

Les Cahiers de droit



Le GEPTUD : des transformations du droit aux théories juridiques

Lise Binet

Volume 33, numéro 1, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043125ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043125ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Binet, L. (1992). Le GEPTUD : des transformations du droit aux théories juridiques. *Les Cahiers de droit*, 33(1), 5–20. <https://doi.org/10.7202/043125ar>

Résumé de l'article

Le Groupe d'études sur les processus de transformation du droit (GEPTUD) existe depuis 1989. Il regroupe des professeurs de la Faculté de droit de l'Université Laval auxquels se joignent des collaborateurs des facultés des sciences sociales et de philosophie ainsi que des étudiants de 2^e et 3^e cycles. Par les projets de ses membres et par les séminaires qu'il organise sur une base régulière, le GEPTUD est engagé dans des activités de recherche et dans un travail d'approfondissement de sa problématique. L'objectif du présent article est de préciser les orientations du GEPTUD en renseignant sur la délimitation de son champ de recherche.

Le GEPTUD : des transformations du droit aux théories juridiques*

Lise BINET**

Le Groupe d'études sur les processus de transformation du droit (GEPTUD) existe depuis 1989. Il regroupe des professeurs de la Faculté de droit de l'Université Laval auxquels se joignent des collaborateurs des facultés des sciences sociales et de philosophie ainsi que des étudiants de 2^e et 3^e cycles. Par les projets de ses membres et par les séminaires qu'il organise sur une base régulière, le GEPTUD est engagé dans des activités de recherche et dans un travail d'approfondissement de sa problématique. L'objectif du présent article est de préciser les orientations du GEPTUD en renseignant sur la délimitation de son champ de recherche.

The Task Force dealing with transformational processes in law (known in French by the abbreviation GEPTUD) has been in existence since 1989. It is composed of professors from the Laval University Faculty of Law, colleagues from the Social Sciences and Philosophy Faculties as well as masters and doctoral graduate students. Through its members' projects and the seminars that it organizes on a regular basis, GEPTUD performs research activities and in-depth investigations into its field of knowledge. The purpose of this article is to specify GEPTUD orientations by delimiting its area of research.

* L'auteur remercie Jean-Guy Belley et Pierre Issalys, professeurs et membres du GEPTUD, pour leurs précieux commentaires.

** Attachée de recherche auprès du GEPTUD, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1. Les juristes et les transformations du droit	7
2. Les phénomènes sociojuridiques	9
3. L'idéologie juridique	10
4. Les conceptions juridiques	12
5. Les représentations juridiques	14
6. Les théories juridiques	15
Conclusion	19

Fait sans doute étonnant pour un groupe de recherche en droit, le champ conceptuel du GEPTUD est habité par des notions telles que culture, discours, croyance, pensée, fondement intellectuel, etc.¹. D'ores et déjà, l'ombre d'autres disciplines se profile sur la surface de ce champ pour souligner la nécessité de s'ouvrir à l'interdisciplinarité². Bien qu'il soit soigneusement gardé par les juristes, le domaine de recherche du droit ne peut leur appartenir en exclusivité dès le moment où l'on accepte de transgresser les frontières du positivisme juridique pour retrouver un objet d'étude pluridimensionnel.

Défini autour du thème des transformations du droit, le champ de recherche du GEPTUD suppose un éclatement de la notion de droit pour laisser voir des facettes ensevelies sous le poids de la dogmatique juridique. Ces autres dimensions sont désignées ici comme des phénomènes, des idéologies, des conceptions, des représentations et des théories juridiques³. Elles servent à délimiter un champ de recherche aux frontières

-
1. Le champ conceptuel du GEPTUD a été circonscrit de façon empirique, à partir des projets de recherche de ses membres ainsi que des exposés, des discussions et des lectures suggérées pour préparer les séminaires du GEPTUD. Nous avons cherché les communs dénominateurs qui permettent ensuite de classer les recherches dans des catégories autres que celles qui découpent habituellement le droit en spécialisation.
 2. Le travail interdisciplinaire présente plus d'une difficulté. Lorsque le droit côtoie l'anthropologie culturelle, la sociologie compréhensive, la sémiologie, l'histoire ou toute autre discipline, il y a nécessité d'harmoniser le langage, de dépasser les rivalités de méthodes et la concurrence quant à la production de connaissances sur un objet d'étude commun.
 3. Les termes « phénomène », « idéologie », « conception », « représentation » et « théorie » présentent beaucoup d'affinités. On peut parfois les substituer l'un à l'autre ou repérer des zones où ils se chevauchent. Ils servent ici à des fins de catégorisation et le sens qui leur est donné l'est par convention en vue de permettre cette catégorisation plutôt que par choix théorique.

floues mais tout de même suffisamment précises pour souligner les orientations du GEPTUD.

Les recherches actuelles des membres du GEPTUD n'englobent cependant pas tout le champ ouvert avec le thème des transformations du droit. Elles se concentrent dans l'espace des conceptions et des théories et portent plus particulièrement sur l'histoire des conceptions juridiques québécoises au XX^e siècle et sur les bases à partir desquelles peuvent se transformer certaines théories juridiques.

L'objectif poursuivi ici est de rendre compte des orientations de recherche du GEPTUD. La définition de ces orientations repose sur un essai d'intégration de trois éléments : 1) les recherches en cours des membres du GEPTUD ; 2) les préoccupations de recherche du groupe non encore traduites concrètement dans des projets et illustrées plus loin par des études menées par d'autres chercheurs ; et 3) une réflexion partielle sur la démarche du GEPTUD. Les orientations se dessinent avec les cinq dimensions du droit qui balisent le champ de recherche du GEPTUD (phénomène, représentation, idéologie, conception et théorie). Chacune sera décrite en rapport avec la problématique des transformations et sera illustrée. Dans le cas des théories, certaines difficultés inhérentes au besoin de renouveler les théories juridiques seront soulevées par une synthèse des débats à connotation philosophique qui ont eu cours au sein du GEPTUD. Préalablement à ces descriptions, un rappel sera fait sur la façon dont sont habituellement étudiées les transformations du droit par la science juridique. Enfin, la conclusion permettra d'énoncer l'hypothèse d'une mutation du droit.

1. Les juristes et les transformations du droit

En droit, les transformations sont le plus souvent abordées par l'étude des changements législatifs ou des nouveaux courants jurisprudentiels. En apportant de nouvelles données, ces transformations viennent en quelque sorte, plus ou moins intensément, perturber le système juridique existant dans sa cohérence ou son équilibre. Le travail des juristes, dans leur rôle d'auteurs de doctrine, consiste alors à reconstruire inlassablement la cohérence du système. Cette reconstruction s'effectue en mettant à jour l'état du droit dans un secteur donné, en présentant les transformations de manière ordonnée, en soulevant les problèmes auxquels elles donnent lieu et en proposant des solutions pour résoudre ces problèmes. Elle se fait

aussi en décelant les imperfections liées aux transformations et en mettant en lumière les contradictions qu'elles portent par rapport au droit existant⁴.

La réforme du droit des obligations est un exemple parmi d'autres d'une transformation du droit à laquelle s'est greffée une production doctrinale. *Les Cahiers de Droit* publiaient en décembre 1989 quatre articles portant sur ce projet de réforme⁵. À des degrés divers et de différentes manières, ces articles dressent un inventaire des transformations projetées par la réforme, élaborent une critique à partir des imperfections représentant une sorte de menace pour le bon fonctionnement du droit dans ce secteur et proposent certaines solutions.

Ainsi, outre qu'ils ordonnent les transformations juridiques liées à quatre aspects de la réforme : intégration de la protection du consommateur au droit des obligations, contrats nommés, recours judiciaires et instruments de paiement ayant un effet libératoire, les auteurs exposent comment ces transformations s'intègrent harmonieusement ou non au système juridique. Par exemple, Claude Masse conclut que l'intégration du droit de la consommation au Code civil favorise une approche cohérente et globale du droit, tout en mettant en évidence le risque d'introduire dans le droit commercial des techniques juridiques élaborées afin de protéger les consommateurs. Jacques Beaulne et Danielle Codère dénoncent la judiciarisation des rapports contractuels et préconisent plutôt l'acte authentique comme moyen de protection permettant un bon fonctionnement du système juridique. Après avoir noté les changements consacrés par la réforme des contrats nommés (publicisation et autonomisation), Pierre Legrand fait appel aux tribunaux et aux chercheurs pour élaborer une réflexion permettant de les systématiser et de les imbriquer dans une nouvelle théorie générale du contrat⁶. Nicole L'Heureux estime, quant à elle, que les propositions de l'avant-projet de réforme adaptent le Code

4. Il s'agit là d'un travail pouvant être qualifié de collectif. Les points de vue de chacun ne conduisent pas nécessairement à des adaptations, c'est plutôt l'ensemble du « travail juridique » qui les amène.

5. Les articles sont les suivants : C. MASSE, « L'avant-projet de Loi et la protection des consommateurs », (1989) 30 C. de D. 827; J. BEAULNE et D. CODÈRE, « Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation », (1989) 30 C. de D. 843; P. LEGRAND Jr., « Consolidation et rupture ; les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés », (1989) 30 C. de D. 867; N. L'HEUREUX, « La libération du débiteur et les nouveaux instruments de paiement », (1989) 30 C. de D. 908. Les propos tenus sur ces articles n'ont aucunement pour but de remettre en cause leur qualité ou leur pertinence. Il s'agit tout au plus d'illustrer la façon de faire la plus courante en droit.

6. Cette proposition de P. Legrand est inspirée de J. Ghestin dont il rapporte les propos suivants : « il est dans la nature de la logique juridique que les lois nouvelles ne s'insèrent pas d'elles-mêmes dans un système cohérent propice à l'abstraction » (J. GHESTIN, *Traité*

civil aux pratiques commerciales actuelles, mais elle invite à des précisions pour améliorer le projet de loi.

D'une part, les auteurs de doctrine prennent part à la transformation du droit positif en participant à son intégration au système juridique. D'autre part, ils collaborent à la cohérence du système en fournissant les outils pratiques et conceptuels permettant de le présenter comme cohérent malgré les transformations, ou plus cohérent à cause d'elles, ou encore qui le deviendrait davantage s'il y avait des transformations. Comme juristes, les membres du GEPTUD participent aussi, à différents degrés, à ce processus. La particularité du groupe tient cependant au fait de vouloir considérer aussi, et pour certains surtout, d'autres aspects de la réalité juridique.

2. Les phénomènes sociojuridiques

Tout en utilisant le droit positif comme point de référence, on peut construire l'objet d'une recherche sur le droit en considérant les phénomènes sociaux et politiques⁷ qui gravitent autour de lui. Du droit positif, le regard se déplace alors en amont, en aval ou en périphérie. Dans ce dernier cas, on veut savoir qui utilise les tribunaux ou connaître l'opinion du public sur une loi ou encore évaluer les méthodes d'enseignement du droit. En aval, on cherche par exemple à mesurer l'écart entre le droit sanctionné et le droit appliqué ou entre ce qui est ordonné et l'effectivité réelle des jugements⁸.

Un regard jeté en amont du droit positif permet de retracer l'itinéraire d'une loi à travers les dédales administratifs et parlementaires ou de retrouver la dynamique précédant l'adoption des lois. L'analyse politique s'attarde ici à reconstituer le jeu des rapports de force, les stratégies

de droit civil, t. II : *Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1988, n° 91, p. 83). Soulignons aussi que P. Legrand dénonce, au nom de la tradition civiliste, ce qu'il appelle la « métamorphose du style de la codification » (style emprunté à la common law).

7. P. Amselek nomme par contre « phénomènes juridiques » l'ensemble des comportements humains en relation avec le droit, ce qui inclut par exemple les activités de fabrication, de diffusion, de perception et d'utilisation des normes. Pour lui, la science du droit, qu'il distingue de la technologie juridique, doit aborder son objet comme un ensemble de phénomènes humains. Voir à ce sujet P. AMSELEK, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », (1979) 24 *Arch. philo. dr.* 297.

8. L'idée d'écart est utilisée dans l'ouvrage publié sous la direction d'A. LAJOIE et de P. MOLINARI, *Pour une approche critique du droit de la santé*, Montréal, PUM, 1987. On y parle d'écart qui sépare les politiques énoncées du droit adopté et d'écart entre le droit adopté et le droit exercé.

d'alliance et d'influence entre les groupes de pression ou les partis politiques⁹.

C'est également une méthode d'analyse politique que propose Vincent Lemieux dans son récent ouvrage sur les relations de pouvoir dans les lois¹⁰. Mais plutôt que de s'attarder au pouvoir à l'extérieur des lois, il cherche celui qui est inscrit dans les textes législatifs, entre les acteurs et lié à des enjeux. Alors qu'en histoire et en science politique les lois servent surtout d'indicateurs de l'activité de l'État¹¹, chez ce chercheur, elles permettent de comparer et de qualifier l'activité législative des gouvernements québécois par les relations de pouvoir qu'ils instituent avec les lois.

Lier le droit positif aux phénomènes sociaux et politiques permet donc d'inscrire le droit dans le contexte où il émerge ou dans celui où il s'applique. De nouveaux phénomènes amènent une transformation du droit positif mais, en retour, ce dernier est transformé par les acteurs individuels et institutionnels auxquels il est destiné. Le droit positif peut aussi apparaître comme une tentative de transformer le contexte dans lequel il s'inscrit. Présentement, aucun membre du GEPTUD ne travaille précisément dans cette direction, cependant la mise en contexte est souvent utilisée comme moyen pour reconnaître la dimension sociale et politique du droit. Le récent ouvrage de Pierre Verge, écrit en collaboration avec Gregor Murray, du Département des relations industrielles, illustre les résultats obtenus par une telle mise en contexte. Chacune des parties du volume traitant du droit syndical est introduite par une présentation factuelle et analytique de certains aspects de la réalité syndicale québécoise¹².

3. L'idéologie juridique

L'idéologie juridique est habituellement comprise à travers ses effets ou ses fonctions ou encore dans une perspective qui fait du droit le lieu d'inscription privilégié des idéologies présentes dans la société. La première de ces options aborde les processus d'adhésion au droit à partir des représentations collectives : on adhère au droit par effet idéologique plutôt que sous la menace de la contrainte. Ainsi, l'effectivité du droit tient en grande partie à la croyance dont il fait l'objet et par laquelle la société maintient son ordre. L'effet de cette croyance, bâtie sur son contenu idéal,

9. Une analyse portant sur les groupes de pression a été réalisée par L. DION, *Le Bill 60 et la société québécoise*, Montréal, HMH, 1967.

10. V. LEMIEUX, *Les relations de pouvoir dans les lois*, Sainte-Foy, PUL et IAPC, 1991.

11. P.-A. LINTEAU, R. DUROCHER, J.-C. ROBERT et F. RICARD, *Histoire du Québec contemporain*, Montréal, Boréal, 1986.

12. P. VERGE et G. MURRAY, *Le droit et les syndicats*, Sainte-Foy, PUL, 1991.

sur sa vertu et sur les valeurs que le droit incarne, est de susciter l'obéissance à la loi.

De plus, l'idéologie juridique peut avoir pour effet de modifier les représentations collectives en incitant les acteurs sociaux à adopter ses catégories. Ainsi, Guy Laforest¹³ voit dans l'acharnement de Pierre Elliott Trudeau à vouloir enchâsser une charte des droits dans la constitution canadienne une volonté de modifier la culture politique en faisant primer les droits individuels sur les droits collectifs. D'après cette analyse, le projet de Trudeau devient une tentative d'imposer les catégories de la philosophie libérale « monochrome » à propos des droits et des libertés individuels.

La fonction de légitimation est également au cœur de la réflexion sur l'idéologie juridique. L'investigation porte alors sur l'un ou l'autre des volets de la légitimation : soit l'idéologie juridique apparaît comme produisant sa propre légitimité, soit elle légitime l'État ou l'ordre social. Sur le plan de l'autolégitimation, le droit se donne comme l'expression de la volonté de tous puisque le législateur agit au nom de l'ensemble des citoyens. En fait, la source première du droit se trouve dans la volonté du législateur dont le pouvoir repose sur l'appropriation légitime de la souveraineté.

Comme légitimation de l'État, la lecture de l'idéologie juridique se fait sur des bases épistémologiques ou politiques. Dans le premier cas, on critique les assertions qui fondent le droit comme science. Dans le second cas, la notion d'État de droit est remise en question par des auteurs comme Jacques Zylberberg¹⁴ pour qui l'idéologie juridique légitime l'État en s'appuyant sur le mythe de la transcendance de la loi et en laissant croire qu'on ne saurait se méfier d'un pouvoir encadré par le droit. Dans cette problématique, le droit est défini comme l'instrument juridique de l'État.

L'idéologie juridique apparaît également avec son effet en trompe-l'œil dans les études qui dénoncent une société inégalitaire. Par exemple, l'affirmation de l'égalité des citoyens devant la loi devient idéologique si l'on tient compte des inégalités sociales et économiques. Laissant croire à l'égalité, le droit contribue à la reproduction d'une société inégalitaire et sert les intérêts des dominants. C'est dans une perspective semblable que s'inscrit l'étude de Dorval Brunelle¹⁵ alors que celle de Richard Larue

13. G. LAFOREST, « Libéralisme et nationalisme au Canada à l'heure de l'Accord du Lac Meech », *Carrefour*, vol. 13, 1991 (à paraître). Les principaux éléments de sa thèse ont été présentés par l'auteur au séminaire du GEPTUD du 11 novembre 1991.

14. J. ZYLBERBERG, « Ordre du droit et droit de l'ordre », (1987) 28 *C. de D.* 699.

15. D. BRUNELLE, *Le Code civil et les rapports de classe suivi d'une analyse sociologique de la Loi canadienne de l'assurance-chômage*, Montréal, PUM, 1975.

s'interroge sur le lien entre l'égalité formelle, affirmée au moment de la codification des lois civiles au Bas-Canada, et les idéologies produisant une vision hiérarchique de la société¹⁶.

C'est en tant que lieu d'inscription de l'idéologie que certains membres du GEPTUD abordent le rapport du droit à l'idéologie. Par exemple, Pierre Issalys se propose d'observer la variation des conceptions de la loi dans le discours des titulaires du pouvoir législatif au cours de la période 1850-1940. Il met ces conceptions en rapport avec les grandes idéologies de l'époque¹⁷. De même, Jean-Guy Belley travaille à partir de l'hypothèse voulant que la théorie du contrat soit, au Québec, influencée par un formalisme juridique conforme à l'idéologie du libéralisme classique¹⁸. Cependant, bien qu'elles touchent l'idéologie, aucune des recherches des membres du GEPTUD ne lui consacre l'essentiel de son analyse.

4. Les conceptions juridiques

Les conceptions juridiques peuvent être définies comme des prises de position réfléchies, des points de vue, des idées maîtresses¹⁹ auxquels on a accès en étudiant un corpus d'écrits ou de paroles qui formulent le droit ou dans lesquels on parle du droit²⁰. Certaines conceptions deviennent des lieux communs à propos desquels s'engagent des débats. Tout comme les conceptions politiques, les conceptions juridiques sont à la fois des inventions, des constructions autonomes et des réponses aux questions posées à leur temps²¹.

16. R. LARUE, « Code Napoléon et codification des lois civiles au Bas-Canada ; Notes sur le problème de l'égalité », dans P.H. BOULLE et A. LEBRUN, *Le Canada et la Révolution française*, Montréal, Centre interuniversitaire d'études européennes, 1989, pp. 147-161.

17. P. Issalys dirige un projet de recherche dans le cadre d'un programme de recherche portant sur les conceptions de la loi et présenté aux séminaires du GEPTUD de mars et d'octobre 1990 (article à paraître en septembre 1992 dans *C. de D.*).

18. J.-G. Belley dirige un projet de recherche dans le cadre d'un programme de recherche portant sur le contrat dans les échanges économiques et présenté aux séminaires du GEPTUD de janvier 1990 et de mars 1991 : voir à ce sujet J.-G. BELLEY, « Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique », (1992) 33 *C. de D.* 21.

19. La notion de conception ne doit pas être confondue avec celle de théorie (moins générale et plus rigoureuse) ni avec celle d'idéologie (plus compacte). Voir à ce sujet F. CHÂTELET et E. PISIER-KOUCHNER, *Les conceptions politiques du XX^e siècle*, Paris, PUF, 1981.

20. Cette distinction est faite par J. Wroblewski lorsqu'il définit le discours juridique : « Le discours juridique, c'est le discours dans lequel on formule le droit, ou dans lequel on parle du droit. » J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », (1988) 8 *Droit et société* 13.

21. F. CHÂTELET et E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, note 19.

L'étude des conceptions juridiques participe soit de la connaissance de la pensée juridique, soit de celle de la culture juridique²². Plus précisément, l'histoire de la pensée juridique se présente de deux manières : 1) une histoire de la réflexion philosophique sur le droit en tant que pensée spéculative et abstraite dans sa manifestation juridique²³; 2) une histoire des modifications apportées aux conceptions juridiques dans une aire culturelle donnée. C'est dans cette perspective que s'inscrivent les études de certains membres du GEPTUD, tel Sylvio Normand qui se penche sur les écrits des juristes pour connaître le contenu des diverses conceptions formulées dans une partie du champ juridique au cours d'une période donnée²⁴. Dans ce type de recherche, la manière de penser des juristes apparaît comme le reflet du processus consistant à exposer, à confronter, à superposer, etc., diverses conceptions juridiques. Les transformations des conceptions juridiques se réalisent par un mouvement fait de continuité ou de rupture²⁵.

Quant à la façon de lier conception et culture, elle emprunte un chemin semblable à celui qui permet d'unir conception et pensée juridique²⁶. Ce dont parlent les juristes et la façon dont ils le font deviennent une manifestation de la culture juridique²⁷. L'accent n'est pas mis sur le droit comme enjeu culturel²⁸ mais bien sur les traits culturels des juristes repérables dans

22. En glissant de conception à concept, on pourrait aussi faire l'histoire de la science juridique à partir de ses concepts.

23. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1975, et *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976.

24. S. Normand a traité de conceptions juridiques intégrées à la pensée et à la culture juridique aux séminaires du GEPTUD d'avril 1990 et de février 1991. Voir aussi S. NORMAND, « Un thème dominant de la culture juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *Mc Gill L. J.* 559.

25. Par exemple, selon D. Howes, au cours de la période 1875-1921, il y a rupture dans la pensée juridique québécoise puisque le droit a été transformée par la génération de Migneault (déclin de la vision juridique antérieure). D. Howes, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Law, 1875-1929 », (1987) 32 *McGill L. J.* 523.

26. On peut même remarquer un glissement du terme « pensée » à « culture », et vice-versa, comme s'il s'agissait de deux synonymes ou de corollaires, comme si la culture se confondait avec la manière de penser et que la pensée donnait directement accès à la culture.

27. Ainsi pour D. Howes, une culture juridique est caractérisée par un genre de pensée. D. HOWES, « La domestication de la pensée juridique québécoise », (1989) 13 *Anthropologie et sociétés*, vol. 13, 1989, pp. 103-126.

28. Traitant de la revendication islamique sur le droit, J.R. Henry est amené « à centrer sur le culturel l'analyse du changement juridique, au moment où celui-ci tend de plus en plus à être perçu comme expression substantielle du changement social, et non seulement comme une question de simple technique normative ». J. R. HENRY, « Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu culturel », (1990) 15 *Droit et société* 139. Une problématique semblable se pose lorsque le Code civil est défini comme l'expression de la culture québécoise.

leurs discours et leurs pratiques²⁹. La transformation des conceptions sera interprétée comme un changement culturel alors que sa stabilité sera imputable au poids de la culture juridique retransmise principalement par la socialisation au moment de la formation des juristes³⁰.

5. Les représentations juridiques

L'opinion voulant que les mentalités changent moins vite que les lois est fréquemment exprimée. Une affirmation du type « les lois sont non discriminatoires, mais certains juges manifestent toujours du sexisme dans leur jugement » sous-tend l'idée que le système de représentations des juges médiatise le rapport au droit positif. On peut même avancer qu'un tel système de représentations, ou ce que d'autres appellent les structures mentales, l'imaginaire collectif ou l'image que l'on se fait des choses, jouit d'une certaine autonomie par rapport au droit positif. Il n'y aurait donc pas de rapport de causalité mécanique entre les transformations du droit positif et le système de représentations, ces dernières ayant leur propre rythme de changement³¹.

Michel Vovelle³² dégage deux hypothèses de travail pour expliquer l'originalité du rythme de changement des mentalités. La première se rattache à la métaphore de Braudel : les mentalités comme des prisons de longue durée. Interprétées comme une force d'inertie, elles deviennent les résidus d'idéologies des temps passés, « comme si le présent coexistait avec le passé ou, pour reprendre l'expression d'Althusser, comme s'il y avait « entrelacement des temps de l'histoire ». Selon l'exemple retenu plus haut, le sexisme de certains juges serait le reliquat d'idéologies désuètes perdurant à travers les représentations.

La seconde piste envisage les systèmes de représentations comme refuge de l'identité d'un groupe. Ils sont alors interprétés comme une forme de résistance ou de préservation de l'essentiel. Par exemple, la façon dont

29. De là la pertinence d'une problématique amenant à considérer les revues juridiques comme refuge de la culture juridique. Voir à ce sujet A. J. ARNAUD, *La culture des revues juridiques françaises*, Milan, Giuffrè Editore, 1988 (le problème consiste « à savoir si les revues françaises de droit positif révèlent une préoccupation culturelle, une volonté d'inscrire leur discours au-delà de simples exigences techniques et professionnelles auxquelles elles sont censées avant tout répondre » (p. 4)).

30. Sur l'histoire de la Faculté de droit de l'université Laval, voir S. NORMAND, « Tradition et modernité à la Faculté de droit de l'Université Laval de 1945 à 1965 », (1992) 33 C. de D. 141.

31. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a aucun rapport entre les transformations du droit positif et celles des représentations.

32. M. VOVELLE, *Idéologie et mentalité*, Paris, Maspero, 1982, p. 13.

les autochtones se représentent la justice devient l'expression d'une authenticité culturelle et d'une résistance collective à la justice des Blancs.

Sur le plan méthodologique, l'analyse de discours est fréquemment utilisée pour donner accès aux représentations. Par un travail sur le langage, elle permet de suivre leur construction progressive, elle s'attarde au fonctionnement discursif et à la façon dont naissent les significations. Une étude de ce type a été entreprise par Régine Robin et Andrée Lajoie. Elle porte sur les modalités de formation des images de « société libre et démocratique » dans les écrits des juges de la Cour suprême antérieurs à la constitutionnalisation de l'expression et sur une comparaison de ces images avec l'interprétation que ces mêmes juges donnent de l'expression depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*³³.

Les représentations sont également au cœur d'une démarche visant à remonter jusqu'aux mythes enracinés dans l'inconscient pour retrouver la causalité fondatrice de la normativité. Une telle démarche a été entreprise par Pierre Legendre³⁴ pour qui la culture relève de la façon dont est fondée la normativité. Les systèmes de représentations d'essence mythologique ou religieuse agissent inconsciemment comme image toute-puissante³⁵.

Parlant de la réforme du Code civil, le juge Baudouin affirmait qu'on ne peut transformer le droit par un simple acte autoritaire résultant de la volonté du prince, qu'il est nécessaire d'obtenir un consensus du milieu juridique³⁶. Il en va sans doute de même pour les représentations des juristes et de l'ensemble de la population qu'on ne change pas d'autorité. Trop peu d'études portent sur le sujet.

6. Les théories juridiques

Comme toutes les disciplines, le droit a ses théories dont certaines se présentent sous la forme d'une théorie générale du droit. Bousculé par l'émergence de nouveaux phénomènes, le droit voit plusieurs de ses théories critiquées et remises en question : on décèle des lacunes chez certaines, d'autres sont jugées insuffisantes, inadéquates, inefficaces, voire

33. Des résultats préliminaires de cette étude seront présentés par A. Lajoie lors du séminaire du GEPTUD de mars 1992.

34. L'œuvre de P. Legendre est présenté par Y. SIMONIS, « Note critique sur le droit et la généalogie chez Pierre Legendre », *Anthropologie et sociétés*, vol. 13, 1989, pp. 53-61.

35. L'interdit concerne toute l'humanité mais est variable selon les cultures. Voir l'entretien avec Pierre Legendre : « Le ficelage institutionnel de l'humanité », *Anthropologie et sociétés*, vol. 13, 1989, pp. 61-76.

36. J.-L. BAUDOUIN, « Réflexions sur le processus de recodification du Code civil », (1989) 30 *C. de D.* 817.

dépassées. Dans d'autres cas, c'est l'absence de théories qui est dénoncée ou la présence de systèmes conceptuels qui, n'ayant plus rien à voir avec les faits, n'en continuent pas moins de régner.

Devant une réalité devenue complexe, ou dorénavant reconnue comme telle, les juristes ont besoin de développer de nouvelles façons de voir. Ainsi, en regard d'un État interventionniste, il est nécessaire de renouveler la théorie juridique de l'État afin de tenir compte de sa réalité institutionnelle non assimilable à un agrégat d'individus. La multiplicité des échanges économiques régulés par des règles juridiques non étatiques demande de réévaluer la théorie classique du contrat centrée sur la dynamique du litige plutôt que sur celle de l'échange. Il faut reformuler la théorie juridique de la personnalité morale puisque, dans son état actuel, elle ne peut tenir compte des vastes réseaux d'entreprises en activité dans plusieurs pays. Pour sortir de l'impasse créée par les nouvelles technologies de reproduction humaine, le droit doit énoncer une nouvelle théorie de la personne. L'émergence d'un droit spécifiquement syndical invite à développer une théorie qui tiendrait compte à la fois des règles étatiques et de celles qui sont issues du groupement syndical³⁷.

Toute entreprise théorique qui s'écarterait du paradigme du positivisme juridique risque cependant d'obtenir une fin de non-recevoir de la communauté des juristes³⁸. Pourtant, le courant qui entend raviver la production théorique emprunte fréquemment aux disciplines autres que le droit ou pose sur ce dernier un regard qui outrepassse les frontières habituelles. De nouvelles pistes sont ainsi ouvertes en faisant ressurgir des schématisations qui posent le rapport droit-fait et droit-valeur. Ces pistes sillonnent désormais le champ juridique, elles ne sont nullement en dehors du territoire du droit ; plusieurs rejoignent même directement la pratique³⁹.

37. Ces besoins de nouvelles théories juridiques ont été soulevés dans l'un ou l'autre des séminaires du GEPTUD animés par Ghislain Otis (État), Jean-Guy Belley (contrat), Alain Prujiner (personnalité morale), Édith Deleury (personne) et Pierre Verge (syndicat).

38. La communauté scientifique valide ses théories comme elle évalue ses membres (évaluation par les pairs). À propos du sort réservé au droit social et à la théorie relationnelle des contrats, voir J.-G. BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », (1988) 3 R.C.D.S. 27 ; pour une perspective plus générale sur la dynamique des théories au sein de la communauté des juristes, voir C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, PUF, 1987.

39. Une théorie pluraliste du contrat serait, par exemple, utile aux praticiens du droit dont l'essentiel du travail s'insère dans le processus de gestion de grandes entreprises plutôt que de se réaliser dans l'enceinte du tribunal. Autre exemple, une théorie de la personne harmonisée à une réflexion éthique permettrait, en formulant des propositions résultant de l'interaction entre des éléments descriptifs et normatifs, d'aller au-delà des solutions éparées et ponctuelles apportées par les décisions judiciaires.

Une bonne partie de la production des juristes-théoriciens passe par un retour à la philosophie et à la sociologie⁴⁰. Probablement en raison des nombreux enjeux exprimés actuellement en fait de choix de valeurs, la philosophie semble occuper le premier rang. Par ce travail interdisciplinaire, les juristes sont obligés de faire face aux débats qui animent les autres champs du savoir. Le défi devient assurément d'apprendre à composer avec eux sans s'y engloutir. Et le défi est de taille, comme en témoignent les discussions à dominance philosophique qui ont eu cours durant plusieurs des séminaires du GEPTUD. Une synthèse de ces discussions donne d'ailleurs une idée de l'ampleur et de la vivacité des débats en cause.

Ainsi, avec Ferry et Renaut⁴¹, la question principale devient : comment peut-on aujourd'hui fonder la limite, sur quel dispositif intellectuel peut-on fonder les normes juridiques ? Considérant la mutation liée à la montée de l'individualisme démocratique, ces deux philosophes soutiennent qu'il faut nécessairement parler d'autolimitation et d'autoréflexion pour arriver à un juste compromis⁴². La raison permet le passage du singulier à l'universel, à ce qui est valable pour tous.

Ce passage s'effectue à travers un débat argumenté⁴³, c'est-à-dire une discussion où l'individu est désintéressé et où il poursuit des fins morales. L'individu est vu comme capable de s'affranchir de conditions particulières pour définir des objectifs compatibles avec la définition du sujet humain postulant l'égalité entre tous, pour chercher en lui-même des points de vue qui vaudront aussi pour autrui.

40. Un exemple de l'apport de la sociologie nous est fourni dans les travaux de J.-G. Belley sur le pluralisme juridique, *supra*, note 18, et « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) 32 *C. de D.* 253. Un séminaire du GEPTUD a également été consacré à la théorie des systèmes, voir L. BINET, « Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit », (1991) 32 *C. de D.* 439 ; M. COUTU, « Les transformations du droit et l'émergence du capitalisme : le « problème anglais » chez Max Weber », (1992) 33 *C. de D.* 71.

41. L. Ferry et A. Renaut ont animé un séminaire du GEPTUD en octobre 1991. Voir aussi L. FERRY, « La question de l'éthique à l'âge démocratique », dans *Homo Aestheticus. L'invention de goût à l'âge démocratique*, Paris, Grasset, 1990, pp. 327-346, et « Tradition ou argumentation ? », *Pouvoirs*, vol. 56, 1991, pp. 5-21.

42. À cet égard, L. Ferry et A. Renaut reprochent à B. Edelman son retour à la tradition pour trouver le fondement des normes. Le texte de B. EDELMAN, « Théorie et pratiques juridiques », (1988) *Arch. philo. dr.* 141, a été présenté par É. Deleury au séminaire du GEPTUD qu'elle animait en novembre 1990.

43. Selon L. Ferry et A. Renaut, le débat argumenté présente des points communs avec l'éthique de la discussion de J. Habermas. Sur Habermas, voir B. MELKEVIK, « Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel », (1992) 33 *C. de D.* 115.

Kant est ici le maître d'œuvre et l'humanisme abstrait le moteur de l'argumentation⁴⁴. En se servant de la raison, en usant de l'éclairage de la vue de l'esprit, l'individu vise l'idéal du sujet abstrait qui peuple les grands discours humanistes et rejoint l'universel. Le « je » existe et rejoint l'universel en dépassant le « nous » de la culture⁴⁵. L'unité du genre humain est ce qui reste lorsqu'on écarte le particulier : le sexe, la race, la couleur de la peau, etc.

François Ewald⁴⁶ développe une position tout autre. Selon lui, la figure de l'être humain construit par l'humanisme abstrait est une manière d'articuler le particulier à l'universel qui a permis de considérer certaines choses tout en en excluant d'autres⁴⁷. Prétendre à l'universel équivaut à refuser certaines particularités. En ce sens, tout universel est particulier.

Selon Ewald, les juristes comme les philosophes ont vu l'universel disparaître. Le modèle philosophique de Kant n'est plus valide aujourd'hui même si on continue de l'utiliser. On ne peut plus attendre de la philosophie qu'elle énonce une morale définissant des valeurs qui vaudraient pour tous. Même la naissance des droits de la personne tels qu'on les pense aujourd'hui n'exige pas l'adhésion à une même doctrine philosophique.

En droit international, comme en droit interne, on pense aujourd'hui à partir de différences, de particularités, d'identités plurielles, et le bien commun résulte de stratégies articulées en fonction d'un combat commun. Le bien commun est défini selon Ewald par une bataille perpétuelle et la responsabilité de chacun est de jouer.

On peut voir dans ce débat philosophique, dont un pôle est identifié à Ferry et Renaut, l'autre à Ewald, d'interminables discussions entre philo-

44. L. Ferry et A. Renaut proposent une philosophie du droit néo-kantienne basée sur un humanisme juridique. Ils défendent les valeurs des Lumières et s'opposent vigoureusement à la philosophie du romantisme allemand développée à la même époque que celle des Lumières.

45. Le point de vue de l'abstraction de la culture pour rejoindre l'individu universel est également défendu par A. FINKIELKRAUT, « La dissolution de la culture », *Le Débat*, vol. 37, 1985, pp. 13-23.

46. La thèse de F. Ewald a été discutée au séminaire du GEPTUD de février 1990. Voir F. EWALD, « Droit : systèmes et stratégies », *Le Débat*, vol. 41, 1986, pp. 63-69, « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », (1986) 3 *Droits* 137, et « Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit », *Critiques*, vol. 42, 1986, pp. 788-793.

47. Fidèle à Foucault, F. Ewald s'intéresse à la manière dont le droit (les pratiques juridiques) est objectivé en fonction d'un système de pensée lui donnant valeur de vérité. Il défend l'idée que si la vérité est relative, cela ne signifie pas qu'il faut sombrer dans le relativisme (ce qui lui permet d'affirmer par exemple que les droits de la personne ne sont pas sans valeur).

sophes du droit français perpétuant le combat entre les grands courants de la philosophie. Les juristes québécois ne sont cependant pas étrangers à ce débat dès le moment où on leur demande de fournir des éléments de réponse aux « grandes questions » qui animent notre société et d'élaborer des théories qui y sont conséquentes : qu'est-ce que le droit ? Quel est le rapport entre le droit et l'État en démocratie ? Doit-on traiter tous et chacun de manière identique ou reconnaître des différences ? Quelles normes doivent primer ? Que doit-on interdire ? Etc.

Il est cependant parfois difficile de se retrouver dans le débat philosophique, d'autant plus que le débat sur les fondements du droit croise celui de la « fin de l'histoire »⁴⁸ qui se superpose à celui de la fin des idéologies, et ainsi de suite...

Conclusion

Les phénomènes, les représentations, les idéologies, la culture et la pensée juridiques contribuent à définir le champ de recherche du GEPTUD. Ils présentent la double particularité de permettre une distanciation du droit contenu dans les stricts contours des normes étatiques et de permettre de transformer en objet d'étude des dimensions du droit généralement ignorées des juristes. Le GEPTUD a comme objectif premier de produire des connaissances sur les processus par lesquels ces dimensions se transforment et posent le rapport du droit à la société.

Le GEPTUD a également comme préoccupation d'offrir de nouvelles conceptualisations du rapport droit-fait et droit-valeur en contribuant à reformuler certaines théories juridiques. Enfin, les séminaires du groupe ont permis d'amorcer une réflexion, qui demeure cependant partielle, sur l'hypothèse d'une mutation du droit pouvant se résumer ainsi : le cumul, l'intensité et l'irréversibilité des transformations du droit, à tous les niveaux et dans tous les secteurs, convergent pour provoquer sa mutation.

Cette hypothèse d'une mutation du droit, le GEPTUD a commencé à l'explorer à l'aide de deux interprétations avancées pour en saisir le sens. Constatant qu'aujourd'hui le droit n'est plus ce qu'il était, un courant interprète la mutation dans le sens d'une dérive, d'une fin, d'un déclin du droit⁴⁹ ; l'autre courant l'envisage plutôt comme l'émergence d'un droit

48. Le texte de F. FUKUYAMA, « La fin de l'histoire ? », *Commentaire*, vol. 12, 1989, pp. 457-469, a été présenté par I. Bernier au séminaire du GEPTUD de mars 1990.

49. Le texte de S. Gayard-Fabre, utilisé par Luc Bégin comme référence au séminaire du GEPTUD d'octobre 1991, donne un aperçu de l'argumentation développée pour soutenir la thèse de la dérive du droit provoquée par la métamorphose des droits de la personne qui passent de la première génération aux générations subséquentes. S. GAYARD-FABRE, « La dérive des droits fondamentaux », dans G. Lafrance (dir.), *Éthique et droits fon-*

nouveau, qualifié de postmoderne⁵⁰. On le voit, la conjonction des termes « transformation » et « droit » ouvre au GEPTUD un vaste champ de recherche.

damentaux, Ottawa, PUO, 1989, pp. 61-73. Par d'autres voies, d'autres auteurs s'inscrivent dans la problématique de la fin, du déclin, de la crise, etc., du droit. Voir, par exemple, T. O'HAGEN, *The End of Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, et J. COMBACAU et S. RIALS (dir.), « Crises dans le droit », (1986) 4 *Droits* (numéro thématique).

50. La problématique de la postmodernité a été présentée par Gilles Gagné lors du séminaire du GEPTUD de septembre 1991 (article à paraître en septembre 1992 dans *C. de D.*). B. De Sousa Santos est le principal représentant du courant de la conception postmoderne dans la perspective du pluralisme juridique. Voir B. DE SOUSA SANTOS, « Toward a Postmodern and Everyday Live », dans A.J. ARNAUD (dir.), *Legal Culture and Everyday Live*, Onati, The Onati International Institute for Sociology of Law, 1989, pp. 113-121.