'entraîner la sociologie du droit vers un équivalent du panthéisme en théologie : une sorte de *panjurisme*, où tout phénomène social revêt dès le départ le caractère d'une manifestation du juridique, à tout le moins de manière « implicite et inférentielle »[34].

Ce qui me semble être les apories sur lesquelles bute la réflexion socio-juridique de Macdonald, soit le refus d'attribuer une spécificité, même à titre heuristique, au juridique et son corollaire, une conception normative des rapports sociaux qui repose sur une hypostase de la norme en tant que déterminant de l'acti-

32. M. WEBER, *op. cit.*, note 17, pp. 15 et ss.; [Trad. fr.] pp. 27 et ss.

33. *Id.*, [Trad. fr.] p. 28.

34. Macdonald se défend de promouvoir une vision aussi extensive de la juridicité : « Tout comme l'économiste prétend que l'analyse économique est capable d'éclairer tous les phénomènes — la dynamique familiale par exemple, tout ce que je prétends, c'est que l'analyse d'ordonnancement social (la normativité) pourrait servir à éclairer tout phénomène humain. Ce n'est pas du tout une affirmation que telle ou telle situation est juridique — ou même, est mieux comprise comme situation juridique. » (Lettre à l'auteur en date du 24 septembre 1997.) À notre avis, compte tenu de l'absence de distinction entre normativité sociale et juridique, le danger de *panjurisme* n'est nullement écarté pour autant.

vité sociale[35], ne doit pas empêcher par ailleurs de souligner les multiples apports féconds de cette réflexion. Parmi ceux-ci, j'identifierais :

1) Le caractère secondaire attribué, dans une perspective de pluralisme juridique, au clivage entre le droit étatique et le droit non étatique

Cette dichotomie, qui joue un rôle fondamental dans la conception traditionnelle du pluralisme juridique, court toujours le risque de conduire à une sorte de monisme juridique inversé. Au pluralisme du droit émanant de la société civile est opposé le strict monolithisme du droit étatique : or cette représentation relève d'une appréhension tout aussi univoque et unilatérale du phénomène « État » que celle que l'on retrouve à la base des conceptions monistes du droit. La dichotomie fondamentale chez Macdonald n'est pas celle de l'étatique et du non étatique[36], mais plutôt celle du manifeste et du latent. Il en résulte nécessairement, me semble-t-il, une grande fluidité et perméabilité des frontières entre la sphère étatique et les autres sphères d'activité. Cette conception me paraît compatible avec la définition que donne Weber, du point de vue de la sociologie compréhensive, de « l'État » : non une entité concrète délimitée de manière précise, mais un complexe d'activités sociales déterminées, orientées significativement[37].

2) La volonté de dépassement d'une conception strictement institutionnaliste du droit

Par certains aspects la conception de Macdonald présente diverses analogies avec la théorie institutionnaliste du droit, telle celle défendue notamment par Santi Romano. Encore que la terminologie soit passablement différente, — du fait que Santi Romano, dans une perspective antinormativiste dirigée notamment contre Kelsen, entend par « norme » essentiellement une règle juridique formelle —, cet auteur me paraît émettre une idée voisine de celle de Macdonald, lorsqu'il avance que le droit se compose « d'éléments plus fondamentaux et surtout antérieurs » aux normes ainsi comprises[38]. Traduite dans la terminologie de Macdonald, l'idée ainsi exprimée équivaut à mettre en valeur les éléments implicites et inférentiels à la base des ordres juridiques ou institutions. Cela dit, Santi Romano n'a pas échappé à mon avis au danger qui guette certaines approches insti-

35. Certes Macdonald reconnaît au passage (*loc. cit.*, note 5, p. 252) que « ce ne sont pas toutes les méthodes d'établissement de l'ordre social qui sont génératrices de normativité » — mais cette réserve, compte tenu de l'ampleur et de la grande diversité des phénomènes qui sont rattachés à la normativité sociojuridique, ne me paraît guère convaincante.

36. Encore que Macdonald, à l'évidence, adhère à la conception pluraliste du droit notamment parce qu'elle n'oblige pas à définir le droit à partir de l'État.

37. M. WEBER, *op. cit.*, note 17, pp. 6 et 13; [Trad. fr.] pp. 12 et 24. En outre Weber, comme le démontre Jean-Guy Belley, a analysé le droit étatique de son époque comme réalisant un type nouveau de pluralisme juridique, un « droit étatique pluraliste ». Voir J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 31, p. 17 et « Max Weber et la théorie du droit des contrats », (1988) 9 *Droit et Société* 281-300, pp. 289 et ss.

Certes Weber n'utilise pas le terme de pluralisme juridique, mais se réfère plutôt à une « particularisation croissante du droit » (*eine zunehmende Partikularisierung des Rechts*). En particulier, Weber insiste sur l'émergence de droits spéciaux (*Spezialrechte*) à l'intérieur du droit étatique, droits spéciaux qui sont eux-mêmes le reflet des rationalités sectorielles de la société (par exemple en matière de droit commercial). *Cf.* M. WEBER, *id.*, pp. 503 et ss.; [Trad. fr.] pp. 219 et ss.

38. S. ROMANO, *L'Ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 2.

tutionnalistes du droit et qui consiste précisément en une *réification* de l'institution. En définissant l'institution comme une « entité close pouvant être considérée en soi et pour soi par cela même qu'elle a une individualité propre »[39], Santi Romano opte pour une conception « substantialiste » des structures sociales, que Weber aurait rejetée[40]. En insistant sur la complexité des ordres normatifs, la fluidité de leur frontière, leur hétérogénéité et leurs fluctuations, Macdonald est certainement plus proche sur ce point de la perspective d'une sociologie compréhensive du droit.

3) Le rejet d'une cartographie trop nette des relations et structures sociales

Sous un angle similaire, la plasticité (poussée par ailleurs à la limite, en ce sens que le droit se dissout dans le social et inversement, un point de vue qui me paraît nettement inadéquat pour les raisons précédemment mentionnées) des phénomènes juridiques telle qu'envisagée par Macdonald s'oppose à ce que les structures sociales puissent être délimitées de manière tranchée, à l'inverse de la relative rigidité des délimitations fonctionnelles des processus sociaux, dont la théorie systémique du droit défendue par Luhmann et Teubner[41] fournit une illustration éloquente.

CONCLUSION

Pour conclure, j'avancerai qu'en dépit de nombreux apports importants de nature à enrichir grandement la réflexion sur le droit[42], la théorie socio-juridique de Macdonald ne me paraît cependant pas percevoir de manière satisfaisante les problèmes liés à la délimitation d'un champ juridique spécifique. En dépit de la fluidité inévitable des frontières entre phénomènes, de leur imbrication et perméabilité, une telle délimitation, qui ne doit pas être hypostasiée et a avant tout une valeur heuristique, constitue néanmoins une étape incontournable dans le cadre d'une démarche de connaissance sociologique du juridique. En se situant en particulier dans la perspective d'une sociologie compréhensive du droit, il demeure en effet capital de prendre en considération les représentations qui structurent même de manière « implicite et inférentielle » un champ d'activité, car ceci correspond à la compréhension propre aux acteurs, un élément qui ne doit aucunement être négligé.

Michel Coutu
Centre de recherche en droit public
Faculté de droit
Université de Montréal
MONTRÉAL (Québec) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-6110
Téléc. : (514) 343-7508
C. élec. : recherche@drpers.gouv.qc.ca

39. *Id.*, p. 27.

40. M. WEBER, *op. cit.*, note 17, p. 13; [Trad. fr.] p. 24.

41. Voir G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993. *Id.*, *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ/Story-Scientia, 1994.

42. De nature également à rectifier sur certains points la conception wébérienne de la rationalité du droit. Par exemple quant à divers phénomènes subsumés généralement par Weber sous la notion de « l'irrationalité juridique » et qu'il vaut peut-être mieux aborder, quant à certains d'entre eux à tout le moins, sous un jour davantage positif, ce à quoi invitent les catégories de l'implicite et de l'inférentiel.