

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA TECHNIQUE DE LA FICTION JURIDIQUE : D'UNE PERSPECTIVE
INSTRUMENTALE VERS UNE APPRÉHENSION EN RÉSEAUX

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

INÈS FATIMA SAHMOU

MAI 2022

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Avant tout, je souhaite souligner que mon lieu d'études, l'Université du Québec à Montréal, se situe sur le territoire traditionnel des Kanien'kehá:ka (Mohawks). L'île appelée « Montréal » est connue sous le nom de Tiohtiá:ke dans la langue des Kanien'kehá:ka, et a toujours été un lieu de rencontre pour d'autres nations autochtones, y compris le peuple omàmiwininì ou Algonquin. Tiohtiá:ke est historiquement connu comme un lieu de rassemblement pour de nombreuses Premières Nations, et aujourd'hui, une population autochtone diversifiée, ainsi que d'autres peuples, y résident.

Ensuite, je souhaite remercier mon directeur, Olivier Barsalou, de m'avoir encadrée avec bienveillance et rigueur pour mener à terme ce projet. Merci pour tes encouragements et pour tes enseignements, j'ai beaucoup appris. Je remercie également mon binôme de télétravail, Stacey Sobieck, pour ses nombreuses relectures et pour avoir embarqué dans un calendrier commun de rédaction. Ce projet a beaucoup avancé grâce à nos échanges.

Ce travail de longue haleine n'aurait pas été possible sans le support de mes proches situés aux deux côtés de l'Atlantique, qui m'entourent et me soutiennent au quotidien.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES	v
RÉSUMÉ	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCTION	1
1.1 Problématique	1
1.1.1 Illustration	1
1.1.2 Définitions	4
1.1.3 Le droit comme technique	5
1.2 Méthodologie	6
1.2.1 Méthode pour étudier les techniques	6
1.2.2 Présupposés théoriques	8
1.2.3 La technique de la fiction juridique comme pierre de touche	10
1.3 Objectif, questions, et hypothèse de recherche	11
1.3.1 Questions de recherche	11
1.3.2 Hypothèse de recherche	11
1.3.3 Organisation de la recherche	12
CHAPITRE I LA PROBLÉMATIQUE DE L'INSTRUMENTALISME	13
2.1 Introduction	14
2.2 La question de l' <i>instrumentalisme</i> en général	16
2.2.1 L' <i>instrumentalisme</i> : la relation du moyen pour une fin	16
2.2.2 L' <i>instrumentalisme</i> en tant que rapport général au monde	21
2.2.3 Conclusion	26

2.3	Le droit comme instrument.....	26
2.3.1	Le droit devrait être évalué comme un moyen pour une fin	27
2.3.2	L'expression de « l'instrument juridique »	29
2.3.3	Conclusion	33
2.4	Conclusion	34
CHAPITRE II ACTUALITÉS DU DÉBAT DES FICTIONS JURIDIQUES		37
3.1	Introduction.....	38
3.2	La fiction sur le domaine du droit et ses débats.....	43
3.2.1	Les théories des fictions juridiques créatives.....	43
3.2.2	Les théories des fictions juridiques opaques	49
3.2.3	La remise en question de l'instrumentalité des fictions juridiques	54
3.3	Conclusion	60
CHAPITRE III LES « FICTIONS-JURIDIQUES-EN-RÉSEAUX »		63
4.1	Introduction.....	64
4.2	L'acteur-réseau en tant qu'alternative à l' <i>instrumentalisme</i>	66
4.3	La mobilisation de l'ANT en sciences juridiques.....	69
4.4	L'acteur-réseaux pour les fictions juridiques	72
4.4.1	Les fictions juridiques comme actants	74
4.4.2	Observer les associations des actants	78
4.4.3	La mise en boîte noire des fictions juridiques.....	85
4.5	Conclusion	91
CONCLUSION.....		93
BIBLIOGRAPHIE		97

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

ANT Méthode de l'acteur-réseaux

RÉSUMÉ

L'objet de ce mémoire concerne la notion d'instrument dans le domaine du droit en prenant comme étude de cas la fiction juridique. La fiction juridique est une technique fondamentale où la notion d'instrument cadre l'analyse de celle-ci comme étant un instrument utile ou dangereux. Le problème est double : d'abord, il y a une différence notable entre la technique et sa conception instrumentale ; ensuite, la notion d'instrument comporte des ramifications empreintes d'une politique de l'altérité mortifère, l'*instrumentalisme*, qui pousse à s'en extirper. Ce mémoire est donc guidé par deux questions : comment la conception instrumentale se décline-t-elle dans le droit et en particulier pour la fiction juridique ? Et à quoi ressemblerait une conception non instrumentale des fictions juridiques ? L'objectif est d'opérer un changement de perspective. Ce changement s'effectue avec la méthode de l'acteur-réseaux à travers les écrits de Bruno Latour. Cette méthode étudie les techniques, de leur construction à leur poids significatif dans la société, en faisant de celles-ci davantage des sujets à part entière que de simples objets. Notre thèse est qu'il existe une différence notable entre la technique et sa conception instrumentale que la méthode de l'acteur-réseaux permet d'illustrer, lorsqu'appliquée aux fictions juridiques. D'abord, cela permet d'analyser les fictions juridiques comme des actants, des agentivités à part entière. Ensuite de voir comment leur signification est contingente et en réseau en fonction des autres entités avec lesquelles elles s'associent. Enfin, la méthode de l'acteur-réseaux permet aussi de penser la fiction juridique en tant que boîte noire, c'est-à-dire en tant que construction temporelle qui peut acquérir une stabilité tout comme la perdre.

Mots clés : technique, instrumentalisme, altérité, technique juridique, fiction juridique, acteur-réseaux, Bruno Latour, actant, association, boîte noire.

ABSTRACT

The subject of this research is the concept of instrument applied to the realm of law taking legal fiction as a case study. Legal fiction is a fundamental legal technique in which the concept of instrument is at stake: legal fictions are either seen as useful or as dangerous tools. This instrumental view is doubly problematic as it subsumes this legal technique as a mere instrument and encloses a politics of death based on the creation of otherness, legitimizing exploitation, which is called *instrumentalism*. This research is guided by two questions: how does the concept of instrument occur for techniques, law and specifically for legal fiction? And what would a non-instrumental view of legal fictions look like? The aim of this research is to shift perspective as the dominant one is deemed troublesome. This shift will be made using Bruno Latour's actor-network theory. The actor-network theory has been developed to study techniques, from their design to their social meanings, to consider them more importantly as subjects rather than means. Our hypothesis is that the difference between technique and instrument is substantial and that the actor-network theory will allow us to illustrate this distinction when applied to legal fictions. Starting by considering them as actants, that is things who possess an agency, and for which they are observed as a vibrant element and with contingency. This emphasis on associations puts forward the networks as more important than legal fictions alone. Also, this method, alongside with the concept of black box, allows us to think about legal fictions as a temporary construction that gains stability, to the point of being taken for granted, but also as subjects who could never gain that status or even lose it.

Keywords : techniques, instrumentalism, otherness, legal techniques, legal fictions, actor-network theory, Bruno Latour, actants, association, black box.

INTRODUCTION

1.1 Problématique

1.1.1 Illustration

Récemment aux États-Unis, l'utilisation par les cours de justice d'un logiciel automatique de prédiction de risque de récidive pour déterminer une libération conditionnelle, *Correctional Offender Management Profile for Alternative Sanction (COMPAS)*, a été fortement critiquée. Tant ce logiciel peut être présenté comme un outil utile pour aider les juges à prendre des décisions de manière constante, tant est-il aussi reconnu comme reproduisant des scores de risques basés sur des analyses racistes des profils¹. Dans le cas de *COMPAS*, le logiciel donne un nombre de faux positifs plus élevé pour les ancien·ne·s détenu·e·s Noir·e·s que les individus blanc·he·s. L'ambivalence de cette innovation technologique fait en sorte que celle-ci peut être à la fois jugée utile pour son support d'aide à la décision et à la fois jugée risquée pour son impact préjudiciable.

Cette ambivalence est caractéristique de *notre* rapport aux technologies où ces dernières sont principalement analysées comme des moyens pour une fin dont

¹ Julia Angwin et al, « Machine Bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks » *ProPublica* [New York City] (23 mai 2016), en ligne : <propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

l'utilisation détermine leur évaluation². En d'autres termes, les technologies sont analysées comme étant des instruments dont les répercussions dépendent de leur utilisation. Cette ambivalence se traduit dans les études en droit par la préconisation d'un encadrement juridique pour mieux les utiliser ou voir, pour faire office de « contre-force institutionnelle »³ face à ces technologies tant utiles qu'imprévisibles⁴. Le droit est ainsi présenté comme un moyen bienveillant pour intervenir dans la société contre les effets néfastes d'une menace. Ainsi l'encadrement juridique est majoritairement vu comme allant de soi face aux potentiels préjudices sociaux des technologies.

Or ce schéma classique entre le droit et les nouvelles technologies donne lieu à un curieux parallèle : d'un côté, les nouvelles technologies sont principalement entendues comme des instruments et de l'autre côté, le droit est mobilisé comme étant un moyen pour contrer les effets néfastes de ces nouvelles technologies. Cette façon de conceptualiser le droit en cas de problème s'articule comme le déploiement d'un moyen (le droit) pour atteindre une fin (réguler, encadrer, ou interdire une technologie). Cela

² Bruno Latour, « La fin des moyens » (2000) 18:100 Réseaux 39.

³ Kieran Tranter, « Nomology, Ontology, and Phenomenology of Law and Technology » (2007) 8:2 Minn J L Sci & Tech à la p 449.

⁴ *Ibid* à la p 452. Ce rapport ambivalent associées aux techniques et plus récemment aux technologies est souvent analysé à partir du Mythe de Frankenstein (Voir Mary Wollstonecraft Shelley, *Frankenstein ou Le Prométhée moderne*, traduit par Jean-Pierre Naugrette et Joe Ceurvorst, Classiques de poche, Paris, Librairie générale française, 2008). Cette histoire constitue une référence culturelle pour penser notre rapport aux inventions techniques de par sa portée dans l'imaginaire occidentale et Tranter développe davantage à ce sujet en lien avec les études en droits aux pp 452-453.

revient à prendre en quelque sorte un instrument, le droit, pour en encadrer un autre, une technologie⁵.

Si l'on poursuit ce parallèle du droit comme instrument, on pourrait dire que la différence entre le droit et les nouvelles technologies serait la nouveauté des dernières : le droit pourrait être compris comme une ancienne technique qui fait partie intégrante de notre quotidien, comme une voiture automobile⁶. Et comme l'automobile, ce n'est pas parce qu'une technique est admise au quotidien de manière banale qu'elle est sans implications politiques⁷. En effet, bien que cette technologie soit admise et fasse partie du quotidien, que peu de personnes aient peur de faire un trajet en automobile, les accidents routiers constituent la quatrième cause mortelle mondiale pour les 15 à 49 ans⁸. Et c'est dans cette idée de technique vécue au quotidien, mais qui n'est pas pour autant moins mortifère que le droit peut s'analyser⁹. Plusieurs exemples témoignent de cette violence légale qui ne mène pas nécessairement à une mort corporelle, mais par exemple à une mort sociale¹⁰. On peut penser notamment à l'association du droit au régime nazi, à la légalité de l'esclavagisme ou bien plus récemment aux camps de

⁵ *Ibid.* Voir aussi Annelise Riles, « A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities » (2005) 53:3 Buff L Rev 973; Annelise Riles, « Property as Legal Knowledge: Means and Ends » (2004) 10:4 J Royal Anthropological Inst 775.

⁶ Je reprends exactement l'idée et l'exemple de Tranter ici. Voir Tranter, *supra* note 3 à la p 455.

⁷ *Ibid.*

⁸ Margie Peden, dir, *World report on road traffic injury prevention: Information kit*, (2004), en ligne (pdf): *World Health Organization* <ourworldindata.org/causes-of-death#causes-of-deaths-for-15-to-49-year-olds>.

⁹ Achille Mbembe, « Nécropolitique » (2006) 21:1 Raisons politiques 29.

¹⁰ Michel Foucault, *Il faut défendre la société: cours au Collège de France, 1975-1976*, Hautes études, Paris, Gallimard, Seuil, 1997; Achille Mbembe, *Politiques de l'inimitié*, La Découverte-poche, Paris, la Découverte, 2018.

migrant·e·s et à d'autres formes de marginalisation et d'exploitation légalement entretenues, de nature sociale, animale ou environnementale.

Ainsi, la mise en parallèle du droit et de la technique par l'intermédiaire de l'instrument fait ressortir une ironie par le fait de prendre une technique pour en contrôler une autre¹¹. Car même si les nouvelles technologies posent des questions de justice sociale, il nous semble que l'encadrement juridique n'est pas non plus une forme de réponse irrépréhensible étant donné son rapport aux inégalités sociales¹². Finalement, comment cela se fait-il que le droit soit amené comme solution pour contrer les dommages sociaux des nouvelles technologies alors que le droit lui-même peut être considéré comme une technique dommageable ? Cette recherche veut pousser à son paroxysme cette analogie du droit comme technique en étudiant le droit à l'aide d'un corpus dédié à l'origine aux techniques, car c'est précisément cette idée qui nous intéresse dans ce mémoire.

1.1.2 Définitions

Dans cette recherche, le terme instrument ou l'expression perspective instrumentale des techniques renvoient à une conception particulière de penser les techniques. Le terme instrument fait référence à la technique dans une perspective qui est instrumentale, c'est-à-dire entendue comme un moyen pour une fin. Cette perspective est d'ailleurs la plus courante¹³. De manière interchangeable, nous ferons donc

¹¹ Tranter, *supra* note 3 à la p 454.

¹² Marc Galanter, « Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change » (1974) 9:1 Law & Soc'y Rev 95.

¹³ Martin Heidegger, « La question de la technique » dans Martin Heidegger, *Essais et conférences*, Gallimard, Paris, 1953 à la p 9.

référence au droit comme une technique instrumentale ou comme un instrument pour désigner cette conception instrumentale du droit. Par contre, dire que le droit est une technique ne revient pas à dire que celui-ci est un instrument, car le terme technique à lui seul n’implique pas une conception instrumentale d’emblée¹⁴.

La technique fait référence au terme grec *technè*. Ce dernier est souvent traduit par l’idée d’artisanat, d’art, d’habileté ou de compétence, que l’on peut recouper comme définition large sous le terme d’artefact. Une des manières classiques de comprendre ce qui est technique est de l’opposer à ce qui est naturel, c’est-à-dire à ce qui n’a pas besoin de l’intervention humaine pour exister¹⁵. En outre, ce qui est d’ordre technique amène plutôt à poser la question du *comment*, par contraste avec la question du *pourquoi* pour les connaissances par exemple¹⁶. C’est dans le sens du *comment* que le droit apparaît conceptualisé comme étant technique; c’est dans le sens d’être conceptualisé comme un moyen pour une fin que le droit peut être considéré comme une technique instrumentale ou bien un instrument.

1.1.3 Le droit comme technique

L’exemple du traitement juridique des nouvelles technologies met en parallèle le droit et la technique par le truchement de la conception instrumentale qui touche les deux respectivement. Or, la perspective instrumentale qui renvoie surtout au domaine

¹⁴ Nous abordons de manière plus détaillée ces nuances à la section 4.2.

¹⁵ Beth Preston, « Artifact » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encycl Philos*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020, en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/artifact/>.

¹⁶ Richard Parry, « Episteme and Techne » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encycl Philos*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020 en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/episteme-techne/>.

de la technique a connu une remise en question pour constituer désormais une perspective parmi d'autres afin de conceptualiser celles-ci. Nous souhaitons amener cette remise en question pour le droit. Il ne s'agit pas de défendre ou de critiquer la conception instrumentale du droit mais plutôt de l'étudier en le considérant comme une technique, que cette analogie soit vraie ou fausse, et ce, à l'aide d'un corpus dédié originellement aux techniques.

1.2 Méthodologie

1.2.1 Méthode pour étudier les techniques

Afin d'amener les réflexions ayant eu lieu au sujet de la perspective instrumentale mais cette fois-ci pour le droit, nous allons nous appuyer sur un corpus qui remet en question justement cette perspective. Ainsi, nous avons fait le choix de nous pencher sur la méthode de l'acteur-réseaux (ANT). Cette méthode, principalement initiée par Bruno Latour, provient principalement de l'étude sociologique des-faits-en-train-de-se-faire dans les laboratoires scientifiques. Cette méthode s'inscrit à la croisée de la sociologie et de la phénoménologie des techniques en ce qu'elle permet de prendre en considération l'aspect constructif et l'aspect vécu et imbriqué des techniques avec les humains. Le but du mémoire est donc d'esquisser un déplacement d'une conception instrumentale vers une conception en réseau telle que déjà fait pour les techniques mais cette fois-ci pour le droit.

Ce qui nous intéresse avec cette méthode est qu'elle permet un changement de perspective vers une appréhension en réseau, c'est-à-dire une observation des techniques en lien avec leur milieu pour observer ce qui fait en sorte qu'une technique

émerge, se maintient en vie ou disparaît. Latour amène à concevoir les techniques d'une manière animée et dynamique en appréciant leur existence en fonction du réseau dans lequel elles s'insèrent et se font insérer, donnant lieu à l'existence de certaines techniques au détriment d'autres. L'idée est de ne plus les concevoir seulement comme des instruments à utiliser en fonction d'un objectif, mais plutôt de les concevoir comme des agentivités en soi qui modulent de manière constitutive le cours des actions et qui ne sont pas si malléables et secondaires par rapport aux humains qui les utilisent. Ce changement de perspective quant au poids des techniques complexifie notre rapport à celles-ci d'une manière que nous aimerions amenée pour le droit.

Cette méthode n'est pas sans contexte, car ce changement de perspective au sujet des techniques est apparu en lien avec la crise environnementale actuelle qui est largement présentée comme étant une crise des techniques où leur prolifération est vécue comme subit¹⁷. Les techniques auraient échappé au contrôle humain pour s'autonomiser au point de devenir destructrices. Par exemple, bien que les dégâts environnementaux des automobiles soient reconnus, il n'est plus possible de *revenir en arrière*, c'est-à-dire de faire sans les automobiles, car elles se sont installées durablement dans le quotidien au point de ne plus pouvoir en être retirées malgré leurs impacts néfastes. Or, il demeure essentiel de se demander ce qui fait en sorte que les automobiles ont été conçues ainsi historiquement, qu'elles ont réussi à s'imposer et ce qui fait qu'elles gardent un rôle prépondérant au quotidien malgré leurs impacts. Il s'agit de questionner le réseau par lequel ces transports se sont mis en place et par lequel ils perdurent. Ce changement de perspective pour comprendre les techniques vise donc à s'intéresser à

¹⁷ Bruno Latour, *Nous n'avons jamais été modernes : Essai d'anthropologie symétrique*, La Découverte, 2006 [Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*].

leur poids social, à les reconnaître comme des membres à part entière et à les intégrer dans nos réflexions à l'aune de la crise environnementale qui appelle à une remise en question de notre façon d'habiter le monde.

1.2.2 Présupposés théoriques

L'ANT ne permet sûrement pas de repenser entièrement notre façon d'habiter le monde mais a le mérite de considérer au même niveau ce que l'on a pour habitude de laisser au second plan, comme les objets, l'environnement, et tout ce qui n'est pas humain. L'ANT constitue une forme de renouvellement de la sociologie classique en ce qu'elle s'intéresse à toutes les formes d'agentivités, humaine et non-humaine, en initiant les prémisses d'un respect alternatif entre l'humain et le *reste autour* qui serait passif et à disposition ou délaissé au second plan.

Ces considérations ne transparaissent pas dans la perspective instrumentale des techniques car, en sus d'être considérée limitante et inadéquate, celle-ci traduit également un rapport au monde comme si celui-ci n'était que ressources disponibles à extraire pour l'humain¹⁸. La conception instrumentale des techniques renvoie à une forme de relationnalité qui s'inscrit dans une logique de moyen pour une fin et qui, de manière générale, transparaît dans notre façon d'être et d'agir dans le monde envers les *Autres*, humains et non-humains, et l'environnement sous le signe de l'exploitation. L'exploitation et l'extractivisme trouvent une légitimité dans un rapport instrumental au monde que nous nommons *instrumentalisme* et que l'on retrouve à la base de l'économie capitaliste. La logique instrumentale a des ramifications historiques datant

¹⁸ Heidegger, *supra* note 13 à la p 20.

de la colonisation où l'exploitation et l'extractivisme sont au cœur d'une organisation des rapports de pouvoirs et de dominations sociaux et environnementaux.

À notre avis, la justice sociale est inextricablement liée à la justice climatique et les marginalisables sont exclu·e·s tant de l'une que de l'autre. D'ailleurs, la séparation entre la justice sociale et la justice climatique résulte de la dichotomie entre le concept de Nature par opposition à celui de Culture¹⁹. Cette ligne de démarcation est d'ailleurs à la base d'un nombre considérable de discours qui tracent d'autres lignes de démarcation entre ce qui mérite de vivre ou ce qui mérite d'être laissé sur le bas-côté. Ces dichotomies alignent entre autres la démarcation genrée entre homme/femme, entre ce qui est d'ordre actif ou passif, ce qui est naturel et contre nature, qui est rendu sujet ou objet, rationnel ou émotionnel, etc. Ainsi les logiques d'exploitation et d'assujettissement rendent légitimes la domination ou la valorisation d'une partie sur ce qui est rendu l'*Autre* (espace géographique, humain, non-humain, etc.). Tendre à ne plus regarder au travers d'une conception instrumentale n'est donc pas seulement le propre des techniques mais s'inscrit dans une portée transversale.

Parce que nous reisons la logique de l'*instrumentalisme* à ce monde en crise, nous pensons qu'il serait intéressant de remettre en question cette logique du moyen pour une fin, de l'instrument, peu importe où elle se situe tant au sujet des techniques qu'au sujet du droit. La méthode de l'ANT initie une décentralisation de la place de l'humain dans les sciences et constitue selon nous une tentative intéressante de penser différemment le poids que l'on accorde au 'décor'. Cette remise en question de la

¹⁹ Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*, supra note 17.

logique de l'instrument vis-à-vis des techniques avec la méthode de l'ANT nous semble appropriée pour explorer une perspective alternative non instrumentale en droit. Le point n'étant pas de dire que l'ANT s'attaque directement aux injustices soulevées précédemment ainsi qu'à l'*instrumentalisme* mais que cette méthode a le mérite de contester la logique du moyen pour une fin au sujet des techniques. Nous souhaitons donc explorer les potentiels d'une telle remise en question pour le droit.

1.2.3 La technique de la fiction juridique comme pierre de touche

Pour entreprendre ce déplacement de perspective et étant donné la complexité de l'objet qu'est « le droit », nous avons fait le choix de sélectionner un procédé technique et juridique qu'est celui de la fiction juridique pour réduire l'étendue de cette recherche. La technique de la fiction juridique constitue en quelque sorte notre échantillon afin de contester la conception instrumentale en droit et ce choix s'explique pour plusieurs raisons. D'abord, la fiction juridique est intéressante en ce qu'elle est un élément fondamental du droit, tant dans la pratique que dans la théorie. Ensuite, la fiction juridique est intéressante parce qu'elle fait partie de ce que l'on nomme les techniques juridiques et est majoritairement comprise comme étant instrumentale. Enfin, prendre comme échantillon une technique juridique facilite la réflexion interdisciplinaire avec l'ANT puisque cette méthode est issue de l'étude des techniques. Par conséquent, la fiction juridique se prête bien à notre exercice qui consiste à effectuer un déplacement d'une conception instrumentale vers une conception en réseau dans le domaine du droit.

1.3 Objectif, questions, et hypothèse de recherche

1.3.1 Questions de recherche

Cette recherche vise à répondre à la question suivante : à l'aune des remises en question de la conception instrumentale des techniques, quelles sont les implications et les limites à concevoir la fiction juridique de manière instrumentale ? Qu'est-ce que cela signifie de suggérer que la fiction juridique et/ou le droit sont des instruments ? Tel que vu précédemment, si le terme instrument semble anodin, il n'en demeure pas moins que la conception instrumentale s'est vue remettre en question. Ainsi, qu'est-ce que le concept d'instrument signifie dans le domaine de la technique et surtout, qu'elles en sont les implications ? Et si la fiction juridique est si fréquemment conceptualisée de manière instrumentale, comment cela se fait-il que cela n'ait pas été questionnée à l'aide d'un corpus qui s'attèle justement à disloquer la notion d'instrument ? Enfin qu'est-ce que la méthode de l'acteur-réseaux permet de prendre en considération pour les techniques (juridiques) contrairement à la conceptualisation instrumentale ?

1.3.2 Hypothèse de recherche

Notre hypothèse est la suivante: considérer que la fiction juridique est un instrument implique non seulement tout un bagage théorique quant à la notion de technique lorsqu'elle est comprise dans sa dimension instrumentale. En outre, la conception instrumentale est restrictive puisqu'elle évacue la dimension constructiviste et imbriquée des techniques (juridiques) aux humains que l'ANT permet de mettre en lumière. Ces dimensions, mises de l'avant par la méthode de l'acteur-réseaux, gagneraient à être combinées à la fiction juridique dans le but de complexifier à la fois notre compréhension ainsi que notre rapport à celles-ci.

1.3.3 Organisation de la recherche

Afin de penser la conception instrumentale généralisée à comment elle se traduit concernant le droit et la fiction juridique, nous commencerons par présenter la logique du moyen pour une fin. Cette logique qui émane de ce que nous nommons l'*instrumentalisme* est la compréhension dominante que l'on se fait au sujet des techniques. Cette logique qui prend les techniques pour des instruments n'est pas sans implications politiques puisque les fondements de l'*instrumentalisme* sont problématiques. Ainsi cette première étape vise à approfondir la conception du droit comme instrument, que l'on retrouve tant d'un point de vue normatif que descriptif à son sujet. Ensuite, il sera question de présenter le procédé de la fiction juridique et les perspectives principales qui cadrent son analyse, c'est-à-dire comme étant un instrument juridique heuristique ou un instrument juridique dangereux. Or ces deux perspectives nous semblent limitées et surtout appauvries pour comprendre les fictions juridiques. C'est pourquoi nous passerons ensuite à la méthode de l'acteur-réseaux pour proposer une analyse des techniques qui disloque la question de l'utilisation vertueuse ou dangereuse d'un instrument. Cette méthode se prête particulièrement à l'étude non instrumentale des techniques et nous souhaitons faire entrer ces développements pour la technique de la fiction juridique. L'exploration de l'acteur-réseaux avec les fictions juridiques s'effectue à l'aide de ces concepts classiques qui sont ceux de l'*actant*, de l'*association* et de la *boîte noire*. D'abord, cela permet d'analyser les fictions juridiques comme des *actants*, des agentivités à part entière. Ensuite de démontrer comment leur signification est contingente et en réseau en fonction des autres entités avec lesquelles elles s'associent et vice versa. Enfin, la méthode de l'acteur-réseaux permet aussi de penser la fiction juridique en tant que *boîte noire*, c'est-à-dire en tant que construction temporelle qui peut acquérir une stabilité au point d'être prise pour acquise et de se faire au fil du temps oublier.

CHAPITRE I

LA PROBLÉMATIQUE DE L'INSTRUMENTALISME

Ce chapitre vise à problématiser l'*instrumentalisme* en tant que rapport au monde c'est-à-dire comme manière d'être en relation et en action, tant envers les techniques qu'envers la Nature et les *Autres*, et de noter ensuite comment le droit est concerné par ce problème. Cette critique de l'*instrumentalisme* s'effectue à l'aide des philosophies et sociologies des techniques qui ont mis l'accent sur cette logique responsable de la destruction de l'environnement tout comme de l'assujettissement des formes de vie humaines et non-humaines. Cette logique transparaît concernant les techniques dans leur propension à être analysées comme des moyens pour une fin, c'est-à-dire des instruments. Concevoir les choses comme des instruments prend donc racine dans ce cadre global qu'est l'*instrumentalisme*. Or, le droit est souvent dépeint comme un instrument, comme un moyen à utiliser pour atteindre une fin. Partant, il est question de voir comment l'*instrumentalisme* est critiqué concernant les techniques pour ensuite mettre en lumière ces ramifications politiques en ce qu'elles n'apparaissent pas à première vue sous cette relation de moyen pour une fin. Cette logique de l'*instrumentalisme* s'observe en droit lorsqu'il est conçu comme un instrument et pour cette raison, nous proposons de remettre en question de cette conception instrumentale du droit.

2.1 Introduction

Le but de ce chapitre est de définir l'*instrumentalisme* en tant que manière de concevoir les techniques et plus généralement en tant qu'aptitude première d'être en relation dans le monde. L'enjeu est de comprendre comment l'*instrumentalisme* entraîne une conception particulière des objets techniques et quelles sont plus largement les ramifications politiques sous-jacentes d'une telle pensée. L'hypothèse est que l'*instrumentalisme* ne concerne pas seulement notre rapport aux objets techniques en tant qu'instruments, même si on le retrouve de manière frappante concernant ces objets, mais plutôt en tant qu'interface qui structure notre façon d'être au monde et, partant, nos rapports politiques avec celui-ci. Plus spécifiquement, derrière son apparente neutralité axiologique, l'*instrumentalisme* reproduit des tropes qui naturalisent la hiérarchisation des formes de vie et leur exploitation; façon d'être au monde qui constitue notre problématique en ce qu'elle entraîne une attitude en quelque sorte extractiviste et hiérarchique envers la Nature, les choses et les autres êtres vivants.

En outre, nous pensons que ce cadre transparaît également au sujet du droit, spécifiquement dans cette manière de le concevoir comme un instrument. Cette image du droit comme instrument peut sembler triviale dans la mesure où personne ne s'étonne de parler des 'instruments juridiques internationaux' ou bien de dire que le droit est 'comme un outil'. Néanmoins, nous sommes convaincues que cela est structurant en raison des implications politiques de l'*instrumentalisme*²⁰. Dès lors, il

²⁰ Si par exemple le lexique du jardinage ou de la cuisine avait été accolé à celui du droit, cela appellera et évoquerai une tout autre conception du droit. Cette idée du droit comme instrument pourrait se questionner en tant que métaphore à propos du droit. Sans entrer plus précisément dans les études qui portent sur les métaphores et leurs rôles constitutifs dans la pensée conceptuelle, on peut dire que celle-

apparaît nécessaire de questionner cette instrumentalité du droit et d'en esquisser une alternative.

Toutefois, comme il serait complexe d'esquisser une alternative envers le droit en général, nous avons fait le choix de nous concentrer par la suite uniquement sur les fictions juridiques. Celles-ci se prêtent particulièrement bien à l'exercice d'un changement de perspective au sujet des techniques puisqu'elles constituent un exemple d'objet technique juridique par excellence où le prisme de l'*instrumentalisme* s'observe²¹. La matérialisation de l'*instrumentalisme* dans les fictions juridiques fera donc l'objet de notre chapitre II. Dans le chapitre III, nous mobiliserons un cadre alternatif à l'*instrumentalisme* issu des philosophies et sociologies des techniques qui est celui de l'acteur-réseaux afin de le mobiliser pour les fictions juridiques. La méthode de l'ANT est pertinente pour penser un rapport non instrumental aux techniques et donc aux fictions juridiques.

Mais avant, pour ce faire, nous allons présenter l'*instrumentalisme* en tant que conception dominante de notre rapport au monde qui apparaît de manière

ci sont figuratives. Ce recours aux métaphores structure et oriente notre manière de comprendre les concepts. Dans notre cas, nous souhaitons seulement relevé la présence de ce rapprochement entre droit et instrument et continuer de le développer. Cette métaphore à propos du droit n'est pas la seule mais celle de l'instrument s'insère de manière substantive dans le langage courant et dans plusieurs écoles de pensée juridique qui sont parfois politiquement éloignée. Nous développerons ce point à la section 1.3. Pour plus de référence concernant généralement les métaphores à propos du droit, voir Finn Makela, « Metaphors and Models in Legal Theory » (2011) 52:3-4 C de D à la p 404. Pour une référence classique sur les métaphores et leurs forces structurantes dans la pensée et le langage, voir George Lakoff et Mark Johnson, *Metaphors We Live By*, London, University of Chicago Press, 2003.

²¹ Pierre Thévenin, « Fact as Law, An Archeology of Legal Realism » dans Clifford Ando et William P. Sullivan, dir, *The Discovery of the Fact, Law and Society in the Ancient World*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 2020 à la p 175.

particulièrement saillante dans la façon dont nous concevons les techniques. D'abord, nous verrons comment l'*instrumentalisme* structure notre rapport aux objets techniques, faisant de ces derniers des *instruments*, des moyens pour une fin. Ensuite, nous verrons comment cette conception instrumentale des techniques s'inscrit plus largement dans un rapport au monde et comment cette relationalité instrumentale détruit et hiérarchise. Enfin, nous verrons comment l'*instrumentalisme* se manifeste dans le droit : comment celui-ci en étant considéré comme une technique instrumentale sous-entend ces mêmes conséquences politiques identifiées précédemment. L'objectif est de démontrer les ramifications politiques associées à l'*instrumentalisme* qui ont mené à concevoir les techniques comme des moyens pour des fins afin de remettre en question le droit lorsqu'il est conçu comme un instrument.

2.2 La question de l'*instrumentalisme* en général

2.2.1 L'*instrumentalisme* : la relation du moyen pour une fin

Cette partie vise à définir l'*instrumentalisme*, tel qu'analysé dans sa relation avec les techniques. Nous définissons *instrumentalisme* comme la relation de moyens pour une fin que l'on applique tant aux *Autres*, qu'envers la Nature ou les techniques. À ce titre, la monoculture est un moyen de rentabiliser l'exploitation d'une ressource naturelle en particulier; l'esclavagisme est un moyen de pratiquer cette monoculture de manière rentable; l'armement comme moyen de maintenir cette pratique tout comme de s'y

opposer²². L'*instrumentalisme* désigne donc toutes relations reproduisant cette logique de moyen pour une fin.

L'*instrumentalisme* est généralement associé aux techniques. C'est au sein des disciplines spécifiques aux techniques que la logique instrumentale du moyen pour une fin s'est vue largement questionnée. Le terme technique implique dans le langage courant les sciences, les connaissances scientifiques ou théoriques, les réalisations pratiques ou les outils de productions industrielles ou économiques²³. Nous retrouvons donc dans cette catégorie les savoirs et les méthodes en tant que savoir-faire, tout comme les ustensiles ou les machines, qui sont devenus indispensables dans la réalisation d'une tâche ou d'une activité²⁴. Est technique par exemple, le projecteur de la salle de classe²⁵, la pasteurisation²⁶ tout comme le savoir²⁷.

²² Isabelle Stengers, « Préface » dans Anna Tsing, *Le Champignon de la fin du monde, Sur la possibilité de vivre dans les ruines du capitalisme*, Paris, La Découverte, 2017 à la p 12.

²³ La question de la technique est un problème majeur au sein de la philosophie occidentale auquel de nombreux philosophes ont tenté de circonscire sa définition (nous pensons notamment à Martin Heidegger, Jacques Ellul, George Simondon, Bruno Latour, Bernard Stiegler, etc). Nous avons fait le choix de mettre de l'avant une définition de la technique issu du langage courant. Le mot technique est associé à celui du grec Technè. Ce dernier est souvent traduit par cette idée d'artisanat, d'art, d'habileté ou de compétence. Historiquement, le terme Technè est mis en contraste avec le terme Epistêmê pour mieux les distinguer. L'Epistêmê renvoie à la question du *pourquoi* des connaissances, tandis que Technè renvoie à la question du *comment* des connaissances. Voir à ce sujet Parry, *supra* note 16.

²⁴ « Technique » (dernière consultation le 4 octobre 2021), en ligne : *Centre national de ressources textuelles et lexicales* <cnrtl.fr/definition/technique>.

²⁵ Bruno Latour, « On Technical Mediation » (1994) 3:2 Common Knowl à la p 36 [Latour, « Mediation »].

²⁶ Bruno Latour, *Pasteur : guerre et paix des microbes: Suivi de Irréductions*, Paris, La Découverte, 2011.

²⁷ Bruno Latour et Michel Biezunski, *La science en action: introduction à la sociologie des sciences*, Paris, La Découverte, 2005.

L'*instrumentalisme* s'observe particulièrement bien au sujet des techniques car, comme l'affirme Martin Heidegger, cette conception instrumentale est celle qui se conforme sous nos yeux²⁸. Par exemple, pour reprendre les exemples donnés par Heidegger, la centrale électrique est présentée comme un moyen construit pour une fin posée par l'humain qui est d'utiliser des turbines et des dynamos dans le but de produire de l'électricité²⁹. On remarque alors cette double caractérisation qu'entraîne la conception instrumentale des techniques qui sont : des moyens construits et utilisés en vue d'une fin et une activité fabriquée et contrôlée par l'humain³⁰ :

Ces deux manières de caractériser la technique sont solidaires. Car poser des fins, constituer et utiliser des moyens sont des actes de (sic) l'homme. La fabrication et l'utilisation d'outils, d'instruments et de machines font partie de ce qu'est la technique. En font partie ces choses mêmes qui sont fabriquées et utilisées, et aussi les besoins et les fins auxquels elles servent. L'ensemble de ces dispositifs est la technique³¹.

En sus, l'évaluation de la désirabilité d'une technique se fait en fonction de ce qu'elle apporte ou permet, et non pas sur l'instrument en tant que tel. Ce qui se manifeste ici est la thèse de la neutralité de la technique, puisque son évaluation dépend de ses fins. On considère donc l'objet technique comme étant neutre, comme étant un moyen vide de valeurs. Cette thèse de la neutralité technique ne s'intéresse pas à la construction des techniques, sur le pourquoi ou le comment nous en sommes arrivés à un tel résultat :

²⁸ Heidegger, *supra* note 13 à la p 10.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

[This view] mostly assumes that the design of a particular technology is rational and objective; one might call it an engineering or scientific solution to a particular problem. It also mostly assumes that the particular technology (...) operates in a more or less uniform manner in different social practices and settings. In other words, it assumes that a particular technology has certain determinate effects on, or in, the context of its use³².

Et puisque la technique est neutre, pour utiliser les techniques moralement, il importe seulement de les utiliser de manière juste. C'est donc l'usage, le moment entre le moyen et la fin, qui constitue le rapport privilégié de l'humain à la technique: « la technique est exclusivement appréhendée à partir de ce qu'elle nous permet de faire »³³. Il est donc sous-entendu que la conceptualisation instrumentale des techniques entraîne également un rapport de domination entre l'humain et l'objet à maîtriser :

[...] la conception instrumentale de la technique dirige tout effort pour placer (sic) l'homme dans un rapport juste à la technique. Le point essentiel est de manier de la bonne façon la technique entendue comme moyen. On veut, comme on dit, « prendre en main » la technique et l'orienter vers des fins « spirituelles ». On veut s'en rendre maître. Cette volonté d'être le maître devient d'autant plus insistant que la technique menace davantage d'échapper au contrôle de (sic) l'homme³⁴.

Donc la conception instrumentale comprend l'objet technique comme un moyen à utiliser en vue d'une fin souhaitée ; ce moyen est neutre et a évalué en fonction de ce

³² Lucas Intronà, « Phenomenological Approaches to Ethics and Information Technology » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017, en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/ethics-it-phenomenology/>.

³³ Pierre Steiner, « L'usage : quelques modes d'emploi » (2017) *Cah COSTECH* à la p 19.

³⁴ Heidegger, *supra* note 13 à la p 11.

qu'il permet de faire ou d'obtenir. S'il faut évaluer l'objet technique dans ce qu'il permet de faire, c'est dans la décision humaine d'orienter l'objet technique vers une fin juste dans la mesure où l'objet technique est irresponsable, seule l'est la personne qui le manie. La question du port d'arme constitue un exemple de ce rapport instrumental à la technique. Lorsqu'il y a des tueries massives, les arguments proarmes arguent que le problème se situe au niveau des personnes qui les utilisent pour de mauvaises raisons. Cet argument sous-entend que le porte d'arme est bénéfique si celui-ci se fait pour des raisons de chasse ou d'autodéfense et par des personnes qui n'ont pas de mauvaises intentions. C'est donc l'utilisation qui est à évaluer, pas l'objet en tant que tel qui lui est neutre et dépend de la volonté des personnes qui l'utilisent³⁵.

Nous développerons comment cette représentation instrumentale s'articule en droit plus spécifiquement ci-après car nous souhaitons avant tout explorer les ramifications de l'*instrumentalisme*. Car ce que nous apprennent la philosophie et la sociologie des techniques est que cette conceptualisation instrumentale des techniques ou du droit est avant tout le résultat d'une représentation du monde instrumentale en amont. Et que pour apprécier les techniques autrement qu'au travers de cette relation de moyen pour une fin, il faut comprendre que cette représentation instrumentale du monde prend racine dans des ramifications politiques plus larges qu'il nous faut élucider pour comprendre que non seulement la relation de moyen pour une fin est limitante mais surtout politiquement teintée d'un rapport dévastateur au monde.

³⁵ Latour, « Mediation », *supra* note 25.

2.2.2 L'*instrumentalisme* en tant que rapport général au monde

Ce rapport instrumental ne concerne pas juste les objets techniques mais s'insère d'abord dans un rapport général à l'autre, que ce soit envers d'autres êtres vivants, ou envers la Nature. Autrement dit, l'*instrumentalisme* cadre notre façon d'être en relation dans le monde sous le signe de l'instrumentalité, et ce, en tant que sujet qui maîtrise et qui domine. Nous concevons les objets techniques de manière instrumentale parce qu'il y a avant tout l'*instrumentalisme* qui cadre notre représentation du monde:

[our] age is not a technological age because it is the age of the machine; it is an age of the machine because it is 'the technological age'. Technology, [...] is the way of being in the world in which everything appears as a stockpile of fungible stuff to be ordered and used, managed and regulated, as we will³⁶.

Ce cadre fait que lorsque l'on rencontre un certain obstacle, on va être amené à le résoudre par des techniques. Par exemple, si l'on conçoit la communication par téléphone fixe comme étant limitante car dépendante de notre présence proche de ce téléphone fixe à la maison, la manière dont va être améliorée cette situation passera nécessairement par une autre solution technique, telle que les cellulaires. La création d'un téléphone sans fil constitue ce moyen qui nous permet d'accroître la portée de nos communications. On ne se demandera pas quelles sont les raisons sociales et organisationnelles qui nous amènent à concevoir le fait qu'il serait souhaitable d'être en tout temps joignable. Cette solution technique est évidente en raison de l'*instrumentalisme* qui cadre notre manière d'être au monde³⁷. Ce cadre précède notre

³⁶ Linda Ross Meyer, « Is Practical Reason Mindless Essay » (1997) 86:3 Geo LJ à la p 670.

³⁷ Introna, *supra* note 32.

rapport instrumental aux objets techniques et nous amène à rencontrer les autres et la Nature avec pour attitude, l'*instrumentalisme*, cette relation de moyen pour une fin.

La portée de l'*instrumentalisme* est de nature globale. L'exploitation de l'environnement est telle que le concept de l'anthropocène désigne dès la fin du XXe siècle l'avènement de l'humain (anthropo) comme nouvelle ère géologique où l'activité humaine est la principale force de changement sur la planète; principale force qui remet en question la viabilité des milieux de vie humains et non-humains³⁸. Ce concept permet également de remettre en question la dichotomie moderne entre le domaine de la nature et le domaine de la culture où finalement l'activité humaine est inextricable à son milieu de vie³⁹. Les limites du concept de l'anthropocène ont mené également à inventer les termes de capitalocène ou de plantationocène⁴⁰. Ces termes mettent en évidence les changements sans précédent de l'environnement dus non pas aux êtres humains dans leur ensemble mais à l'émergence du capitalisme et plus précisément, à partir du modèle de la plantation comme modèle agricole et social où

³⁸ Dominique Bourg, « Chapitre 4. Anthropocène, questions d'interprétation » dans Rémi Beau, dir, *Penser L'Anthropocène*, Paris, Presses de Sciences Po, 2018 à la p 73.

³⁹ Le terme culture renvoie ici à ce qui est de l'ordre de l'activité humaine, à tout ce qui touche l'humain entendu comme un animal politique. Voir Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*, *supra* note 17.

⁴⁰ Pour le chercheur décolonial Malcom Ferdinand, l'anthropocène, c'est-à-dire l'assujettissement des milieux de vie jusqu'à leur destruction ainsi que l'instrumentalisation des choses ou des formes de vies qui sortent de la définition de 'l'Homme' a pour matrice le modèle plantationnaire. Ce modèle économique a été instauré à partir du XVIIe siècle dans les plantations esclavagistes en structurant tant l'agriculture que l'organisation politique de ces exploitations. Ce modèle fait office de matrice pour Malcom pour comprendre le phénomène d'anthropocène de manière critique, préférant ainsi parler du « plantationocène ». Ce concept renvoie à la mise en esclavage des Noir·e·s lors de la mise en place d'un habiter colonial à travers la culture de plantation de canne à sucre. Ce concept vise à faire fi de la distinction entre nature et culture, et à rendre compte de l'imbrication de l'assujettissement des milieux de vies ainsi que des autres formes de vies, qu'elles soient humaines ou non. Voir Malcom Ferdinand, *Une écologie décoloniale: penser l'écologie depuis le monde caribéen*, Anthropocène Seuil, Paris, Seuil, 2019.

l'esclavagisme, la monoculture et le capital s'alignent pour faire naître un habiter colonial. Cette instrumentalisation tant sociale qu'environnementale aux fins du capitalisme peut se comprendre à l'aide du concept d'*instrumentalisme*.

L'*instrumentalisme* n'est pas le seul prisme au travers duquel nous pouvons observer les rapports de dominations dans le monde. De la même manière que les théories féministes ou marxistes ont proposé des lectures du monde en identifiant respectivement le patriarcat ou le capitalisme comme structure organisatrice des rapports de pouvoirs et d'oppressions, nous proposons d'y enjoindre l'*instrumentalisme*. Selon nous, ce dernier peut également offrir une compréhension des crises écologiques et sociales qui se jouent présentement. Cette relation de surface du moyen pour une fin au sujet des techniques existe de par les ramifications politiques de l'*instrumentalisme*; la portée globale de ce cadre est telle qui constitue une clé de lecture des crises sociales et écologiques contemporaines.

2.2.2.1 *Instrumentalisme* et destruction de l'environnement

Cette façon d'être au monde concerne notre rapport à la Nature comme étant une ressource à portée de main prête à être exploitée. La Nature constitue en quelque sorte un « arrière-fond (et) une ressource apprivoisable et maîtrisable par l'Homme pour la manifestation de ces intentions morales »⁴¹. L'Homme est entendu comme un sujet-maître, « *the liberal humanist figure of “man” as the master-subject* »⁴² et en opposition à la Nature. Comme l'exprime Ferdinand Malcom, « l'opposition dualiste

⁴¹ Stengers, *supra* note 22 à la p 21.

⁴² Julietta Singh, *Unthinking mastery: dehumanism and decolonial entanglements*, Durham, Duke University Press, 2018, à la p 21.

qui sépare nature et culture, environnement et société, établi[t] une échelle verticale de valeurs plaçant ‘l’Homme’ au-dessus de la nature »⁴³.

Cette séparation entre l’Homme et la Nature comporte des effets sur notre rapport à l’environnement. Désormais, l’idée d’une maîtrise extrême des ressources pour les fins humaines est rendue souhaitable. La mise en place la monoculture comme un lieu hautement maîtrisé d’exploitation des ressources pour l’humain est un exemple⁴⁴. Mais il suffit de penser aux changements climatiques, à la toxicité de l’air respiré par les êtres vivants et à l’appauvrissement des sols qui entraîne une perte de biodiversité⁴⁵ pour constater que cette volonté de maîtrise « *has fractured the earth to the point of threatening destruction of its environment and itself* »⁴⁶.

En outre, cette volonté de maîtrise de la Nature par l’humain s’effectue en fonction d’une valorisation variable entre les espaces considérés comme devant être à préserver et les espaces jugés sans importance. Les forêts sauvages et montagnes enneigées sont à protéger, tandis que les champs de plantation et d’extraction minière sont là pour être exploités⁴⁷. Cette hiérarchisation qui guide l’exploitation vaut tant pour la ‘Nature’ que pour les êtres vivants.

⁴³ Ferdinand, *supra* note 40 à la p 16.

⁴⁴ Stengers, *supra* note 22 à la p 12.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.* Voir aussi Singh, *supra* note 42 à la p 18.

⁴⁷ Ferdinand, *supra* note 40 à la p 17.

2.2.2.2 *Instrumentalisme* et destruction de l'*Autre*

Ce rapport destructeur se trouve également dans notre rapport aux *Autres*, plus ou moins humanisé·e·s. L'exploitation des vies est aussi hiérarchisée. Le concept de biopolitique illustre ce point. La biopolitique distingue les corps (in)désirables et les instrumentalise selon des critères d'utilité dans un but de reproduction économique dans une politique *du faire vivre et du laisser mourir*⁴⁸. En découle une hiérarchisation des vies humaines, entre les humanités valorisées et celles qui sont exclues de cette définition (selon différentes variables telles que le genre, la classe sociale économique, la race, le capitalisme, etc.) pour en justifier un *laisser mourir* et un assujettissement.

Cet assujettissement correspond à ce que Aimé Césaire nomme la chosification de l'*Autre*⁴⁹. L'assujettissement des *Autres*, considérés quasi-sujets ou quasi-objets constitue cette logique de maîtrise et d'exploitation « *that drives the modern world [which] cannot formulate the nonhuman world as one invested with meaningful, dynamic life* »⁵⁰. La chosification de l'*Autre* concerne également les non-humains comme les animaux que l'on différencie entre ceux qui sont ‘nobles’, ceux qui sont domestiques ou ceux qui sont d’élevage⁵¹. L’opposition entre la nature et la culture vaut tant pour placer ‘l’Homme’ hors et supérieur à la nature, que pour masquer également la pluralité des humains et des non-humains⁵².

⁴⁸ Foucault, *supra* note 10 à la p 214.

⁴⁹ Singh, *supra* note 42 à la p 18.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Ferdinand, *supra* note 40 à la p 17.

⁵² *Ibid.*

2.2.3 Conclusion

Nous avons vu que concevoir les objets techniques comme des moyens pour des fins s'inscrit d'abord dans le cadre plus large de l'*instrumentalisme*. L'*instrumentalisme* constitue un problème dans la mesure où cette relation de moyen pour une fin est complice de cette attitude première d'être et d'agir envers nos milieux de vie et les êtres qui le peuplent. Cette attitude instrumentale articule l'extractivisme et la destruction de l'environnement, tout comme l'assujettissement et la hiérarchisation des formes de vie humaine et non-humaine.

Avant de voir comment s'articulent d'autres positions alternatives à cette conception instrumentale des techniques et du monde, nous allons voir comment l'*instrumentalisme* s'articule en droit. L'idée est d'esquisser les liens qui amènent à faire le parallèle entre instrument et droit, et finalement à mobiliser un cadre d'analyse provenant des philosophies et sociologies des techniques pour le droit, et plus précisément pour la suite, pour la technique de la fiction juridique.

2.3 Le droit comme instrument

Cette partie analyse comment la logique du moyen pour une fin se manifeste dans le droit entendu comme un instrument. Si les juristes n'ont pas soutenu une conception instrumentale du droit en explicitant les ramifications politiques soulevées précédemment, cette reproduction de la logique du moyen pour une fin demeure. Cette logique en surface, comme nous l'avons vu précédemment, s'accompagne de la politique de l'*instrumentalisme*. L'objectif est donc de démontrer que cette logique du moyen pour une fin se matérialise en droit à différents niveaux, normatif et descriptif,

en faisant ainsi un endroit où l'*instrumentalisme* se matérialise et peut donc se faire remettre en question. Nous verrons d'abord comment certaines écoles en droit ont défendu une conception instrumentale du droit. Ensuite, nous passerons aux écoles qui, sans défendre un rapport instrumental au droit, ont tout de même réifié ce langage de l'instrument dans leurs analyses du droit. Que l'on défende une conception instrumentale du droit ou non, il s'agit de démontrer que le thème de l'instrument parcourt les sciences juridiques indépendamment des valeurs politiques sous-jacentes à ces écoles – au point où cette idée du ‘droit comme instrument’ est banale. Or, nous souhaitons justement creuser cette évidence du ‘droit comme instrument’ en raison des problématiques soulevées précédemment concernant l'*instrumentalisme*.

2.3.1 Le droit devrait être évalué comme un moyen pour une fin

Dans cette partie, nous allons aborder l'argument instrumental du droit dans son aspect normatif tel que soutenu par divers courants de pensée juridique. Le réalisme juridique est un exemple de ces courants-là. C'est celui qui participe historiquement à défendre l'idée que le droit doit être utilisé comme un moyen pour une fin. Cette approche instrumentale défend l'utilisation du droit guidé par « l'application de la norme juridique et les attentes concrètes des [intéressé·e·s] au droit, révélé par une forme ou l'autre d'analyse sociojuridique »⁵³. L'analyse sociojuridique renvoie à l'examen des « faits sociaux pertinents »⁵⁴ en se fondant sur les sciences sociales, contre le travail d'interprétation et de cohérence conceptuelle des textes juridiques ou la recherche de l'intention première du législateur⁵⁵. Pour le réalisme juridique : « *all legal knowledge*

⁵³ Michel Coutu, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle » (2004) 56-57:1 Dr et soc à la p 243.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

*is technical and should pursue 'limited goals' »*⁵⁶. C'est notamment Roscoe Pound, en tant que figure centrale du réalisme juridique, qui compare la profession d'avocat à celle de l'ingénieur. La différence est que l'ingénieur s'occupe des techniques, tandis que l'avocat du social⁵⁷.

Cette prescription instrumentale du droit est poursuivie par d'autres courants qui ajoutent une composante basée sur l'économie ou sur les structures institutionnelles de l'État de droit⁵⁸. Le courant droit et développement ainsi que l'analyse économique du droit défendent une utilisation du droit comme un outil de développement social et/ou économique. D'un côté, le courant droit et développement soutient que le droit est un moyen institutionnel à promouvoir pour obtenir des changements sociaux et économiques au sein des États en développement⁵⁹. D'un autre côté, le courant de l'analyse économique du droit soutient cette fois-ci une conception instrumentale du droit mais dans une perspective économique. Les théories économiques, comme l'analyse coût-avantage, sont à utiliser pour étudier et résoudre des problèmes juridiques. L'analyse économique du droit est considérée comme le moyen d'orienter et de prendre des décisions juridiques – tout comme le droit est un moyen d'obtenir des résultats économiques souhaités⁶⁰. On remarque donc que ces divers courants ont conceptualisé le droit comme devant être un moyen pour atteindre des fins. Il y a donc

⁵⁶ Thévenin, *supra* note 21 à la p 189.

⁵⁷ Roscoe Pound, « The Lawyer as a Social Engineer » (1954) 3 J Pub L 292.

⁵⁸ Jorge Esquirol, « The Turn to Legal Interpretation in Latin America » (2011) 26:4 Am U Intl L Rev 1031 ; Éric Millard, « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique » (2009) 22 Dr Prospect 2523.

⁵⁹ David M. Trubek, « Law and development: Forty years after 'Scholars in Self-Estrangement' » (2016) 66:3 UTLJ à la p 302.

⁶⁰ Thierry Delpeuch, Laurence Dumoulin et Claire de Galembert, « Chapitre 8 - Droit et économie » dans *Sociologie du Droit et de la Justice*, Paris, Armand Colin, 2014 à la p 265.

une défense normative qui change entre finalités de développement institutionnel ou bien économique mais reste que le droit est conçu comme un instrument.

2.3.2 L'expression de « l'instrument juridique »

Le terme de l'instrument est aussi répandu en sciences juridiques de manière descriptive. Pour autant, ce vocabulaire ne s'accompagne pas toujours d'arguments normatifs de type instrumental du droit. Ces exemples sont plutôt courants et participent surtout à réifier culturellement cette image du droit comme un instrument.

Plusieurs exemples tirés du quotidien peuvent être donnés. Dans les journaux, Jacques Frémont, Président de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, caractérise la *Charte des droits et libertés de la personne* comme étant « un instrument juridique fondamental, innovant et remarquable à plusieurs égards »⁶¹. Il poursuit en affirmant que les droits et libertés des personnes résidant au Québec (du moins, pour les personnes pouvant s'en prévaloir) « bénéficient de l'instrument de protection le plus complet parmi les provinces canadiennes »⁶². Dans les couloirs de l'UQÀM, il n'est pas rare d'entendre des diplômé·e·s en sciences juridiques dire qu'illes perçoivent le droit comme un outil⁶³.

⁶¹ Jacques Frémont, « Un instrument juridique remarquable », *Le Devoir [de Montréal]* (27 juin 2015), en ligne: <ledevoir.com/opinion/idees/443752/la-charte-quebecoise-des-droits-et-libertes-de-la-personne-a-40-ans-un-instrument-juridique-remarquable>.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Claude Gauvreau, « Virginie Dufresne-Lemire, éprise de justice | UQAM », Actualités UQAM [au Québec] (22 février 2021), en ligne : <actualites.uqam.ca/2021/virginie-dufresne-lemire-eprise-de-justice>.

Au niveau international, ce thème de l'instrument est aussi présent au point où parler d'instruments juridiques internationaux est en quelque sorte une évidence pour référer aux divers Protocoles et Conventions internationales relatifs aux droits humains⁶⁴. Par ailleurs, le thème du Congrès annuel de l'*American Society of International Law* en 2019 était “*International Law as an Instrument*”⁶⁵. Il y était question d'avoir des réflexions au sujet du droit international où les *outils* juridiques sont analysés dans leur diversité thématique, allant des changements climatiques, aux crises humanitaires et migratoires, jusqu'à la régulation de l'économie globale; et dans leur diversité des institutions ou groupes qui en *usent afin* d'effectuer des changements et de résoudre des problèmes. Sans pour autant constituer des arguments normatifs à l'égard d'un droit comme instrument, cette image du droit comme instrument reste véhiculée tant au niveau national qu'international. Cette image on la retrouve également d'une manière descriptive dans l'analyse du droit au sein des relations de pouvoirs.

2.3.2.1 Le droit comme instrument de pouvoir

Plusieurs auteur·ice·s emploient le terme instrument pour illustrer comment le droit agit comme instrument du pouvoir. Les exemples suivants sont tirés de textes académiques qui emploient ce terme de l'instrument pour le droit, sans pour autant en

⁶⁴ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Les instruments internationaux des droits de l'homme » (4 octobre 2021), en ligne : OHCHR <ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>.

⁶⁵ Martti Koskenniemi, « Enchanted by the Tools? An Enlightenment Perspective » (2019) 113 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 3 ; Rebecca Ingber, Neha Jain et Rahim Moloo, « An Introduction: International Law as Instrument » (2019) 113 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 1.

défendre une théorie instrumentale. Par exemple, Michel Foucault avance que le droit est un instrument au service de la domination :

[...] comment le droit est, d'une manière générale, l'instrument de cette domination – cela va de soi – mais aussi comment, jusqu'où et sous quelle forme le droit (et quand je dis le droit, je ne pense pas simplement à la loi, mais à l'ensemble des appareils, institutions, règlements, qui appliquent le droit) véhicule et met en œuvre des rapports qui ne sont pas des rapports de souveraineté mais des rapports de domination⁶⁶.

Souvent, ces analyses s'inscrivent plus largement dans des critiques politiques du droit comme instrument de l'État et du capitalisme. Pierre Bourdieu utilise à plusieurs reprises le terme de l'instrument pour parler du champ juridique sans défendre une conception de l'*instrumentalisme juridique*⁶⁷. Dans la tradition marxiste, « le droit [est] intégré à une théorie de l'État, comme contribution à la dissimulation de l'origine de classe du pouvoir et à son apparente neutralité idéologique »⁶⁸. Plus récemment, Riles avance également que le droit est au cœur de l'instrumentalisation capitaliste⁶⁹. Enfin, dans un contexte de luttes pour la libération des Noir·e·s aux États-Unis, l'afroféministe Angela Davis dépeint le système judiciaire comme un puissant instrument de répression à l'égard des opprimé·e·s⁷⁰. Le droit comme instrument ressort donc dans ces analyses comme un moyen violent, voire meurtrier et dans les

⁶⁶ Foucault, *supra* note 10 à la p 22.

⁶⁷ Pierre Bourdieu, « La force du droit » (1986) 64 *Actes Rech Sci Soc* 3.

⁶⁸ Liora Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Science Po, 2009 à la p 22.

⁶⁹ Annelise Riles, « Le droit est-il porteur d'espoir ? » traduit par David Foulks et Prune Devoux (2009) 15 *Clio@Themis* à la p 12 [Riles, « Le droit est-il porteur »].

⁷⁰ Angela Y. Davis, *If they come in the morning: voices of resistance*, London ; New York, Verso, 2016 à la p 189.

mains d'un État qui saurait le faire fonctionner pour ces fins⁷¹. Ces exemples participent à entretenir une conception instrumentale du droit – en critiquant le droit enjoint à l'État et au capitalisme.

2.3.2.2 Le droit comme instrument de résistance

Cette conception instrumentale n'est pas seulement la prérogative de l'État mais également celle des sujets. La sociologue du droit Liora Israël questionne cette instrumentalité du droit puisque le système juridique est parfois utilisé dans une perspective de résistance par des sujets qui le décrivent. Il y a donc cette réversibilité au sein du droit en tant qu'institution normative et coercitive qui permet à la fois de le considérer comme un outil de domination que comme un outil de lutte, faisant ressortir les « paradoxes mêmes de ce « matériau » »⁷². Cette question des usages politiques agonistiques sous-tend l'idée que le droit serait un instrument de pouvoir qui peut être utilisé dans une optique de justice mais que cela ne lui serait pas intrinsèque⁷³.

Cette utilisation du droit comme un moyen pour se défendre amène cette idée d'un droit comme instrument ambivalent, à double tranchant⁷⁴. Mais cela n'empêche pas ces mêmes sujets d'utiliser le droit comme un outil de résistance contre l'État ou bien de formuler une demande d'encadrement à ce même État pour le contraindre⁷⁵. C'est ainsi que par un usage militant, des corpus juridiques spécifiques se développent tels que le

⁷¹ Israël, *supra* note 68 à la p 18.

⁷² *Ibid* à la p 32.

⁷³ Tranter, *supra* note 3 à la p 454.

⁷⁴ Israël, *supra* note 68 à la p 17.

⁷⁵ Danièle Lochak, « Les usages militants du droit » (2016) 10 Rev Droits L'homme à la p 1.

droit de la consommation, les droits des femmes ou le droit de l'environnement⁷⁶. Au Québec, c'est également au moyen du droit que plusieurs organismes communautaires ont pu contester l'application du couvre-feu envers les personnes en situation d'itinérance en faisant appel devant les tribunaux lors de la pandémie actuelle⁷⁷. Autant que le droit est contesté, il donc aussi utilisé comme moyen pour obtenir des changements. Le droit comme moyen prendrait une couleur politique en fonction de la fin vers laquelle il est utilisé.

2.3.3 Conclusion

L'objectif de cette partie était donc de démontrer comment la relation du moyen pour une fin s'articule en droit dans différents registres pour justifier le rapprochement prochain entre un cadre d'analyse des techniques pour le droit. La question du droit comme instrument comporte donc deux variantes entre d'une part, une défense normative de la façon dont devrait être compris le droit et d'autre part, comme une analyse descriptive des fonctions qu'il remplit en tant qu'outils de contrôle tant dans les mains de l'État que des sujets. En outre, le droit compris comme un instrument traverse différents courants juridiques, allant du réalisme juridique au courant droit et développement vers l'analyse économique du droit jusqu'aux théories critiques et sociologiques du droit. Désigner le droit comme devant être ou comme étant un

⁷⁶ *Ibid* à la p 4.

⁷⁷ Guillaume Bourgault-Côté et Annabelle Caillou, « Couvre-feu suspendu pour les itinérants », *Le Devoir [de Montréal]* (27 janvier 2021), en ligne: <ledevoir.com/societe/594053/la-cour-suspend-le-couvre-feu-pour-les-itinerants>.

instrument parcourt un vaste répertoire de positions politiques dans les sciences juridiques. Ces approches du droit réifient une compréhension instrumentale du droit.

2.4 Conclusion

Dans ce chapitre, nous avons vu que l'*instrumentalisme* constitue un cadre qui nous précède et qui entraîne un rapport au monde sous le signe de l'instrumentalité. Ce cadre s'observe de manière évidente au sujet des techniques en ce qu'elles sont souvent comprises comme des instruments. L'*instrumentalisme* au sujet des techniques serait en quelque sorte la pointe de l'iceberg. Comme nous l'avons vu, l'*instrumentalisme* constitue également une clé de lecture des crises sociales et écologiques contemporaines dans la mesure où la logique du moyen pour une fin au sein de l'*instrumentalisme* articule extractivisme et hiérarchisation des formes de vies humaines et non-humaines. Cette logique du moyen pour une fin encapsule notre rapport au monde. Ensuite, nous avons vu que l'idée du moyen pour une fin concerne le droit non seulement d'une manière normative mais également descriptive – démontrant ainsi comment l'*instrumentalisme* s'immisce en droit au point où dire que le droit est un instrument est trivial. Ce chapitre visait donc à sonder le terme ‘instrument’ pour faire émerger ce qu'il sous-entend lorsqu'il est accolé aux techniques mais également au droit. À la lumière de ces ramifications politiques, il en ressort que l'expression du droit comme instrument n'est pas si anodine malgré sa fréquence d'usage.

L'*instrumentalisme* a été remis en question au sujet des techniques par d'autres perspectives. À ce titre, les perspectives constructivistes et phénoménologiques mettent

de l'avant la co-construction politique entre la société et les techniques, tandis que la phénoménologie souligne l'appréhension et la transformation entre les entités qui se rencontrent. Ces deux conceptions remettent en question l'*instrumentalisme* d'une part, en ce que cette conception passe à côté d'une appréciation politique reliée à la construction de l'objet. Comme si la technique ne pouvait pas être « l'expression, l'incarnation ou la réalisation de valeurs et de finalités qui seraient extra techniques, comme des valeurs culturelles, morales et sociales, ou des finalités politiques »⁷⁸. D'autre part, en ce que la technique est comprise comme une association entre l'humain ou un non-humain tout en transformant les deux (humain et technique) réciproquement en ce qu'illes constituent une association hybride ayant une influence sur le déroulement d'une action. L'*instrumentalisme* est rendu inopérant en ce que la technique est comprise non pas comme étant une entité externe à l'humain à utiliser comme un moyen pour une fin. Nous souhaitons donc poursuivre à l'aide de ce corpus dédié aux techniques pour remettre en question cette instrumentalité du droit.

Interroger le droit dans sa généralité pour y décortiquer l'*instrumentalisme* et en esquisser des alternatives est complexe. Afin de rendre la transposition d'un corpus des techniques pour le droit, la technique de la fiction juridique se présente comme une pierre de touche⁷⁹. Nous faisons donc le choix de nous concentrer uniquement sur les fictions juridiques en tant que procédé technique du droit par excellence⁸⁰. En outre,

⁷⁸ Steiner, *supra* note 33 à la p 20.

⁷⁹ Thévenin, *supra* note 21 à la p 189.

⁸⁰ *Ibid.*

les fictions juridiques pourraient constituer aussi « la clef de lecture de la tradition juridique occidentale »⁸¹, tradition dans laquelle nous vivons.

⁸¹ Marta Madero, « Penser la tradition juridique occidentale » (2012) 67:1 Ann Hist Sci Soc à la p 103.

CHAPITRE II

ACTUALITÉS DU DÉBAT DES FICTIONS JURIDIQUES

La fiction juridique imprègne différentes parties du droit, tant au niveau théorique que pratique, au point d'être considérée comme un élément fondamental du droit⁸². Ce statut fondamental fait donc de la fiction juridique un objet d'étude particulièrement intéressant pour y analyser l'*instrumentalisme*. Dans ce chapitre, nous verrons comment les fictions juridiques sont considérées comme des instruments dont l'évaluation diffère entre un usage heuristique ou un usage dangereux. Nous verrons également quelles sont les voies récentes qui émergent pour s'extirper de ces questions de type instrumental au sujet des fictions juridiques. Le but de ce chapitre est de démontrer la prépondérance d'une conception instrumentale des fictions juridiques et l'enfermement des questionnements au sujet de cette technique juridique qui en résulte. Dans le chapitre suivant, nous poursuivrons à la suite des auteur·ice·s qui ne considèrent pas les fictions juridiques comme des instruments afin d'ajouter une perspective interdisciplinaire issue de la philosophie et de la sociologie des techniques avec la méthode de l'acteur-réseaux.

⁸² Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69.

3.1 Introduction

Le mot ‘fiction’ renvoie à des définitions et des fonctions diverses selon la discipline qui l’emploie. Il provient du terme latin *fictio*, « substantif du verbe *fingo*, *fingere* qui signifie ‘modeler l’argile’, façonner des matières molles »⁸³. Il y a donc cette idée de construction et de façonnement. Ordinairement, la fiction réfère à « une création de l’imagination ; [c’est-à-dire à] ce qui est du domaine de l’imaginaire, de l’irréel »⁸⁴. À cette notion d’irréel, s’ajoute l’intention pleine ou semi-pleine de ne pas tromper autrui⁸⁵. Il est donc commun de dire que la fiction se démarque du mensonge, qui lui cherche à dissimuler la vérité en vue de tromper volontairement. Par exemple, en littérature, la fiction renvoie à la construction d’histoires imaginaires, en faisant référence à ce qui est en « rupture avec la réalité »⁸⁶. Les fictions littéraires presupposent donc que le monde raconté dans lequel se déroule l’intrigue est vrai pour nous faire voyager. Or, la spécificité de la fiction juridique est que « son énoncé comporte toujours et nécessairement la mention qu’elle suppose non pas le vrai, mais le faux »⁸⁷. En d’autres termes, la fiction juridique amène à faire ‘comme si’ quelque chose était vrai alors que tout le monde sait que cela est faux.

⁸³ Sandrine Chassagnard-Pinet, « La place des fictions dans le raisonnement juridique » dans Shahid Rahman et Juliele Maria Sievers, dirs, *Normes et Fiction*, Cahiers de Logique et d’Épistémologies, London, College publications, 2011, à la p 1.

⁸⁴ Christine Biquet, « Les fictions en droit » (2013) 1 RD U Liège à la p 275.

⁸⁵ Fred Kroon et Alberto Voltolini, « Fiction » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encycl Philos*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019, en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/fiction/>.

⁸⁶ Chassagnard-Pinet, *supra* note 83 à la p 1.

⁸⁷ Yan Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval » (2005) 175-176 L’Homme Rev fr d’anthropologie à la p 130.

Ce concept du ‘comme si’ que contient l’idée de fiction a été principalement développé par le philosophe allemand du XIX^e siècle, Hans Vaihinger, dans son ouvrage *Philosophie des Als Ob (La philosophie du « comme si »)*⁸⁸. Cette défense de l’utilité de la fiction pour diverses disciplines (scientifiques, artistiques, littéraires, etc.) est connue sous le nom de *fictionnalisme*. Le *fictionnalisme* « souligne qu’une idée vraie peut être parfaitement inutile, et qu’une idée fausse ou du moins fictionnelle peut s’avérer très utile et féconde »⁸⁹. La fiction est mobilisée en cas d’impasse théorique en tant que moyen à employer pour résoudre le problème. La pertinence des fictions réside dans leur inventivité pour la pensée, et ce, en dépit de leur fausseté⁹⁰.

En plus de constituer une référence générale pour la fiction, Vaihinger est aussi souvent cité en sciences juridiques. Ses développements théoriques au sujet de la fiction inspirent grandement Lon L.Fuller qui constitue une des figures les plus citées au sujet de la fiction juridique. En sciences juridiques, Lon F.Fuller représente ainsi, à l’image des écrits de Vaihinger, la position qui défend la pertinence et l’usage des fictions pour le droit puisque les ‘comme si’ sont des instruments utiles à la pensée juridique en cas de situations problématiques. Fuller écrivait surtout en réponse à Jeremy Bentham qui critiquait vivement les fictions juridiques en soulignant la dangerosité des fictions juridiques dans la mesure où celles-ci masquent les raisons d’être de cette même construction théorique. Le clivage entre la position de Fuller et de Bentham jette les

⁸⁸ Hans Vaihinger, *La philosophie du comme si*, traduit par Christophe Bouriau, Paris, Kimé, 2008.

⁸⁹ L’auteur précise qu’il faut dissocier le *fictionnalisme* du *pragmatisme* de William James par exemple dans la mesure où pour Vaihinger, même si l’idée contenu dans une fiction est féconde et utile, celle-ci n’est pas pour autant considérée comme vraie. Voir Christophe Bouriau, « Fictionnalisme théologique versus pragmatisme religieux : Vaihinger ou James ? » (2018) 13 ThéoRèmes au para 31.

⁹⁰ Hans Vaihinger, « Extrait du chapitre XXVI de la Philosophie du comme si » traduit par Christophe Bouriau (2005) 9-1 *Philosophia Scientiæ Travaux hist et phil des sci à la p 176* [Vaihinger, « Extrait du chapitre XXVI »].

bases en quelque sorte du débat ayant lieu en droit au sujet de la fiction juridique entre d'une part, les arguments qui défendent les fictions juridiques et d'autre part, les arguments qui les fustigent.

Le débat sur les fictions juridiques se présente comme une répartition de positions théoriques sur un spectre d'évaluation normative de l'utilité des fictions en tant qu'instrument. Ces auteur·ice·s évaluent la légitimité théorique et pratique en fonction de ce que la fiction juridique permet ou empêche de faire, tout en ayant de légères variations dans la définition de ce qu'est une fiction juridique⁹¹. Les deux positions classiques du débat évaluent les fictions juridiques soit comme des techniques utiles et créatives, soit comme des techniques dangereuses et opacifiantes pour le droit à proscrire autant que faire se peut. À ces deux positions classiques, certain·e·s auteur·ice·s ont pris part au débat pour remettre en question un des implicites que les deux positions classiques véhiculent, notamment celui de l'instrumentalité des fictions

⁹¹ Les variations dans la définition et la fonction des fictions s'explique de par l'objet même de la fiction, en ce que ce concept joue entre une négation de la réalité ou de la vérité par le droit. Or ces concepts de vérité et de réalité sont difficiles à saisir et ne font pas l'objet de consensus en ce que la réalité peut être définie de manière plurielle et subjective. Christine Biquet avance que ces questions de ce qui est considéré comme vrai ou réel rendent variables et relatives l'appréhension de l'idée même de fiction. Pour circonscrire au mieux cette définition des fictions juridiques, nous avons cités les auteur·ice·s qui qui articulent leurs écrits dans les sillons de Vaihinger ainsi qu'en rapport avec la définition de Fuller qui est la plus classique en sciences juridiques. Le terme fiction est parfois utilisé dans les sciences juridiques pour désigner ce qui relève de la construction, de l'artificialité, sans pour autant reposer sur une fausseté. Cette critique est principalement émise par Nancy J. Knauer. Donc pour ne pas tomber dans les questions entourant la définition de ce qu'est une fiction juridique, nous avons choisi de relater seulement ceux et celles qui s'en tiennent aux éléments les plus classiques et non remis en cause dans la définition des fictions juridiques. L'objectif reste d'observer une technique juridique en ce qu'elle est comprise de manière instrumentale sans questionner en plus l'étendue possible de sa définition. Voir Nancy J. Knauer, « Legal Fictions and Juristic Truth » (2010) 23:2009-39 St Thomas L Rev à la p 9; Biquet, *supra* note 84 à la p 276.

juridiques⁹². En ce sens, ces auteur·ice·s initient ce que nous allons effectuer au prochain chapitre, à savoir offrir une lecture non instrumentale des fictions juridiques.

Notre intervention s'intéresse au fait de prendre les fictions juridiques comme des instruments, tel que le véhiculent les deux positions classiques. Ces approches nous empêchent d'apprécier différemment la technique de la fiction juridique pour le droit étant donné la polarisation du débat entre un usage utile (créatif) ou un usage dangereux (occultant). La conception instrumentale qui cadre le débat fait en sorte que les fictions juridiques sont pensées comme des moyens pour des fins dont la pertinence serait jugée en fonction de leurs impacts ou de leurs capacités à atteindre des objectifs⁹³.

La politique de l'*instrumentalisme* entraîne une conception des techniques juridiques comme étant des instruments neutres, des moyens quelconques, à orienter pour une fin et que ce sont les fins résultant de son usage qui sont à évaluer⁹⁴. Le problème est que

⁹² La notion de contrefactualité est un autre implicite au débat qui a été récemment remis en question par plusieurs juristes. L'emphase sur la contrefactualité concerne la fausseté des fictions juridiques en comparaison à ce qui est véridique. Ce questionnement survient en raison de questionnement provenant d'autres disciplines, la linguistique et la littérature, sur la possibilité d'une vérité universelle au regard des vérités subjectives. En questionnant ce qui est vrai de ce qui est faux au sein de la fiction juridique à l'aune des vérités plurielles, ces auteur·ice·s renouvellent également le débat et ne s'inscrivent pas dans une conception instrumentale des fictions juridiques. Néanmoins, nous ne les aborderons pas dans la mesure où leur travail s'insère dans une autre discussion, même si ces interventions sont forts pertinentes. Voir notamment Hans J. Lind, *Theorizing fictional discourse: Toward a reassessment of the fact-fiction dichotomy in legal theory and practice*, Routledge, 2020 ; Karen Petroski, « Legal fictions and the limits of legal language » (2013) 9:4 *Intl J L Context* 485; Simon Stern, « Legal and Literary Fictions » dans Elizabeth Anker et Bernadette Meyler, dirs, *New Directions in Law and Literature*, Oxford University Press, 2017, 313.

⁹³ Steiner, *supra* note 33 à la p 19.

⁹⁴ *Ibid* à la p 20.

cette relation de moyen pour une fin s'inscrit dans ce rapport premier au monde, l'*instrumentalisme*, qui est le même qui sous-tend la destruction de nos milieux de vie et de l'assujettissement des humains et des non-humains, tel qu'évoqué dans notre chapitre précédent. Or, cette compréhension instrumentale des techniques passe à côté d'une appréciation politique reliée à la construction de l'objet en tant que tel, comme si la technique ne pouvait pas être « l'expression, l'incarnation ou la réalisation de valeurs et de finalités qui seraient extra techniques, comme des valeurs culturelles, morales et sociales, ou des finalités politiques »⁹⁵. Nous verrons dans le chapitre suivant comment on peut imaginer sortir de ces questionnements à l'aide de ces conceptions alternatives des techniques qui nous semblent plus fructueuses par rapport à la logique instrumentale pour penser notre rapport aux techniques et donc, aux fictions juridiques. La remise en question de l'*instrumentalisme* par la philosophie et la sociologie des techniques permettrait d'ajouter une certaine originalité au débat, en mobilisant un corpus généralement appliqué aux objets techniques et rarement agencé au droit et aux fictions juridiques.

Pour ce faire, nous nous demanderons comment l'*instrumentalisme* en tant que conception particulière des techniques s'articule dans les diverses positions au sein du débat sur les fictions juridiques. L'hypothèse à long terme est que la fiction comme instrument pourrait être observée autrement; ce qui permettrait de débarrasser le débat de sa polarité entre usages utile ou opacifiant pour ensuite esquisser un rapport alternatif qui n'est pas instrumental envers les techniques juridiques. Le débat sur la fiction juridique se présente en trois temps. D'abord nous verrons les deux positions rendues classiques du débat dont les positionnements divergent moins sur les

⁹⁵ *Ibid.*

définitions que sur leurs évaluations des fictions juridiques⁹⁶. En premier lieu, nous verrons une défense de la conception instrumentale de la fiction en tant que moyen créatif du droit. En second lieu, nous verrons une critique de la conception instrumentale de la fiction en tant que moyen opaque du droit qui comporte des risques. Enfin, il sera question d'exposer les auteur·ice·s qui questionnent l'implicite de l'instrumentalité au débat sur les fictions juridiques.

3.2 La fiction sur le domaine du droit et ses débats

3.2.1 Les théories des fictions juridiques créatives

Bien que ces auteur·ice·s s'inscrivent dans des traditions juridiques différentes, leurs interventions permettent d'illustrer différentes facettes des fictions juridiques lorsque leur aspect créatif est mis de l'avant. Ultimement, l'objectif de cette partie est de démontrer comment la conception des fictions juridiques en tant qu'instrument se matérialise selon plusieurs aspects, allant de l'utilité générale à sa capacité à résoudre des problèmes théoriques en passant par son caractère artificiel⁹⁷.

La définition des fictions juridiques de Fuller⁹⁸ est celle qui est systématiquement citée. L'auteur définit la fiction juridique comme étant « *is either (1) a statement propounded with a complete or partial consciousness of its falsity, or (2) a false statement*

⁹⁶ Knauer, *supra* note 91 à la p 73.

⁹⁷ Artificiel est entendu comme : « Qui est dû à l'art, qui est fabriqué, fait de toutes pièces; qui imite la nature, qui se substitue à elle; qui n'est pas naturel ». Voir « Artificiel » (dernière consultation le 4 octobre 2021), en ligne : *Centre national de ressources textuelles et lexicales* <cnrtl.fr/definition/artificiel>.

⁹⁸ Lon L. Fuller est un philosophe du droit américain principalement connu pour être un fervent critique du positivisme juridique et défenseur d'un droit moral.

recognized as having a utility »⁹⁹. Selon Fuller, la fiction juridique est l'action de décrire un fait et à le prendre pour vérifique, tout en sachant qu'il n'est pas réel mais parce qu'il est jugé nécessaire et adapté de procéder ainsi¹⁰⁰. La fiction juridique se distingue du mensonge dans la mesure où son but n'est pas de tromper puisque sa fausseté est reconnue¹⁰¹. Le but d'user d'une fiction est d'ordre pratique; c'est ce que l'auteur appelle être un « raccourci commode »¹⁰². La fiction est en effet utile dans la manière d'organiser ou de simplifier des éléments de pensée et/ou de traduire de nouvelles expériences en termes juridiques¹⁰³. C'est donc un outil pratique enjoint à la raison humaine où la création de fictions « *is our brain's capacity to simplify and organize our reality and to understand reality through analogies* »¹⁰⁴. Le seul bémol des fictions tient dans leur fait d'user de celles-ci au point de finir par les considérer comme vraies¹⁰⁵. En résumé, pour Fuller la fiction juridique reste un outil permettant de dépasser nos propres limites conceptuelles¹⁰⁶. Les fictions font partie des éléments nécessaires à la formation et à la création dans la pensée juridique¹⁰⁷. Inspiré par Vaihinger, Fuller abonde donc dans un sens similaire en mettant l'accent sur l'aspect créatif et nécessaire de la fiction comme instrument servant au développement de la pensée juridique.

⁹⁹ Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, California, Stanford University Press, 1967, à la p 9.

¹⁰⁰ Michael Quinn, « Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective » dans William Twining et Maksymilian Del Mar, dirs, *Legal Fictions in Theory and Practice*, Law and Philosophy Library, Cham, Springer International Publishing, 2015 à la p 56.

¹⁰¹ Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69 à la p 5.

¹⁰² Fuller, *supra* note 99 à la p 517.

¹⁰³ Quinn, *supra* note 100 à la p 56.

¹⁰⁴ Leonhard Chunlin, « Dangerous or Benign Legal Fictions, Cognitive Biases, and Consent in Contract Law » (2018) 91:2 St John's L Rev à la p 393.

¹⁰⁵ *Ibid* à la p 401.

¹⁰⁶ Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69 à la p 8.

¹⁰⁷ Quinn, *supra* note 100 à la p 56.

Yan Thomas¹⁰⁸ s'inscrit à la suite de Fuller en soulignant la qualité heuristique des fictions juridiques. L'originalité de Thomas dans le débat est qu'il étudie la fiction juridique telle que pratiquée historiquement en droit romain afin de nourrir ces réflexions sur la pratique de la fiction juridique contemporaine¹⁰⁹. Thomas rappelle que la fiction juridique avait pour fonction en droit romain d'exprimer « une mise à distance importante entre la réalité et la façon dont elle était exprimée par la voix du droit »¹¹⁰. La fiction romaine servait donc à étendre un droit, une filiation par exemple, au-delà de ce qui était de l'ordre naturel des choses en permettant d'adopter légalement une personne plus vieille que soi¹¹¹. Dans le but d'« assurer l'unité et la cohérence des règles institutionnelles »¹¹², la création et l'utilisation des fictions juridiques ne comportent aucune limite d'ordre religieux ou naturel. Selon Thomas, la fiction incarne « l'apogée d'un artificialisme »¹¹³ d'ordre juridique.

Une autre figure marquante de cette branche créative est Hans Kelsen¹¹⁴. En s'inspirant de Vaihinger, le juriste allemand défend aussi l'usage des fictions juridiques dans l'optique d'obtenir une meilleure compréhension du droit au niveau théorique. Pour Kelsen, la personnalité juridique (aussi bien l'individu que l'État) est une fiction juridique au sens où elle est une personnification ou une réification d'un complexe de

¹⁰⁸ Yan Thomas est un historien du droit connu pour avoir principalement étudiait le droit romain et notamment la *fictio legis*. Voir Yan Thomas, « *Fictio Legis. L'Empire de la fiction romaine et ses limites médiévales* » (1995) 21:17 Dr Rev fr de théorie juridique 17.

¹⁰⁹ Madero, *supra* note 81 à la p 104.

¹¹⁰ Anne-Marie Savard, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec; un retour aux sources ? » (2006) 47:2 C de D à la p 386.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Hans Kelsen est principalement connu pour être un défenseur du positivisme juridique. Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, La pensée juridique, Paris, LGDJ, 2010.

normes effectué par la science du droit dans le but de mieux saisir et de mieux comprendre un phénomène¹¹⁵:

According to Kelsen there is no actual bearer of legal rights and duties out there in the world. Rather the legal subject is a construct. The fiction is created for the purpose of simplification and illustration and it becomes an error only when we mistake it to not be a mere (provisional and counterfactual) fiction, but a hypothesis or even dogma about the actual world¹¹⁶.

Cela s'applique notamment à la fiction juridique de la *grundnorm* qui fonde l'origine et la validité d'un système juridique. La *grundnorm* est une fiction qui assoit la validité de l'ordre juridique, en fonction de laquelle la sous-norme devrait être conformément créée. Sans la *grundnorm*, il y aurait un problème de circularité qui fait que si l'on remonte à une norme précédente pour valider une seconde norme, il faudrait toujours se demander à partir de quel moment la norme précédente cesse d'être à valider et à être fondée. C'est pour pallier à ce problème que Kelsen avance que la *grundnorm* est une fiction nécessaire à la cognition de tout système juridique « stipulant que l'autorité qui a créé la première norme reconnue comme telle était autorisée à le faire»¹¹⁷. La *grundnorm*, qui fonde la théorie du droit pure de Kelsen, est une fiction juridique qui fait comme s'il y avait une norme fondamentale¹¹⁸. La *grundnorm* résout un

¹¹⁵ Christoph Kletzer, « Kelsen on Vaihinger » dans Del Mar et Twining, *supra* note 100 à la p 26.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Carlo Invernizzi Accetti, « L'idée d'ordre dynamique et la théorie de la Grundnorm. Une interprétation du fondement de la validité du droit chez Hans Kelsen » (2016) 92:1 Dr et soc à la p 182.

¹¹⁸ Sans entrer dans le débat, il est connu que Kelsen a fait évolué sa théorie du droit et notamment, son approche de la *grundnorm*. Duxbury s'est par exemple penché sur le glissement opérée entre la *grundnorm* conçue comme une présupposition, et par la suite, conçue comme une fiction entre la première édition et la seconde de *Théorie du pure du droit* de Kelsen. Si cette description de la *grundnorm* comme une fiction entraîne encore une circularité concernant à savoir la légitimité d'une

problème – cette fiction juridique permet d’arriver à une fin qui resterait inatteignable sans cette fiction juridique.

Pour les auteur·e·s précité·e·s, l’utilisation des fictions juridiques est justifiée dans la mesure où elles assurent une certaine cohérence dans le droit en lui permettant de s’adapter aux situations inédites ou en créant une illusion de certitude. D’ailleurs, cette volonté de cohérence est ce qui justifie l’usage d’une technique permettant l’artifice juridique. Enfin, l’utilisation des fictions juridiques se justifie également pour leur qualité heuristique en ce qu’elles permettent d’atteindre une fin souhaitée qui serait restée hors de portée sans cette technique.

Pour en revenir à notre question de l’instrumentalité des fictions, admettons que ces interventions s’inscrivent dans une longue discussion étalée dans le temps au sujet de l’utilisation d’un objet technique, les fictions juridiques. On se focalise sur les usages souhaitables ou non souhaitables de cet objet technique, indépendamment de sa substance. Certes, cette technique s’est instaurée en droit mais elle fait toujours débat,

telle fiction, nous nous arrêterons à soulever ce passage entre demi et véritable fiction dans la mesure où il semble être un point d’accroche sur le positivisme juridique de Kelsen. Toutefois, notons que dans tous les cas, la demi et la véritable fiction sont toutes les deux des constructions de la pensée mobilisée dans le but de faire avancer le chemin de la cognition, et dans ce cas-ci, le fondement du système juridique selon une perspective positiviste, c’est-à-dire qui refuse les fondements transcendantaux du jusnaturalisme ou factuel du réalisme juridique. La différence entre la demi-fiction ou la véritable fiction est temporelle selon Vaihinger où ces deux procédés ne sont pas si loin l’un de l’autre mais reliés par des transitions qui font que la demi-fiction commence par des écarts avec la réalité et la véritable fiction termine par non seulement être en contradiction avec la réalité mais également avec elle-même. Voir Vaihinger, « Extrait du chapitre XXVI », *supra* note 90 à la p 177; Neil Duxbury, « Kelsen’s Endgame » (2008) 67:1 Cambridge LJ 51.

comme le démontre les interventions récentes de ces auteur·ice·s qui continuent d'écrire à son sujet.

Les auteur·ice·s précité·e·s représenteraient l'enthousiasme au sujet d'une technique, la fiction juridique. Pour défendre la fiction juridique, on passe par décrire les possibilités reliées à l'utilisation de cet objet. Le point n'est pas de dire que cela est faux mais plutôt qu'on retrouve cette conception instrumentale des techniques au sujet des fictions juridiques dans le fait de les dépeindre comme des moyens pour une fin à utiliser pour diverses fins. En tant que moyen, les fictions juridiques sont des instruments bénéfiques, utiles, créatifs et pratiques pour résoudre des problèmes ou simplifier des phénomènes pour le droit. Les fins atteignables sont la stabilité, la cohérence et la prédictibilité du système juridique ainsi que la traduction de nouvelles expériences en termes juridiques, tout comme de son autonomie face au biologique ou au religieux ou enfin, l'atteinte d'un but inaccessible, comme la construction logique et rationnelle d'une théorie du droit pure.

Pour ces auteur·ice·s, les heureuses et les diverses possibilités de la fiction excèdent les risques d'utilisation de cette technique. La disposition de la fiction juridique à faire oublier qu'elle repose sur une fausse prémissse, comme nous met en garde Fuller, n'excède pas les risques d'utilisation de cette technique juridique. Le moyen est évalué comme étant imparfait en comportant des risques, mais néanmoins utile pour diverses fins juridiques. La section suivante s'intéresse justement aux auteur·ice·s pour qui les risques reliés à l'usage de cette technique sont trop importants.

3.2.2 Les théories des fictions juridiques opaques

Cette partie traite des auteur·ice·s qui critiquent le recours aux fictions juridiques. Bien que ces auteur·ice·s admettent que les fictions juridiques sont inévitables, illes soutiennent que les fictions devraient être le moins utilisées possible. L'objectif de cette section est d'analyser comment la conception des fictions juridiques en tant qu'instruments s'illustre mais cette fois-ci d'une manière péjorative. Les arguments suivants visent à démontrer que la fiction juridique devrait être remplacée par des raisonnements basés sur des principes politiques au lieu de masquer ces derniers, d'autant plus que la fiction a propension de faire oublier sa fausseté.

Une des figures principales de cette branche est Jeremy Bentham¹¹⁹. Il est notamment connu pour avoir fustigé l'usage des fictions, tant sur le domaine du droit que sur celui de la politique ou de la religion, en ce que celles-ci masquent les choix politiques de leurs origines¹²⁰. Bien que Bentham reconnaissse l'inévitabilité des fictions dans le travail de la pensée et dans celui du langage, c'est leurs mésusages qu'il déplore¹²¹. Pour ce dernier, la fiction doit être utilisée lorsqu'il n'est pas possible de faire autrement. Dans le cas où la fiction peut être remplacée, elle est jugée néfaste. En droit, lorsque les fictions sont mobilisées, Bentham affirme qu'elles finissent par devenir

¹¹⁹ Jeremy Bentham est un penseur politique représentant l'utilitarisme politique ainsi que sa version juridique.

¹²⁰ Nomi Maya Stolzenberg, « Bentham's Theory of Fictions—A “Curious Double Language”» (1999) 11:2 Cardozo Stud L & Lit à la p 223.

¹²¹ En outre, l'autrice analyse dans cet article comment Bentham eu recours aux fictions, cette fois-ci entendu au sens littéraire, afin de tester les divers scénarios possibles concernant l'usage par exemple du panopticon ou du confinement solitaire. Bentham considère donc les fictions littéraires ou logiques (concernant le chemin de la pensée) comme un outils au potentiel heuristique. Voir Claire Wrobel, « At the Crossroads of Law and Literature; On the Role of Fiction in Jeremy Bentham's Penal Theory » (2020) 32:3 L & Lit à la p 416.

obstruantes car elles ne permettent pas d'entamer une véritable discussion sur une proposition juridique, qui devrait se faire selon lui, d'après le principe d'utilité¹²². Par exemple, Bentham émet une critique virulente du contrat social. Il écrit: « dès que j'ai lu la partie de l'ouvrage qui touche à ce sujet, je sentis des écailles me tomber des yeux [...]. Je tirais ma révérence au contrat originel et le laissais à ceux qui pouvaient s'imaginer en avoir besoin pour qu'ils se distraient avec ce hochet »¹²³. Pour Bentham, l'obéissance sur laquelle repose la légitimité d'un gouvernement en s'appuyant sur la fiction politico-juridique du contrat social devrait davantage s'expliquer de manière utilitaire¹²⁴.

L'autre versant de cette branche dépréciant les fictions juridiques est concerné par la propension qu'ont les fictions à faire oublier leur fausseté en finissant pas être prise pour des vérités. Comme Bentham, Alina Boyte¹²⁵ appelle à en user de manière vigilante seulement lorsqu'il n'y a pas d'autres alternatives possibles que le droit pourrait atteindre sans l'usage d'une fiction¹²⁶. Pour l'autrice, l'usage bénéfique ou nocif des fictions juridiques se juge à l'aune de leur fonction : « *that make the language of the law more logical and accessible or as blindfolds that deprive the scholar, the practitioner, and the public from truly understanding the law and what it stands—or*

¹²² En tant que tenant de l'utilitarisme, Bentham défend cette philosophie politique que l'on peut résumer à mesurer la désirabilité d'une action si elle fait le plus grand bonheur du plus grand nombre de personnes. C'est cette mesure qui permet d'évaluer ce qui est juste ou injuste, tant sur le plan des choix individuels que des choix collectifs. Voir Ludmilla Lorrain, « La représentation comme fiction chez Jeremy Bentham » (2019) 13 *Philonsorbonne* à la p 79.

¹²³ Jeremy Bentham, *Fragment sur le gouvernement ; Manuel de sophismes politiques*, traduit par Jean-Pierre Cléro, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1996 à la p 123-124.

¹²⁴ Lorrain, *supra* note 122 à la p 79.

¹²⁵ Professeure au Mississippi College en droit de la propriété intellectuelle.

¹²⁶ Alina Boyte, « The Conceits of Our Legal Imagination: Legal Fictions and the Concept of Deemed Authorship » (2014) *Legis Pub Pol'y* à la p 726.

*should rightfully stand—for »*¹²⁷. Et la nocivité des fictions tient dans le fait que lorsque leurs faussetés sont oubliées, les fictions juridiques finissent par devenir vraies et entraînent avec elles des « *metaphors about social behavior and human truths into binding legal principles that set the trajectory of legal development in stone—all inconspicuously and without our realization* »¹²⁸. Boyte illustre son argument avec la fiction du ‘*deemed authorship*’ qui considère qu’une création ayant eu lieu dans le cadre d’une relation de travail appartient à l’entreprise qui emploie la ou les personnes ayant effectué ce travail de création. Cette doctrine fait exception au droit (sic) d’auteur qui désigne la personne qui crée comme détentrice des droits de son œuvre en déplaçant cette propriété-là à l’entreprise qui emploie l’artiste (en quelque sorte) en faisant ‘comme si’ l’entreprise était l’autrice de l’œuvre¹²⁹. Selon Boyte, cette fiction juridique masque la distinction entre la créativité humaine et la fausse notion imputée d’autrice de l’entreprise. Le problème selon Boyte est que cette fiction entraîne un désinvestissement de l’identité de la personne créatrice en ce qu’elle masque ces capacités ainsi que ces réalisations artistiques et intellectuelles, menant à une aliénation de sa dignité humaine¹³⁰. C’est donc contre le caractère pérenne des fictions juridiques qui finissent par acquérir le statut de vérité qui masque la réalité de création que l’autrice déplore et teinter notre compréhension de l’identité individuelle des créateur·ice·s.

¹²⁷ *Ibid* à la p 725.

¹²⁸ *Ibid* aux pp 708-709.

¹²⁹ *Ibid* à la p 736.

¹³⁰ *Ibid* à la p 710.

Pour Peter Smith¹³¹, le problème de l'oubli des fictions juridiques concerne davantage ce qu'il nomme les nouvelles fictions juridiques par rapport aux classiques. Contrairement aux fictions juridiques classiques, ce qui caractérise les nouvelles fictions juridiques est le fait qu'elles soient mobilisées par les juges sans reconnaître explicitement que la prémissse de la fiction en question est fausse¹³². En outre, il ajoute que les nouvelles fictions juridiques sont en plus utilisées dans le but de justifier le choix de suivre une doctrine en particulier, qu'elle doit déjà existante ou nouvelle¹³³. Il écrit que les nouvelles fictions juridiques « *are sometimes a device that judges deploy to mask the fact that they are arrogating to themselves the power to make normative choices, and thus to make law itself* »¹³⁴. Ceci dit, notons que Smith condamne moins cette technique par rapport aux autres auteur·ice·s précités en reconnaissant que les fictions juridiques classiques ont des avantages en ce qu'elles rendent le droit plus cohérent face à des changements ou de nouvelles situations¹³⁵.

En résumé, le second volet du débat classique sur les fictions juridiques insiste sur le côté risqué des fictions en raison de leur manque de transparence sur les raisons politiques qui se cachent derrière celles-ci. L'autre risque mis de l'avant est leurs

¹³¹ Professeur de droit constitutionnel à *The George Washington University Law School* à Washington.

¹³² Peter Smith, « *New Legal Fictions* » (2007) 95 Geo LJ à la p 1470.

¹³³ *Ibid.* La prémissse est fausse pour Smith lorsqu' elle a empiriquement été démontrée ainsi. Donc pour Smith, le principe qui énonce que « nul n'est censé ignorer la loi » est une nouvelle fiction juridique au sens où l'existence de principe perdure activement tandis qu'au niveau empirique, il n'est pas vrai dans le sens où tout le monde connaît toutes les lois. En fait, empiriquement il a été démontré que ce principe est plutôt compris comme « l'ignorance du droit n'est pas une excuse ». C'est en ce sens que Smith qualifie ce principe de nouvelles fictions juridiques.

¹³⁴ *Ibid* à la p 1469.

¹³⁵ *Ibid* à la p 1470.

caractères oubliables qui amènent non seulement à prendre des faussetés pour des vérités mais aussi à utiliser des fictions sans se rendre compte de leur fausse prémissé.

Ces auteur·ice·s constituent donc notre versant sceptique quant à l'utilisation et à l'objet technique en soi de la fiction juridique. Ces arguments, tout comme ceux qui vantent l'utilisation des fictions juridiques, reproduisent ce traitement de la fiction juridique comme un instrument. Il est question de critiquer l'objet technique en tant que moyen ainsi que des fins vers lesquelles il est orienté. Pour les sceptiques, cette technique comporte des risques d'utilisation, notamment parce qu'elle repose sur un élément faux, le 'comme si', qui tend à se faire oublier au risque d'atteindre une apparence de vérité. Cette technique tend également à occulter des choix normatifs et à masquer la réalité.

Encore une fois, la fiction juridique est observée comme un instrument qui peut être utile parfois mais dont on ne devrait abuser en raison des risques précédemment cités. Pour les sceptiques, les risques reliés à l'usage des fictions juridiques n'outrepassent pas ces potentielles qualités, contrairement aux auteur·ice·s qui admettent malgré tout la pertinence de l'objet. Peu importe l'évaluation, ce rapport au technique ré-inscrit une conception instrumentale des objets étudiés, comme des moyens pour une fin. On a vu dans le chapitre précédent que cette évaluation est la plus courante au sujet des techniques et surtout, s'explique en amont par une conception du monde instrumentale dont nous avons énumérée les implications politiques d'un tel cadre.

Certes, il est difficile de voir comment le fait de comprendre les fictions juridiques comme des instruments est tout aussi problématique que de s'inscrire dans un cadre

instrumental tant au sujet de l'environnement que des sujets et objets marginalisé·e·s. Néanmoins, nous pensons que l'*instrumentalisme* et ces ramifications politiques amènent à concevoir en surface des techniques uniquement comme des moyens pour des fins, que ça soit le droit ou bien, comme nous venons de le voir, les fictions juridiques. C'est parce que nous considérons la relation du moyen pour une fin politiquement problématique et limitante pour penser notre rapport aux techniques que nous souhaitons esquisser la possibilité de penser un rapport différent aux techniques, et donc aux fictions juridiques. Délaisser la question de l'(in)utilité pour analyser les techniques n'est pas impossible comme le démontre le décloisonnement opéré par certaines interventions qui pavent la voie à d'autres perspectives pour les fictions juridiques.

3.2.3 La remise en question de l'instrumentalité des fictions juridiques

Cette troisième partie traite des auteur·ice·s qui remettent en question les termes classiques du débat. À notre connaissance, seulement deux auteur·ice·s s'y intéressent : Robert Samek¹³⁶ et Annelise Riles¹³⁷. Pour questionner cet implicite, illes ont entrepris de dépoussiérer le *fictionnalisme* de Vaihinger pour faire une lecture anti-instrumentale de l'ouvrage afin de s'en inspirer pour penser les fictions juridiques¹³⁸.

¹³⁶ Ancien professeur de droit à l'Université de Dalhousie à Halifax. Samek est présenté comme une figure de la jurisprudence canadienne de gauche. Voir Richard F. Devlin, « Twisting the Tourniquet Around the Pulse of Conventional Legal Wisdom: Jurisprudence and Law Reform in the Work of Robert A. Samek » (1987) 11:1 Dal LJ 157.

¹³⁷ Professeure de droit à l'Université de Northwestern University School of Law à Chicago. Riles est principalement connue pour ses recherches en études sociologiques et anthropologiques du droit, en droit comparé, et en droit de la régulation bancaire.

¹³⁸ Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69 à la p 7.

Leurs écrits s'appuient sur ceux de Vaihinger et spécifiquement sur ce qu'il théorise comme étant la 'Loi de prépondérance des moyens sur les fins' qui postule « qu'un moyen qui, à l'origine, sert une fin déterminée tend à s'autonomiser et à s'ériger en fin en soi »¹³⁹. Toutefois, ces deux interventions divergent dans la manière d'aborder l'instrumentalité des fictions juridiques. D'abord, Samek revient sur les fictions telles qu'elles sont utilisées par exemple dans les sciences naturelles pour ensuite en tirer des conclusions pour le domaine du droit¹⁴⁰. Surtout, l'auteur met de l'avant la vie et la mort des fictions juridiques en tant qu'elles seraient similaires aux paradigmes scientifiques changeants, en tant que créations à la fois novatrices puis conservatrices¹⁴¹. Riles de son côté s'intéresse en quelque sorte à cette autonomie des instruments que sont les fictions juridiques pour penser une réorientation du droit vers l'espoir dans un monde capitaliste où le droit constitue un de ces instruments.

D'un côté, Samek prend pour point de départ la 'Loi de la prépondérance du moyen sur la fin' qu'il renomme *métaphénomène*¹⁴². Ce phénomène définit « *that an original means working towards a definite end has the tendency to acquire independence and to become an end in itself* »¹⁴³. C'est-à-dire que la création d'un moyen quelconque en

¹³⁹ Hans Vaihinger, « Les origines de la philosophie du comme si » traduit par Christophe Bouriau (2016) 20-1 *Philosophia Scientiæ* Travaux hist et phil des sci 95.

¹⁴⁰ Petroski, *supra* note 92 à la p 489.

¹⁴¹ On peut penser à la révolution copernicienne où la représentation du monde où l'on passe de placer la Terre au centre de l'Univers à finalement placer le Soleil au centre de celui-ci. C'est, en ce moment, le modèle le plus répandue et acceptée pour se représenter l'univers. Cet exemple est un classique donné par Thomas Kuhn pour expliquer la notion de paradigme scientifique. Voir Nickles Thomas, « *Scientific Revolutions* » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encycl Philos*, Stanford, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017 en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/scientific-revolutions/>.

¹⁴² Robert A. Samek, « *Fictions and Law* » (1981) 31:3 UTLJ à la p 291.

¹⁴³ *Ibid.* Samek définit ainsi ce phénomène : « *The meta phenomenon is the human propensity to displace 'primary' with 'secondary' concerns, that is concerns about ends with concerns about means. The latter*

vue d'une fin tend graduellement à prendre son autonomie en devenant une fin en soi: « *the meta phenomenon is an adept at getting away when its fate appears sealed* »¹⁴⁴. Pour Samek, l'objectif n'est donc pas de juger de la désirabilité des fictions juridiques mais plutôt d'appréhender le phénomène par lequel les fictions juridiques meurent et se solidifient. Une fois ancrée, la fiction perd de son dynamisme et devient une barrière au changement¹⁴⁵.

Samek nous invite donc à porter attention au mouvement des fictions juridiques. En s'appuyant sur Vaihinger, il avance que la vie des idées, « *pass from fiction to hypothesis and then to dogma, and back through hypothesis to fiction, as a fundamental dialectical movement of thought* »¹⁴⁶. C'est pourquoi l'on pourrait comparer la vie et la mort des fictions juridiques à celles des paradigmes scientifiques qui se succèdent¹⁴⁷.

come to be perceived as primary, and distort the former in their own image. The new primary concerns are in turn displaced by the new secondary concerns about the means to be adopted to achieve the new ends, leading to another shift in the focus of consciousness. The new secondary concerns come to be perceived as primary, and so on. The progression is not linear but global. If we think of the total number of primary concerns of a man, a society, an ideology, as a sort of gravitational field, it will be distorted continuously by the pull of a growing mass of secondary concerns. The result is an increasing loss of balance, a relentless slide to the peripheral. I have put 'primary' and 'secondary' concerns in quotes because in the world of the meta phenomenon we are all on the meta track. We are therefore in no position to draw up a list of what is primary and what is secondary, of what are means and what are ends. In its world, we can have no ends of our own. That is why we are so determined to invent them, and why our spectre has been so successful in exploiting our weakness. Since all our ends are relative to its operation, we can only have relative, and not absolute ends which remain intact. In the last analysis, then, ends collapse into means, and, conversely, means take over as ends. The finality of ends is an illusion: no sooner is an end reached, than it is displaced by a means to another end. We are constantly pursuing a rainbow of ends which we can never catch. » à la p 200.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid* à la p 309.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

It is not their tension with conventional truth which makes them undesirable. On the contrary, it is their ability to stretch its criteria which gives them their value, for it makes us see the doctrine in a new light. Alas, the meta phenomenon undoes that good work. Live fictions do not simply die when they have done their job; they foist their bodies on the law, and so impede change¹⁴⁸.

Concernant les fictions juridiques, Samek argumente donc que le problème au sujet des fictions juridiques est leur propension à prendre leur autonomie en devenant des fins en elles-mêmes et en devenant contraignantes. Le problème ne réside donc pas dans la technique ni dans son utilisation.

D'un autre côté, Riles s'appuie sur la même de Loi de Vaihinger mais cette fois-ci pour proposer d'échapper à l'instrumentalisation capitaliste du droit en rendant subversives les fictions juridiques, comme justement des instruments mais porteurs d'espérance¹⁴⁹. L'espérance correspond dans ce texte à une « réorientation des connaissances »¹⁵⁰ hors de la logique du capital. La possibilité de déplacer des fictions juridiques sur le terrain de l'espérance s'explique par ce qu'elle nomme un double processus technique qui fait qu'une

¹⁴⁸ *Ibid* à la p 313.

¹⁴⁹ Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69 à la p 1.

¹⁵⁰ Riles reprends la définition de Hirokazu Miyazaki qui est la réorientation des connaissances. Pour Miyazaki, chaque type de connaissance a une directionnalité qui fait que l'appréciation de cette directionnalité amène les agent·e·s à réorienter ces connaissances-là. Cette capacité appréciée de réorientation est ce qui est entendu comme l'espérance selon Miyazaki. Riles poursuit cette définition de l'espérance en droit. L'autrice soutient que l'espérance ne correspond donc pas à la capacité du droit à ‘tenir ses promesses de changement social’. Pour Riles, l'espérance des juristes ne se définit pas en terme concret, ni en terme instrumental. La réorientation des connaissances corresponds en droit à comprendre ‘le pouvoir de la pratique juridique’ en redirigeant notre analyse sur les qualités de l'instrumentalité en droit la redirection de notre attention vers la qualité de l'instrumentalisation qui ne serait donc pas un effort pour échapper à l'instrumentalisation capitaliste du droit. Voir Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69 aux pp 4-9; Hirokazu Miyazaki, *The method of hope: anthropology, philosophy, and Fijian knowledge*, Stanford, California, Stanford University Press, 2004, 216.

fiction juridique n'est pas seulement une technique qui prend pour vrai ce qui est faux mais aussi une technique qui concrétise une conclusion juridique d'ordre factuel, en faisant comme si elle était vraie aux yeux du droit¹⁵¹. En d'autres termes, Riles décrit ceci comme étant l'astuce des fictions qui réside dans ce double 'comme si': « si la conclusion prend la forme d'un fait, ce fait, que tout le monde sait être faux, devient quelque part, sous l'effet de la loi, vrai »¹⁵². Ainsi l'espoir de réorientation correspond à cette possibilité de concrétiser dans le temps une fiction juridique, une conclusion juridique, hors de la logique du capital.

Riles donne l'exemple de son enseignement en droit de la propriété de la doctrine de *Implied Warranty of Habitability*¹⁵³ en souhaitant mettre de l'avant le pouvoir agentif de la fiction juridique en elle-même. Riles écrit que le « savoir juridique devient agentif par son passage d'un acteur à un autre, et que dans ce processus il en vient à devenir constitutif des (sic) acteurs mêmes qui le déploient »¹⁵⁴ et si « par « le pouvoir » nous entendons, entre autres, la capacité à perdurer, alors le pouvoir du droit réside dans la

¹⁵¹ Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69 à la p 5. Riles illustre ainsi ce point complexe ainsi : « Quand un juge affirme que, lors du mariage la femme se fond en la personne de son mari, ou que la société est une personne, il rend un jugement [...] – le jugement selon lequel la femme perd le contrôle de sa propriété ou que la société peut conclure des contrats ou être tenue responsable. Ce jugement est présenté comme s'il s'agissait d'une affirmation factuelle : la femme est englobée dans son mari ; la société est une personne. Une fiction juridique est une conclusion juridique – un acte de jugement – qui prend la forme d'une déclaration factuelle : c'est une théorie présentée comme si c'était un fait » à la p 5.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ « Implied Warranty of Habitability » (dernière consultation le 4 octobre 2021), en ligne : *Legal Information Institute, Cornell Law School* <law.cornell.edu/wex/implied_warranty_of_habitability>. Ceci correspond à une garantie implicite d'habilité sécuritaire des lieux où on fait 'comme si' le propriétaire s'était engagé à la garantir au moment de signer le bail même s'il n'y a pas eu un contrat formellement signé à ce sujet.

¹⁵⁴ Riles, « Le droit est-il porteur », *supra* note 69 à la p 5.

réception et la reproduction qu'il emporte, passant d'un ensemble (sic) d'acteurs du droit à d'autres »¹⁵⁵. Ainsi,

*concernant l'élaboration du droit américain sur le logement, où un seul jugement peut changer la règle à jamais, la vie après la fiction, après la création de cette fiction, est totalement ignorée – l'Implied Warranty of Habitability, passant dorénavant de main en main, a été disséquée dans les revues juridiques, invoquée dans les mémoires d'innombrables avocats du droit du logement, débattue par des générations d'étudiants en droit, et ce des décennies après l'affaire emblématique ayant mené à sa création*¹⁵⁶.

Riles invite donc à considérer cette vie des fictions juridiques, leurs pouvoirs agentifs qui permet alors de réorienter les connaissances comme le droit vers l'espoir, sur le terrain du progressisme. Il n'est donc plus question de s'intéresser aux fictions juridiques dans une perspective épistémologique, mettant l'emphase sur leur créativité ou leur opacification, Riles propose plutôt que l'on s'intéresse à ces objets dans leurs dimensions politiques¹⁵⁷.

En résumé Samek et Riles s'inscrivent dans le débat sur les fictions juridiques en s'intéressant conjointement à des écrits anti-instrumentalistes du *fictionnalisme* de Vaihinger. En faisant une analogie entre paradigmes scientifiques et fictions juridiques, Samek ajoute au débat une dimension constructiviste et relativiste aux fictions, passant du statut de construction heuristique à dogmatique. Riles poursuit en quelque sorte ce

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Annelise Riles, « Collateral Expertise : Legal Knowledge in the Global Financial Markets » (2010) 51:6 Current Anthropology à la p 814.

point en invitant à utiliser les fictions juridiques comme des instruments de réorientation dans un contexte où le droit est davantage au service d'une économie capitaliste pour profiter de leur stabilisation en direction du progressisme et des lendemains qui chantent. Les deux auteur·ice·s pavent la voie vers des questions différentes en soulevant l'instrumentalité des fictions juridiques, loin de leurs (in)désirabilités pour la pensée ou la pratique juridique.

Ce qui est intéressant pour nous à cet endroit est que la catégorie qui s'intéresse à l'instrumentalisme entame une réflexion sur les fictions et sur leur agentivité politique en tant que technique juridique. Cette attention non instrumentale au technique est précisément ce que nous souhaitons effectuer par la suite. On passe donc d'un débat cloisonné entre deux positions concurrentes au sujet d'une technique et de ses usages en droit à une troisième position qui surprend par son renversement de questions à l'égard de cette technique juridique. Pour cette dernière position, les fictions juridiques s'observent en mouvement, dans leur dynamisme de création à leur oubli, et politiquement, dans leurs pouvoirs subservsifs pour réorienter le droit. Cette dernière section constitue pour nous des exemples de ce qui pourrait être dit et observé au sujet des fictions juridiques en délaissant une conception instrumentale des techniques.

3.3 Conclusion

Ce chapitre démontre comment se décline l'*instrumentalisme* sur cet objet particulier de la fiction et plus précisément de la fiction juridique, en tant que technique fondamentale en droit. L'*instrumentalisme* dans ce chapitre renvoie moins aux dimensions politiques sous-jacentes du cadre de pensée qui participe à la mise en place

de l'extractivisme et de la hiérarchisation des formes de vies, humaines et non-humaines. L'*instrumentalisme* qui se retrouve au sujet des fictions juridiques est celui de surface qui amène à concevoir les techniques, entre autres, dans cette idée de moyen pour une fin. Cette relation de moyen pour une fin est déclinée selon deux variantes par le débat sur les fictions juridiques : soit, comme un moyen heuristique, soit comme un moyen risqué à proscrire. Ces deux branches évaluent donc la désirabilité d'une technique juridique en fonction de ces finalités : cohérence et création ou dissimulation de choix politiques dans le droit. Le propos de ce chapitre était donc de démontrer le consensus à l'égard des fictions juridiques qui les considère comme des instruments.

Ce consensus ne passe pas déjà inaperçu. Samek et Riles ont entamé une réflexion à ce sujet dans le débat. Ces auteur·ice·s démontrent que les fictions juridiques sont davantage que de simples instruments à utiliser pour fin. Les fictions juridiques comportent à la fois une force créative mais aussi une force contraignante une fois solidifiée – elles sont à la fois pensées comme participant à une représentation du monde, comme une matrice au sens de paradigme scientifique, qui fait un consensus, qui offre des possibilités tout en restreignant ce champ de possibilités admises. Les fictions juridiques sont donc entendues comme ces solutions à la fois créatives et limitantes. C'est également de par cette force contraignante que l'idée est mise de l'avant de subvertir cette technique pour des fins progressistes. On a donc une dimension mise de l'avant sur le dynamisme de ces objets ainsi que leur politique encapsulée.

Si Samek et Riles ont exploré l'instrumentalité des fictions juridiques à l'aide de lectures non instrumentales du *fictionnalisme* de Vaihinger, nous nous proposons de

plutôt aller chercher dans une autre discipline la possibilité de contrebuter de manière non instrumentale au débat sur les fictions juridiques. Selon nous, les deux éléments principaux dégagés par Riles et Sameks qui sont le dynamisme et le politique des fictions juridiques font écho à la méthode de l'ANT qui s'inscrit plus largement dans les études des sciences et technologies. Cette théorie s'applique à étudier les techniques dans leurs dimensions politiques, tout en leur redonnant une part d'agentivité. On pourrait avancer que ces explorations par l'ANT pour les fictions juridiques se justifient par une volonté de compréhension interdisciplinaire de ce qui est fictif en droit en effectuant un détour par d'autres domaines, à l'exemple de Vaihinger qui mettait déjà de l'avant cette possibilité en travaillant sur le *fictionnalisme* dans diverses disciplines variées¹⁵⁸.

En outre, les réflexions de Latour au sujet des techniques semblent se situer entre les conceptions des techniques co-constructivistes et phénoménologiques, deux branches qui nous apparaissent davantage fructueuses que celle de l'*instrumentalisme* pour penser notre rapport aux techniques. Ainsi, pour explorer les fictions juridiques, les méthodes et concepts de Latour permettent d'apprécier les objets pris pour acquis que nous utilisons ou avec lesquels nous vivons banalement mais qui auparavant, ont fait l'objet de réflexions et d'assemblages avant d'atteindre un caractère stable. C'est donc pour prendre 'au pied de la lettre' la caractérisation des fictions juridiques comme des instruments que nous mobiliserons les contributions de l'ANT qui dément cette conception instrumentale des techniques.

¹⁵⁸ Lind, *supra* note 92 à la p 36.

CHAPITRE III

LES « FICTIONS-JURIDIQUES-EN-RÉSEAUX »

Le but de ce chapitre est de présenter une alternative à la conception instrumentale des fictions juridiques à l'aide de concepts issus de l'ANT. Cette méthode a surtout été développée pour les objets scientifiques et les techniques; ce qui en fait un choix de prédilection pour une technique juridique. Nous nous appuierons principalement sur les écrits de Bruno Latour pour décrire les concepts clés de l'ANT puisque cet auteur fait partie des initiateurs majeurs de cette méthode. La méthode de l'ANT est associée au constructivisme social et technique ainsi qu'à la phénoménologie des techniques qui sont deux cadres d'analyse politiquement fructueux pour étudier les techniques (juridiques), contrairement à l'*instrumentalisme* des techniques. En effet, l'ANT met de l'avant la dimension construite des techniques ainsi que leur imbrication aux humains pour concevoir différemment notre rapport aux techniques. Nous illustrerons le potentiel des concepts phares de l'ANT, à savoir les concepts d'*actant*, d'*association* et de *boîte noire* afin d'ouvrir le champ des questions classiquement posé à l'égard des fictions juridiques.

4.1 Introduction

Le but de ce chapitre est d'esquisser une nouvelle compréhension de la fiction juridique en s'appuyant sur des concepts provenant de l'ANT pour s'extirper d'une analyse instrumentale de cette technique juridique. Nous explorerons l'ANT à partir des travaux de Bruno Latour, l'un des initiateurs majeurs de cette méthode. Ce choix s'explique pour deux raisons. D'une part, la position théorique de Latour au travers de l'ANT va à l'encontre de l'*instrumentalisme* des techniques en se situant à la croisée de deux conceptions des techniques davantage intéressantes que sont les approches constructivistes et phénoménologiques. D'autre part, cet auteur a rarement été mobilisé dans les sciences juridiques¹⁵⁹. L'hypothèse est que la mobilisation de l'ANT pourrait déstructurer les questions et les compréhensions classiques du débat sur les fictions juridiques qui se cantonnent à analyser la fiction juridique comme un instrument à usage créatif ou à usage dangereux. Dans la lignée de Riles et de Samek, nous souhaitons sortir d'une analyse instrumentale des fictions juridiques. Ainsi, les concepts mobilisés, l'*actant* ainsi que l'*association* et celui de *boîte noire* – que nous détaillerons ci-après – constituent nos trois temps pour appréhender les fictions-juridiques-en-réseaux.

Ce chapitre se limite à esquisser une discussion entre l'ANT et les fictions juridiques. Il ne s'agit donc pas d'une étude de cas de fiction juridique, ni d'une application de cette méthode basée à partir d'observations empiriques des fictions juridiques¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Kyle McGee, « Introduction » dans Kyle McGee, dir, *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh University Press, 2015 à la p 1.

¹⁶⁰ Ce qui est par la même occasion une sorte de paradoxe dans la mesure où l'acteur-réseaux est précisément une méthode qui sert à observer des études de cas précises et vise moins à tirer des

L'objectif est de souligner le potentiel de cette méthode afin de renouveler notre compréhension des fictions juridiques, de leur fondement, de leur nature et de leur place dans le droit. Comme il s'agit d'une étude exploratoire, les concepts de Latour risquent de ne pas être parfaitement transposables. Cependant, ces limites justifient également notre exploration puisqu'il est question de voir dans quelle mesure les concepts de l'ANT pourraient nous inspirer à apprêhender différemment la technique des fictions juridiques autrement que comme un instrument.

Pour ce faire, nous situerons la méthode de l'ANT en nous appuyant sur les écrits de Latour dans les études philosophiques et sociologiques des techniques. Nous présenterons aussi brièvement comment les écrits de Latour ont été mobilisés en sciences juridiques. Ensuite, nous présenterons les trois concepts clés de l'ANT, *l'actant*, *l'association*, la *boîte noire*, pour étudier après comment chacun d'entre eux s'applique aux fictions juridiques. Ces concepts permettent plusieurs développements originaux. D'abord, la fiction juridique est vue comme une entité pleine d'agentivité qui n'est pas maniable en fonction des buts d'un autre agent qui serait à lui seul le sujet – ce qui brouille la relation du moyen pour une fin et permet de redonner du pouvoir aux capacités d'action possible des fictions juridiques. Puis, il est question d'observer comment des agentivités produisent des actions ensemble en s'associant et de noter que leur imbrication est indispensable à la réalisation de ces actions. Cela permet d'analyser des actions entre agentivités plutôt que d'analyser des agentivités seules comme étant utiles ou dangereuses de prime abord. Enfin, nous aborderons la question temporelle de ces associations, lorsque le réseau dans lequel s'articule et se fait articuler une fiction

généralités. Voir Ron Levi et Mariana Valverde, « Studying Law by Association: Bruno Latour Goes to the Conseil D'État » (2008) 33:3 L & Soc Inquiry à la p 808.

juridique est stabilisé dans le temps au point de se faire en sorte que la fiction juridique devient banale. Ce dernier point vise à appréhender différemment le danger qui est la propension des fictions, en tant que construction fausse, à se faire oublier.

4.2 L'acteur-réseau en tant qu'alternative à l'*instrumentalisme*

Il existe différentes manières de penser notre rapport aux techniques. L'*instrumentalisme* des techniques est la conception la plus courante. Comme nous l'avons souligné dans le chapitre I, cette conception fait que l'analyse des techniques se cantonne à les penser en termes de moyens pour une fin. Toutefois, cette conception est remise en question par la philosophie et la sociologie des techniques. Ces dernières se penchent particulièrement sur la nature de la technique en tant qu'objet ainsi que sur son rapport à la société¹⁶¹. Ces trois conceptions, instrumentale, sociologique et phénoménologique, s'accordent sur le fait que les techniques font partie intégrante du quotidien au point d'en être indispensables. Toutefois ces trois conceptions divergent au sujet des implications sociales et politiques des techniques¹⁶². La sociologie des techniques porte attention aux dimensions construites de nature sociopolitique des techniques, tandis que la phénoménologie porte attention au vécu quotidien et imbriqué qui mêle ce qui est de l'ordre du social et ce qui est de l'ordre du technique au point où la distinction entre ces deux dimensions est vaine. Ce spectre d'analyse des techniques nous intéresse car nous situons l'ANT entre ces deux pôles qui contestent l'*instrumentalisme*. L'ANT prend en considération la dimension constructiviste des

¹⁶¹ Introna, *supra* note 32.

¹⁶² *Ibid.*

techniques induite par la sociologie sans pour autant distinguer le social du technique à l'exemple de la phénoménologie.

D'abord, l'ANT suggère, tout comme la conception co-constructiviste des techniques, que les techniques sont le résultat de processus et pratiques complexes qui influencent leur conception, leur développement et leur utilisation. En mettant l'emphase sur la contingence sociale des techniques, il est sous-entendu que certaines alternatives possibles sont écartées au détriment d'autres; et que ces choix comportent des implications normatives, politiques et sociales¹⁶³. Contrairement à la représentation instrumentale des techniques, celles-ci ne sont plus considérées comme de simples moyens intermédiaires entre l'humain et l'objectif à atteindre¹⁶⁴. Par exemple, le vélo tel que l'on connaît principalement aujourd'hui, c'est-à-dire avec deux roues de tailles similaires, est le résultat d'un processus contingent où cette version est apparue plus viable car plus stable que celle avec une grande roue à l'avant et une petite à l'arrière, plus rapide mais moins stable. Pourtant les deux ont historiquement coexisté, mais une version s'est imposée au détriment de l'autre pour des raisons de stabilité et de respect des règles de sécurité en vigueur. Ce qui démontre le conditionnement des techniques par la société et vice versa. Cette forme de vélo influence par ailleurs désormais la manière de penser la sécurité routière et influencerait celle-ci différemment avec une autre forme¹⁶⁵.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Andrew Feenberg, « Vers une théorie critique de l'internet » (2014) 8:1-2 tics&société 42.

Ensuite, l'ANT s'inspire de la conception phénoménologique des techniques en portant attention au processus de médiation¹⁶⁶ entre la technique et la société qui ne sont pas considérées comme distinctes. La technique et la société sont pensées dans leur imbrication et se co-constituent d'emblée: « *they are each other's ongoing condition or possibility for being what they are* »¹⁶⁷. Les objets techniques émergent en tant que tels parce qu'il existe une attitude ‘technique’ envers le monde qui nous précéderait¹⁶⁸. Donc, si l'on conçoit qu'une façon de communiquer est problématique en étant par exemple impossible en cas de déplacement loin de son téléphone fixe, on va être amené à résoudre ce problème par de la technique. Cette attitude technique amène donc à la création du téléphone sans fil. Ensuite, une fois cette solution en place, elle aura un effet cadrant sur notre façon d'être; ce qui se traduira dans le cas du téléphone sans fil comme le fait d'être potentiellement joignable en tout temps¹⁶⁹. Il en ressort que la conception phénoménologique des techniques implique un brouillage des frontières de ce que serait la catégorie technique et de ce que serait la catégorie société pour considérer leurs co-constitutives.

¹⁶⁶ Dans ce contexte, la médiation correspond à l'imbrication de la technique et de l'humain, à un espace de partage entre deux entités qui finissent par s'imbriquer pour en former une seule. Pour l'ANT, la médiation est un concept qui vise à rendre compte de cette dépendance mutuelle entre l'humain et la technique pour analyser la manière dont l'existence humaine est imbriquée avec ce qui est technique. Ce n'est donc pas seulement une influence entre deux entités, entre l'humain et la technique, mais davantage la création d'une combinaison entre l'humain et la technique. Il n'y a pas de séparation entre un humain qui tient une arme à feu. Cette action est comprise comme l'imbrication d'un humain-qui-tient-une-arme-à-feu-dans-ses-mains pour mettre l'emphase sur l'hybride techno-humain. Ce point sera davantage détaillé concernant le concept d'*association* dans la section 1.4.2.

¹⁶⁷ Introna, *supra* note 32.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Par exemple, cette communication amplifiée est notamment devenu un problème dans le cadre des relations de travail avec l'enjeu du droit à la déconnexion où les relations de travail s'adaptent à ce que l'employé·e est en tout joignable.

En résumé de ces deux conceptions, il y a cette idée de co-construction de l'humain et de la technique en plus de constituer un cadre de compréhension et d'actions possibles¹⁷⁰. La conception phénoménologique penche pour une vision imbriquée et inséparable entre la technique et la société, tandis que la conception constructiviste penche pour une technique et une société comme deux entités distinctes mais qui s'influencent. Nous situons Latour à la jonction de ces deux conceptions en ce que l'ANT constitue une méthode socio-techno-constructiviste pour comprendre le monde; et à la fois une réflexion sur l'imbrication entre les techniques et les humains¹⁷¹.

4.3 La mobilisation de l'ANT en sciences juridiques

La réception de Latour et de l'ANT en sciences juridiques a commencé suite à la publication de son ouvrage *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*¹⁷². Cet ouvrage s'intéresse au droit en tant que réseau d'humains et de non-humains au

¹⁷⁰ Introna, *supra* note 32.

¹⁷¹ Cette position à la jonction de ces deux perspectives a des implications puisque l'ANT puise et se détache de certaines prémisses dans les deux conceptions. Par rapport à la conception phénoménologique, l'ANT traite des subjectivités différemment en prônant un fort anti-subjectivisme. Cet anti-subjectivisme dans la méthode de l'ANT la rapproche d'un positivisme scientifique, en ce qu'il nie la nécessaire part de subjectivité dans les analyses et dans les productions scientifiques. Cela explique la réticence des études critiques qui se définissent à l'encontre de ce positivisme en mettant l'accent sur l'inévitabilité du chercheur·e situé·e dans la production scientifique. C'est également ce qui fait en sorte que la méthode de l'ANT est critiquée pour son externalisme dans la mesure où cette méthode ne permet de prendre en considération ces éléments dits interne de compréhension. Voir Erika Goble, « Beyond Human Subjectivity and Back to the Things Themselves: Jane Bennett's Vibrant Matter » (2017) 11:2 Phenomenology & Practice 70 ; Flores Morador, Fernando, « Postphenomenology vs Postpositivism: Don Ihde vs Bruno Latour » Broken Technologies, a postphenomenological approach to anthropology and social sciences, présentée à l'Université de Lund (Suède), octobre 2014 [non publiée], en ligne : < dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526672> et Johan Söderberg, « The Genealogy of “Empirical Post-structuralist” STS, Retold in Two Conjunctures: The Legacy of Hegel and Althusser » (2017) 26:2 Sci as Culture 185.

¹⁷² Bruno Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004 [Latour, *La fabrique du droit*].

sein du Conseil d'État en France, qui est la plus haute cour en droit administratif. La contribution de l'ouvrage est présentée dans son aspect global comme un renouvellement des études en droit et sociétés jusqu'alors basées principalement sur un dialogue entre le droit et la sociologie classique dans une perspective anthropocentrée refusant le non-humain dans l'analyse¹⁷³.

Cet ouvrage a donné lieu à des prolongements en sciences juridiques qui ont visé à faire ressortir l'aspect non-humain, entendu comme matériel, à l'intérieur des institutions juridiques classiques comme les palais de justice, les bureaux d'avocat·e·s ou les organisations internationales des droits humains¹⁷⁴. Cet aspect non-humain s'est traduit par une attention aux documents juridiques qui bien que banals font partie de la vie du droit, contrairement à d'autres milieux qui reposent moins sur le papier et les archives. Il s'agit en quelque sorte de porter attention à la facette bureaucratique du droit en réduisant la préséance des aspects organisationnels et du travail humain pour faire ressortir ce sur quoi ce réseau s'articule : les non-humains, comme les papiers, à la base de la pratique juridique.

Cet aspect non-humain s'est par ailleurs vu complété par des études ayant lieu cette fois-ci en dehors des institutions juridiques comme dans la rue ou bien dans les objets du quotidien¹⁷⁵. Par exemple, les ralentisseurs de vitesse pour voiture ou bien de la

¹⁷³ Levi et Valverde, *supra* note 160 aux pp 805-806.

¹⁷⁴ Hyo Yoon Kang, « Law's Materiality: Between Concrete Matters and Abstract Forms, or How Matter Becomes Material » dans Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, dir, *Routledge Handbook of Law and Theory*, Routledge Handbooks, Routledge, London à la p 461.

¹⁷⁵ Voir notamment Annelise Riles, *Documents. Artifacts of Modern Knowledge*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2006; Cornelia, Vismann, *Files: Law and Media Technology*, Stanford, Stanford University Press, 2008; Hyo Yoon Kang, « Patents as Assets: Intellectual Property Rights as Market

légalité dans le processus de création d'une automobile ont fait l'objet d'étude juridique. Ce pan vise donc à rendre compte du droit en tant que présence environnante, du *lawscape*¹⁷⁶, au-delà de la présence humaine.

En résumé, ces contributions mettent de l'avant ce qu'il y a de technique et de non-humain à l'intérieur et à l'extérieur des institutions juridiques à l'aide de la méthode de l'ANT¹⁷⁷. De notre côté, nous souhaitons également nous appuyer sur l'ANT pour explorer le droit mais en nous concentrant sur une technique qui est celle de la fiction juridique. Non seulement cet aspect a été peu traité dans le corpus latourien en droit mais en plus la fiction juridique en tant que technique se prête particulièrement bien à la méthode de l'ANT¹⁷⁸. L'ANT s'extirpe de l'*instrumentalisme* dans sa conception

Subjects and Objects » dans Kean Birch et Fabian Muniesa, dir., *Assetization: Turning Things into Assets in Technoscientific Capitalism*, MIT Press, Cambridge, 2020, 45; 4 Sara Kendall, « Archiving Victimhood: Practices of Inscription in International Criminal Law » dans Stewart Motha et Honni van Rijswijk, dir., *Law, Violence, Memory: Uncovering the Counter-Archive*, London, Routledge, 2015, 156; Patricia Tuit, « Legal Practice and Modes of Dying: Bruno Latour, Technology and the Critical Legal Instance » (2005) 16 L Crit 113.

¹⁷⁶ Daniel Matthews et Scott Veitch, « The Limits of Critique and the Forces of Law » (2016) 27:3 L Crit à la p 355. Le terme *lawscape* fait référence au terme anglophone *landscape* (paysage). Voir Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, *Spatial justice: body, lawscape, atmosphere*, Space, materiality and the normative, Abingdon, Routledge, 2015.

¹⁷⁷ Susan Silbey et Ayn Cacicchin, « The common Place of Law, Transforming Matters of Concern into the Objects of Everyday Life » dans Bruno Latour et Peter Weibel, dir., *Making Things Public: Atmospheres of Democracy*, Cambridge, MIT Press, 556 ; Kyle McGee, « The Fragile Force of Law: Mediation, Stratification, and Law's Material Life » (2015) 11:3 L Cult & Humanities à la p 479 ; Kyle McGee, « On Devices and Logics of Legal Sense: Toward Socio-technical Legal Analysis » dans McGee, *supra* note 159 à la p 61; Matthews et Veitch, *supra* note 176 à la p 355.

¹⁷⁸ Voir Mariana Valverde et Adriel Weaver, « 'The Crown Wears Many Hats': Canadian Aboriginal Law and the Black-boxing of Empire » dans McGee, *supra* note 159 à la p 93; Alain Pottage, « Law after Anthropology: Object and Technique in Roman Law » (2014) 31:2-3 Theory, Cult & Soc'y 147 ; Faith Barter, « Bartleby, Barbarians and the Legality of Literature » dans McGee, *supra* note 159 à la p 304.

des techniques et ce faisant, permet également de faire intervenir dans le débat de la fiction juridique une tout autre perspective à son égard.

4.4 L'acteur-réseaux pour les fictions juridiques

Cette partie vise à esquisser une perspective différente aux fictions juridiques à l'aide de concepts de l'ANT qui correspondent à des enjeux soulevés dans le débat en sciences juridiques. Plus précisément, notre hypothèse est qu'à la lumière des arguments ayant soit mis de l'avant la qualité heuristique de l'instrument des fictions soit les risques liés à leur utilisation, les concepts d'*actant*, d'*association* et de *boîte noire* permettent de réfléchir différemment aux fictions juridiques. Le premier concept insiste sur l'annulation de la dichotomie entre sujet et objet utilisé pour situer ces deux éléments sur un même plan d'égalité : cette mise à pied s'illustre au niveau du vocabulaire par le terme d'*actant*. L'*actant* est un terme issu de la sémiologie qui vise à prendre tout ce qui a une influence dans le cours d'une action, indépendamment de sa nature¹⁷⁹. Le concept d'*association* vise à comprendre des situations en portant attention à l'imbrication contingente de plusieurs actants. Il est sous-entendu qu'un actant seul et statique n'a pas le monopole dans la direction des situations, seules les associations permettent le déroulement d'une action dans laquelle chaque actant y prend part de manière constitutive. Le dernier concept, la *boîte noire*, renvoie aux situations où les associations d'actants se sont stabilisées au point de se faire oublier.

¹⁷⁹ Latour, « Mediation », *supra* 25 à la p 33.

Ces concepts sont donc mobilisés pour briser la relation du moyen pour une fin accolée aux fictions juridiques.

La volonté de sortir de cette analyse instrumentale des fictions juridiques qui maintient l'idée que les techniques (juridiques) ne sont qu'une question de maîtrise s'explique en raison des ramifications politiques de l'*instrumentalisme* qui, à notre avis, se traduisent par une politique de la domination et de l'exploitation. La méthode de l'ANT remet justement en question cette relation instrumentale aux techniques comme objet inerte. Au contraire, les techniques deviennent des sujets actifs en redonnant place aux 'associé·e·s' qui sont tout aussi important·e·s. Cette méthode s'attèle également à déceler l'omniprésence de ces associé·e·s techniques qui ont tendance à s'installer durablement en se faisant oublier.

Le but avec ces concepts est de ne plus concevoir les fictions comme des instruments, comme de simples moyens à utiliser, et de ne plus les évaluer de manière constante mais plutôt contingente. Il s'agit donc de s'ouvrir aux entités agentives, à leur association, et à leur poids dans le temps. Pour les fictions juridiques, il en résulte qu'elles ne sont plus délaissées au rang d'objet mais pour désormais posséder une agentivité. Ce premier changement de perspective permet dès lors d'observer le poids constitutif de tous les actants associé à d'autres actants dans le cours d'une action. Ce deuxième changement de perspective qui porte sur les associations amène à ne plus analyser les fictions juridiques en fonction de leur utilisation mais plutôt en fonction de ce à quoi elles s'associent et vice versa. Enfin, cette attention au dynamisme des associations permet de prendre en considération celles-ci lorsqu'elles se stabilisent afin de comprendre ce qui amène à un statu quo. Ces concepts visent donc à rompre la

perspective instrumentale des techniques pour plutôt penser les fictions juridiques en réseau.

4.4.1 Les fictions juridiques comme actants

Le premier changement de perspective à effectuer avec l'ANT est de concevoir les techniques comme des actants. Ce changement de perspective vaut pour toutes les entités qui ont ou ont eu un poids dans le déroulement d'une action et ce, peu importe leur nature. Le terme ‘actant’ illustre et pointe le regard sur la capacité d’action au détriment de la ‘nature’ de l’agent qui peut être humain ou non-humain. ‘Actant’ désigne donc n’importe quelle entité qui performerait ou aurait (eu) un impact dans le déroulement d'une action¹⁸⁰. Ce concept permet ainsi de comprendre tout type de situations étudiées, indépendamment des formes d’actants (individus, bactéries, collectifs, idées, symboles, humains ou non-humains) et se veut applicable largement pour prendre en considération ces diverses formes d’agentivité¹⁸¹.

Le terme ‘actant’ permet également de mettre à plat les entités étudiées, sans donner préséance aux intentions humaines – qui demeurent l’étonnant dans l’étude du social. Pour étudier la place des techniques sans les reléguer au rang de rôle secondaire, l’ANT débute par cette prémissse de mise à plat¹⁸². Ce préalable à l’étude d’une action

¹⁸⁰ Pour expliciter cette idée, Latour fait référence au conte où l'action du héros, tout d'un coup et par magie, peut prendre une autre tournure et faire basculer l'histoire quand une baguette magique, un elfe, ou un cheval survient. L'idée de ce basculement est la même pour comprendre le terme d'actant, qui comme dans les contes, peuvent prendre n'importe quelle forme, jouer différents rôles d'une histoire à l'autre et avoir différents objectifs, fonctions et capacités d'actions. Voir Latour, « Mediation », *supra* 25 à la p 33.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid* à la p 36.

quelconque se désigne plus précisément comme étant le principe de symétrie¹⁸³. En ne donnant préséance à aucun actant *a priori*, elle permet surtout d'abandonner la distinction sujet-objet, distinction qui selon Latour empêche de comprendre la société ainsi que l'imbrication existentielle du social et des techniques¹⁸⁴. Grâce à cette symétrie analytique dans l'ANT, il devient possible de redistribuer les responsabilités aux techniques mais aussi à tout ce qui ne s'insère pas dans la figure privilégiée de l'humain comme sujet. Les actants non-humains peuvent se penser en fonction de leurs scripts. Cette idée réfère aux scénarios de cinéma où les techniques sont comme des scripts et circonscrivent nos possibilités et nous façonnent autant que ces scripts ont été façonnés. Les scripts définissent « un espace, des rôles, et des règles d'interaction entre les différents acteurs (humains et non-humains) qui viendront incarner ces rôles [...]: dans cette optique, toute décision prise en cours de conception opère un partage des compétences et des attributions entre l'objet, son utilisateur, et un ensemble de dispositifs techniques et sociaux qui constitue leur environnement »¹⁸⁵. Cela vise également à briser l'idée de sujet qui maîtrise et qui domine en fonction de sa volonté les objets rendus passifs et neutres pour une fin comme la conception instrumentale des techniques le sous-entends.

Pour les fictions juridiques, l'ANT amène à les considérer comme des actants au même titre qu'un·e juge ou un·e avocat·e. Ces derniers peuvent composer avec les fictions juridiques au même titre que les fictions juridiques composent avec eux et elles. Cela

¹⁸³ *Ibid* à la p 35. Cette mise à plat n'existe pas – dans la mesure où tout n'est pas symétrique dans le monde – elle est une prémissse analytique.

¹⁸⁴ Gérard de Vries, *Bruno Latour, une introduction*, Paris, La Découverte, 2018.

¹⁸⁵ Madeleine Akrich, « De la sociologie des techniques à une sociologie des usages. L'impossible intégration du magnétoscope dans les réseaux câblés de première génération » (1991) 16 Techniques & Cult Rev semestrielle d'anthropologie des techniques à la p 3.

vaut également pour des non-humains. Une théorie du droit, des décisions juridiques, une constitution et des tribunaux sont aussi des actants qui peuvent composer avec les fictions juridiques et inversement. La matrice s'applique à toute forme d'actant dans la mesure où il s'agit de prendre en considération les entités qui ont un poids dans le déroulement d'une action. La fiction juridique devrait faire l'objet d'étude en tant qu'agent en soi et non comme étant un intermédiaire.

Précédemment, nous avons vu que les fictions juridiques sont souvent présentées en droit comme des instruments soit heuristiques, soit opacifiants. Cette qualité, heuristique ou opacifiante, est déterminée en fonction des usages qui sont faits de la technique de la fiction juridique. Parfois il est question d'argumenter pour remplacer le moyen par un autre moyen. L'exemple de Bentham au sujet du contrat social reposant sur une fiction juridique au lieu de reposer sur le principe d'utilité est un exemple de cette manière d'analyser les fictions comme des instruments. Or, ce que l'ANT nous apprend est qu'il y a seulement des actants avec du potentiel et pas un instrument jugé opacifiant ou heuristique. L'ANT met l'emphase sur la vie de ces techniques juridiques en leur redonnant une importance en soi. À ce titre, les écrits de Samek et de Riles illustrent cette attention au sujet de la fiction juridique. Lorsque Samek avance que les fictions juridiques sont similaires aux paradigmes scientifiques, l'auteur met de l'avant la vie et la mort des idées ou des fictions juridiques dans leur propension à cadrer la pratique et la pensée juridique. Riles fait valoir également en ce sens la fiction juridique comme un dispositif qui passe de main en main dans les divers actants juridiques en mettant en lumière que les fictions juridiques sont plus que des instruments.

Les fictions juridiques comportent des scripts. C'est ce que Riles démontrait à l'aide de la doctrine de *Implied Warranty of Habitability*¹⁸⁶. Cette mise à plat analytique est intéressante pour donner de l'importance aux fictions juridiques comme agent ayant la capacité d'orienter le cours d'une action. Passant au rôle principal, on peut observer comment les fictions juridiques et autres actants s'articulent, d'où illes tirent leurs forces et comment un statu quo se met en place. Pour la doctrine de *Implied Warranty of Habitability* que Riles met de l'avant, il serait donc intéressant de voir en détail comment une décision favorable aux locataires se construit, réussit à être imposée contre d'autres avis – comment s'est construite cette fiction juridique qui fait en sorte que les propriétaires ont l'obligation implicite de maintenir les lieux de location sains – de savoir ce qui a permis l'émergence d'une telle fiction et sa pérennisation. Il s'agit d'observer aussi les non-humains et les humains qui agissent de concert ou en opposition avec cet actant, la fiction juridique – tant d'un point de vue local que global. Et cela permet d'observer la recette du succès d'une fiction juridique ainsi que la recette de son échec ou de sa mise à l'écart.

Ainsi l'ANT rehausse la place des fictions juridiques et met de l'avant leur potentiel d'agentivité avec cette idée de script qui conditionne les actions où la fiction juridique est mobilisée. Cette notion d'actant pour la fiction juridique amène donc à ne plus centrer l'analyse sur la fiction comme un objet à disposition. Rehausser l'importance *a priori* des actants s'accompagne aussi d'une prise en considération de la multitude de ces actants. Les fictions juridiques sont certes vues comme des scripts mais ces scripts s'activent et peuvent changer en fonction des actants autour desquels et avec lesquels

¹⁸⁶ Voir chapitre 2 section 2.2.3.

la fiction juridique s'associe. Ce premier concept vise surtout à préparer une analyse des associations.

4.4.2 Observer les associations des actants

Après avoir rehaussé, ou aplani, tous les actants – il s'agit dans cette partie de découper et d'observer leurs interactions. On passe donc d'une perspective instrumentale où l'humain utilise une technique à une perspective associative où l'humain et la technique s'associent ensemble. On observe alors dans cette partie la notion d'*association*.

Pour illustrer ce concept, nous présenterons l'illustration que nous donne Latour à ce sujet pour ensuite la transposer aux fictions juridiques. Latour donne l'exemple du débat sur la vente libre d'armement et les violences par armes à feu. Cette illustration est là pour rendre compte de la place de la technique dans la selon l'ANT. Dans le débat sur la vente libre d'armement, il y a *grossost modo* deux positions principales qui se répondent : d'un côté, l'argument qui met l'emphase sur l'importance des armes et de l'autre côté, l'argument qui met l'emphase sur l'importance des humains qui s'en servent. La position qui défend que les principales responsables dans les violences à armes à feu soient les armes et qui souhaite la régulation de celles-ci, Latour la renomme comme étant la position matérialiste. L'argument matérialiste met l'accent sur l'objet technique en soi dans la mesure où cet objet technique (l'arme) est dangereux en raison de ses qualités matérielles, au-delà des humains qui ont l'intention de les utiliser. Donc même si une personne bien intentionnée possède une arme, elle peut devenir dangereuse parce qu'elle possède un tel objet technique. La position qui défend que ce soit l'accès aux personnes mal intentionnées qu'il faille réguler (et non les armes en elles-mêmes), Latour la renomme comme étant la position sociologue.

L'argument sociologique met l'accent sur les personnes qui possèdent une arme. Si la personne qui possède une arme est une personne honnête qui respecte les règles, elle en fera une utilisation réfléchie contrairement à une personne mal intentionnée qui, si elle a pour objectif de tuer, finira par trouver un moyen indépendamment du fait qu'elle possède ou non une arme à feu.

Ce débat sur l'arme à feu traduit deux conceptions des techniques mettant l'accent soit sur le moyen en tant que tel, soit sur l'importance accordée aux intentions des personnes. Pour les matérialistes, la possession d'une arme à feu fait en sorte que la situation peut basculer au drame, et ce peu importe les intentions des personnes puisque l'arme rend possible l'action de tuer plus 'rapidement' que cela ne le serait avec un couteau. Ce qui importe est le moyen que vous possédez, moins qui vous êtes. Une personne énervée ou stressée ne tuera pas forcément avec ses mains mais pourrait y être amenée en tenant une arme à feu. Pour les sociologues, la possession d'une arme à feu rendrait l'action différente mais si l'objectif de la personne est de tuer, elle le ferait avec n'importe quels moyens à sa disposition : l'arme à feu n'est donc pas problématique en soi mais seulement un moyen, parmi d'autres, pour une fin. L'arme en soi n'est pas nécessaire et ferait juste transformer la manière dont la personne effectuera l'action de tuer. Ce qui importe n'est pas ce que vous possédez, mais qui vous êtes. Pour Latour, ce débat démontre quelles sont les grandes tendances principales qui empêchent d'étudier la place des techniques dans la société. Selon

l'auteur, cette dichotomie ne permet pas d'appréhender notre rapport aux techniques qui s'apparente à la socialisation des non-humains¹⁸⁷.

Pour appréhender les techniques, il faut changer de perspective. Premièrement, cela passe par considérer, comme nous l'avons vu précédemment, les techniques comme des agents (des actants) et non comme des objets, et encore moins comme des instruments qui attendent d'être utilisés. Il faut aussi dépasser cette fausse idée que l'humain est le seul type d'agent à posséder des intentions. Deuxièmement, et c'est l'objet de cette partie, il s'agit de prendre en considération l'association entre l'humain et la technique comme deux entités possédant *a priori* la même agentivité et dont les capacités d'actions sont mutuellement nécessaires à l'autre pour agir au point de se fondre entre elles pour réaliser une action. Voyons comment cela s'illustre pour la question de la vente libre d'armement. Ensuite, nous verrons quelles conclusions en tirer pour la technique des fictions juridiques.

Pour poser son regard sur l'association entre la personne et la technique, Latour invite à un découpage différent de l'action. Lorsque des violences avec des armes à feu sont commises, elles sont dues à l'émergence d'un troisième agent : l'association entre une personne et une arme, une personne-armée ou une arme-tenue-par-une-personne¹⁸⁸. On ne cherche plus à savoir si l'arme ou si l'humain est déterminant puisqu'il s'agit de l'imbrication des deux. En saisissant l'arme à feu, la personne enrôle ou est enrôlée par l'arme. Cette manière de rendre compte de ce qui se passe entre un humain et une arme à feu de manière symétrique vise à rendre compte de la prépondérance égale des

¹⁸⁷ Latour, « Mediation », *supra* 25 à la p 53.

¹⁸⁸ Enrôler s'entends comme le fait de faire entrer quelqu'un·e ou un objet dans une association.

humains et des non-humains. Les deux entités fusionnent et sont mutuellement nécessaires pour réaliser une action. C'est notamment ce qu'il nomme les hybrides pour briser les concepts analytiques qui créer cette distinction purifiée (étanche) mais fausse de l'humain, de la technique, de la nature, etc¹⁸⁹.

Selon Latour, l'action envisagée dès le début par la personne (argument sociologique) ou dès le début du fait des finalités de l'objet même (argument matérialiste), doit être plutôt observée comme donnant lieu à une troisième manière de voir l'action qui est possible seulement quand les deux agents fusionnent, dans la mesure où les deux ont des capacités différentes séparés mais qui en forment une troisième capacité quand ils s'associent.

L'association s'effectue par un détour, qui est ici à prendre comme un synonyme d'invention où un lien qui n'existe pas avant se crée et modifie les deux agents respectivement dans leur capacité d'action¹⁹⁰. L'agent humain souhaite prendre sa revanche, blesser et devenir plus imposant·e. L'arme à feu est créée et vendue en tant qu'objet d'autodéfense. Les deux ensemble donnent lieu à d'autres possibilités qui ne résident ni dans la capacité de l'agent humain seul ni dans celle de l'arme seule. L'agent humain avec une arme est différent que sans; l'arme posée sur une table est différente que quand elle se trouve dans les mains de l'humain¹⁹¹. Pour Latour, aucun agent, ni ses fonctions ou ses intentions ne sont fixés au préalable et tout se joue dans l'action entre associé·e·s. Cette transformation entre associé·e·s s'effectue de manière

¹⁸⁹ Latour, « Mediation », *supra* 25.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

symétrique : il n'y a plus de sujet ni d'objet; il n'y a pas de but ou de fonction préfixés tant pour les humains que pour les techniques¹⁹². Seulement des associations qui émergent, se font et se défont. La violence armée est le résultat d'une arme-tenue-par-une-personne ou bien d'une personne-armée.

Quelles conséquences pour les fictions juridiques ? D'abord, il faudrait conceptualiser les fictions juridiques comme des actants avec lesquels d'autres actants s'associent pour créer des hybrides. Ces associations d'hybrides avec des fictions juridiques constituent des capacités d'actions nouvelles, qui n'existeraient pas et qui ne pourraient pas s'expliquer sans prendre en considération la composition d'une nouvelle entité, composée d'actants associés. Donc, il n'y a plus de fictions juridiques créatives ou opacifiantes en soi (argument matérialiste), ni de fictions juridiques créatives ou opacifiantes dépendamment de qui et dans quels buts elles sont mobilisées (argument sociologique). Il est question de poser son regard sur l'actant dans son association avec d'autres actants et dans la création du lien qui n'existe pas avant entre la fiction juridique et un ou d'autres actants.

Prenons l'exemple de la fiction de la personnalité juridique. On a vu précédemment que Kelsen tenait la personnalité juridique, aussi bien celle de l'individu que de l'État, comme une réification d'un complexe de normes fait par le droit dans le but de mieux saisir cet objet. La personnalité juridique fait une abstraction, celle de l'individu ou de l'État, à l'aide de la fiction juridique de la personnalité juridique en faisant devenir une

¹⁹² La symétrie est le point de départ et non celui d'arrivé où cette prémissse permet de commencer une étude de cas selon ce principe pour ensuite, en l'analysant, devient possible d'interprétation en distribuant le poids des actants, la stabilité de certains et la fragilité ou le second plan de l'autre.

chose unitaire dans le but de mieux s'en saisir juridiquement. Donc il y a cette construction qui fait comme s'il y avait des sujets porteurs de droits et de devoirs, que ce soit l'individu ou l'État, pour que juridiquement le droit puisse s'en saisir, en faisant ainsi de ceux-là, entre autres, des sujets imputables. On a également vu que la fiction de la personnalité juridique est présentée dans le débat classique comme un instrument, c'est-à-dire comme un moyen de saisir le monde, dont l'utilisation est risquée, si cette abstraction qui 'fait comme si' était prise pour vraie ou devenait dogmatique au lieu de rester au statut de fiction. De la même manière qu'il peut exister une arme-tenue-par-une-personne ou inversement, il peut exister une personne-qui-possède-une-personnalité-juridiquement-fictive ou une personnalité-juridiquement-fictive-qui-possède-une-personne. Les actions possibles avec cette personnalité juridique ne sont pas les mêmes lorsque cette personnalité juridique n'est pas présente¹⁹³.

Avec le concept d'association, on peut réfléchir à comment cette fiction en tant qu'actant s'associe pour faire émerger des hybrides et orienter le cours d'une action. Construire des sujets en droit avec la technique de la personnalité juridique fait en sorte que ces sujets acquièrent le statut d'hybride, mêlant à la fois le biologique, le fictif et le juridique. Le sujet-personnalité-juridique est tellement présent qu'à force de faire comme si, de faire abstraction avec la fiction de la personnalité juridique pour la scène du droit, à travers les signatures, les papiers administratifs, on finit par prendre ces aspects juridiques et fictifs pour vraisemblables en ce la personnalité juridique devient constitutif et s'imbrique à l'idée de subjectivité. Le sujet-personnalité-juridique consacre 'l'unification du moi'¹⁹⁴ où la technique juridique prend part au même titre

¹⁹³ On peut penser ici aux sans-papiers ou aux rivières qui ne possèdent pas ce type de personnalité juridique.

¹⁹⁴ Pierre Bourdieu, « L'illusion biographique » (1986) 62:1 Actes Rech Sci Soc 69.

que des mécanismes sociaux à cette représentation de « l'expérience ordinaire de la vie comme unité et totalité »¹⁹⁵. Les effets de la technique juridique de la fiction sont notamment décrits par Bourdieu où le sujet mouvant se comprend et est compris juridiquement ainsi que socialement comme un point fixe¹⁹⁶. Contrairement à ce qu'avance Bourdieu, ce ne sont pas seulement des mécanismes sociaux mais bien aussi des mécanismes techniques, juridiques et fictifs, qui contribuent à ces formations-là. Ce qui mène à un sujet bricolé, à la fois corporel/biologique, en partie fictif et juridique (entre autres).

Ainsi, le droit veut réifier une réalité complexe pour s'en saisir en utilisant la technique de la fiction de la personnalité juridique et on en vient à faire comme s'il existait une subjectivité unifiée et cohérente d'un sujet. La fiction de la personnalité juridique finit par instituer ce comme si. La non-vérité de la fiction juridique finit par acquérir une forme d'autonomie qui comme le décrit Samek, contribue à faire oublier ce moyen pour devenir une fin en soi. La fiction juridique a un rôle beaucoup plus important que ne le laisse entendre sa conception instrumentale lorsqu'elle est imbriquée au droit et au sujet entre lesquels elle constitue un lien, une forme de relation particulière entre ces trois actants.

L'idée est de dire que si le droit s'était saisi d'une autre technique pour réifier le sujet, peut-être qu'il n'y aurait pas eu de personnalité juridique, peut-être que ces personnalités juridiques auraient pu être mouvantes ou partielles si cette fiction ne visait pas à fixer un ordre social intelligible juridiquement. La technique de la fiction

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

de la personnalité juridique n'est pas une technique devant être comprise comme un instrument, c'est une technique juridique qui influence d'une manière qui lui est propre la compréhension des objets ou sujets avec lesquels elle est accolée, imbriquée. Au point où la personnalité juridique se fond avec le corps auquel elle est associée, on pourrait dans ce cas parler d'exister juridiquement. Le certificat de naissance par exemple consacre rapidement cette existence à la fois physique et juridique.

4.4.3 La mise en boîte noire des fictions juridiques

Nous avons vu que les actants non-humains ont tout aussi préséance que les actants humains et les deux s'influencent respectivement dans leurs actions en s'associant. Ces actions sont donc le résultat d'associations et de l'imbrication des actants. Nous allons voir désormais le concept de *boîte noire* qui met en évidence la dimension temporelle des techniques. La *boîte noire* permet de mettre en lumière comment les techniques, une fois créée et utilisée, se font oublier dans la mesure où elles ne sont plus questionnées, car admises dans le quotidien. Tel l'exemple du vélo mentionné précédemment, quand le vélo avec deux roues de taille similaire s'est instauré au détriment d'une autre forme de vélo, ce choix n'est plus remis en question : on assiste non seulement à une normalisation d'un choix technique mais aussi à son oubli normatif. En sus, s'il y a d'autres choix techniques qui s'effectuent sur le vélo, on construit toujours à partir de ce même modèle avec deux roues de taille similaire. Le concept de boîte noire vise à rendre compte de ce phénomène et nous intéresse dans la mesure où il correspond à la seconde partie du débat sur les fictions juridiques qui met de l'avant les risques d'utilisation de la fiction juridique en fonction justement de sa

propension à se faire oublier¹⁹⁷. Or, si cet effet est considéré problématique dans le débat sur les fictions juridiques, il ne l'est pas pour autant pour la méthode de l'ANT au sein de laquelle il s'agit d'un phénomène régulier qu'on ne peut pas éradiquer mais que l'on doit plutôt décortiquer. Il est sous-entendu que si l'on admet le caractère inévitable des techniques, cela reviendrait à vouloir éviter l'humain ou la nature. Par contre, cela n'empêche pas de porter attention à ces boîtes noires, plus ou moins anciennes, qui interviennent substantivement dans le monde et parmi lesquelles nous vivons.

Le concept de boîte noire renvoie à « ce sur quoi on n'a plus à revenir ; ce dont le contenu est devenu indifférent »¹⁹⁸. Pour illustrer ce phénomène, Latour donne l'exemple du vidéoprojecteur suspendu dans une salle de classe. Le vidéoprojecteur est un élément qui s'inscrit et prends part au déroulement du cours, et ce, de manière silencieuse, banal, en ce qu'il est utilisé pour sa fonction de projeter quelque chose à l'écran. Le projecteur se fait discret, comme une table ou une chaise. Mais imaginons que le projecteur casse et en ce sens ne coopère plus à projeter: on se met à tou·te·s regarder le projecteur - on note sa présence - et le déroulement du cours prend une autre direction. En général, on réessaye de le faire fonctionner en appuyant sur divers boutons jusqu'à épuisement de toutes solutions possibles. À ce moment-là, on appelle un tecnicien·ne. Cette personne en ajustant la lentille, lampe et miroirs, constitués de divers matériaux, fait en sorte que l'on porte attention désormais aux microparties qui

¹⁹⁷ Voir 2.2.2.

¹⁹⁸ Michel Callon et Bruno Latour, « Le grand Léviathan s'apprivoise-t-il ? » dans Madeleine Akrich, dir, *Sociologie de la traduction : Textes fondateurs*, Sciences sociales, Paris, Presses des Mines, 2013 à la p 13.

constituent ensemble de l'objet qui permet de projeter¹⁹⁹. Ces microparties ont des fonctions différentes et jouent des rôles différents; elles sont à la fois autonomes et en symbiose (en association) avec d'autres éléments (actants) pour projeter sur un écran. Ces ‘poupées russes’ font réaliser que les multiples parties du projecteur ont-elles aussi une existence propre et forment également d'autres boîtes noires dans la boîte noire première qui est celle du projecteur. Les boîtes noires sont donc des objets techniques qui n'ont pas besoin d'être compris pour être utilisés. Il n'est pas nécessaire de savoir comment fonctionne le vidéoprojecteur pour l'utiliser ni de savoir comment ne fonctionnent sa télécommande, ni les piles et le circuit à l'intérieur, pour faire une utilisation de ces multiples boîtes noires. L'illustration démontre comment on passe d'un objet à une multitude de composites qui eux aussi sont le résultat d'associations, de plusieurs processus d'assemblage ayant mené progressivement à une stabilisation, à des boîtes noires.

Il s'agit donc de penser qu'au travers de ce qui nous apparaît être un objet, se cache non seulement de multiples autres objets mais aussi des agents humains qui ont contribué à la mise en place de ces objets, qui ont travaillé pour les construire et pour les maintenir en place ou les réparer. L'objet existe donc en réseau. Par exemple, il est difficile d'imaginer le nombre d'actants, humains et non-humains, qui sont intervenus, interviennent et interviendront dans la mise en place de nos téléphones et de toutes leurs composantes (clavier, écran tactile, carte mémoire, appareil photo, etc.). Le téléphone fonctionne aussi grâce aux humains et non-humains qui créent des logiciels et des applications jusqu'à ceux et celles qui sont disponibles au service après vente pour répondre à mon appel en cas d'un problème avec mon cellulaire. Le téléphone en

¹⁹⁹ Latour, « *Mediation* », *supra* 25 à la p 36.

réseau est aussi international au sens où ses matières premières comme ceux et celles qui travaillent à les extraire sont dans les mines en République démocratique du Congo²⁰⁰. Ce sont donc plusieurs réseaux qui s'entrecroisent lorsqu'on décide d'ouvrir une boîte noire, dans laquelle on retrouve d'autres boîtes noires et ainsi de suite.

Le concept de boîte noire qui vise à décortiquer les objets stabilisés qui se font oublier correspond bien aux fictions juridiques puisque cela fait à leur propension de se faire oublier. La *Grundnorm* constitue un cas de figure propice au développement du concept de la boîte noire en tant que fiction juridique stabilisée, oubliée et imbriquée dans divers objets juridiques et plus particulièrement au fondement de l'ordre juridique dans une tradition positiviste du droit. Ouvrir la boîte noire de la *Grundnorm* permet de mettre l'emphase sur comment elle est constituée et constituent de multiples actants qui sont en mouvement. Il n'y a pas de *Grundnorm* fixe à étudier : seulement des actants en association avec d'autres actants qui à un moment se sont stabilisés, puis ont perduré dans cette stabilisation au point de se faire oublier. Observer la *Grundnorm* dans une perspective de l'ANT, ne revient pas à aller chercher les racines de l'arbre²⁰¹, jugées problématiques ou non – peu importe : il s'agit de l'observer en réseau.

Plusieurs débats philosophiques remettent en question la technique de la *Grundnorm*²⁰², mais au niveau pratique ou dans l'apprentissage du droit, la *Grundnorm* ne fait pas débat. La *Grundnorm* est donc relativement stable et se fait oublier rapidement. La

²⁰⁰ Le coltan est métal utilisé dans la fabrication des condensateurs de divers équipement technologiques incluant le cellulaire.

²⁰¹ Lucia Santaella et Tarcisio Cardoso, « The baffling concept of technical mediation in Bruno Latour » (2015) 9:1 Matrizes 167.

²⁰² Duxbury, *supra* note 118 à la p 51; Accetti, *supra* note 117 à la p 181.

pyramide de Kelsen, sur laquelle repose la *Grundnorm*, est l'une des premières images diffusées dans un cours d'introduction au droit. Le but étant de faire comprendre la hiérarchie des normes à l'aide de cette pyramide. À aucun moment, un·e professeur·e de droit ne présente ce système de hiérarchisation des normes comme reposant sur une fiction juridique. La fiction juridique de la *Grundnorm* est admise au point que nous n'avons pas besoin de comprendre, à ce stade de parcours étudiant, la construction fictive et technique de cette norme. S'il y a des questions sur la construction de cette pyramide, il sera question de dire que ce modèle est une vue simplifiée du droit mais que cela résume le fonctionnement du droit. Si cela peut-être déroutant au début, une fois acquise, cette pyramide et plus précisément la norme fondamentale, ne se font pas remettre en question : on construit dessus. On construit un apprentissage à partir de cette fiction juridique. On pourrait faire l'analogie entre apprendre à se servir d'un logiciel sans comprendre son imbrication avec la construction d'un ordinateur sur lequel nous apprenons justement à nous servir d'un logiciel. C'est en ce sens que l'on peut qualifier de boîte noire la *Grundnorm* qui finit par faire oublier en tant qu'actant relativement stable.

L'ANT sous-entend que des concepts ou des statu quo se stabilisent dans la mesure où un réseau d'actants assez forts et relativement stables persiste. Cette appréhension de ce qui est contrairement à ce qui pourrait être s'illustre par l'étude de cas de Latour concernant le métro de Paris Aramis. Ce métro n'est jamais entré en fonction faute de soutien²⁰³. À l'opposé, la *Grundnorm* n'a toujours pas pris sa retraite, elle fait office

²⁰³ Bruno Latour, *Aramis ou l'amour des techniques*, Paris, La Découverte, 2003. Le métro Aramis est resté au statut de projet sans jamais être mis en marche à Paris dans les années 1970-1980. Cette étude de cas historique effectué par Latour s'inscrit dans une sociologie de l'innovation guidée par un principe de relativisme où on suit l'histoire de ce métro qui ne s'est jamais concrétisé mais qui aurai pû pour

dira-t-on de professeur·e émérite. La *Grundnorm* est soutenue par un réseau d'humains et de non-humains. Cette fiction juridique s'est immiscée dans les livres de droit, dans les décisions rendues par les Cours, dans notre compréhension du droit en pratique en pensant la hiérarchie des normes, etc. Toutefois, on peut dire que la *Grundnorm* reste stable relativement dans la mesure où elle est remise en question par des spécialistes en théorie et fondement du droit. Cette boîte noire pourrait ressembler à un ordinateur, questionné par des spécialistes et utilisé par d'autres sans savoir comment elle fonctionne. En effet, cette norme fondamentale est le fruit d'une longue réflexion qui fait encore débat dans la littérature en sciences juridiques; mais elle reste utilisée malgré les spécialistes qui la remettent en question. Cette remise en question sophistiquée n'empêche que cette technique soit instaurée en droit. Ces débats ont une vie académique mais ne sont pas amenés dès le début d'un apprentissage en droit ou bien dans la pratique juridique. À la lumière du métro Aramis, on pourrait avancer que la *Grundnorm* pourrait perdre cette stabilité si elle perd son réseau de soutien, si ceux et celles qui la contestent réussissent à prendre davantage d'ampleur.

Finalement en termes d'analyse, observer la *Grundnorm* en phase avec son réseau permet de mettre l'emphase sur comment cette fiction juridique se meut et non de l'évaluer en fonction de son développement théorique qui s'intéresse surtout aux racines de la *Grundnorm*. L'ANT amène à suivre les actants « au moment où ils se frayent un chemin à travers les choses qu'ils ont dû ajouter aux compétences sociales

étudier ce qui fait la victoire ou l'échec d'un projet technique. Cet ouvrage est un exemple tant de sociologie relativiste que de l'analyse symétrique entre les actants humains et non-humains dans la non-réalisation de ce projet de métro. Pour une explication plus détaillée de la sociologie relativiste, voir Benjamin Matalon, « Sociologie de la science et relativisme » (1986) 4:3 Rev de synthèse 267.

de base afin de rendre plus durables des interactions constamment fluctuantes »²⁰⁴. Cette manière de concevoir l'analyse par exemple d'une technique juridique reviendrait à essayer de comprendre comment l'ordre social et technique se met en place, comment il se stabilise et non de prendre comme point de départ sa stabilité. Il y a une idée de dynamisme dans l'ANT qui permettrait de non seulement ouvrir une boîte noire, mais de voir comment celle-ci trouve sa force (ou la perd éventuellement ou ne s'associe jamais assez pour l'imposer). L'idée est de retrouver ou de suivre la recette d'un assemblage et donc de voir comment cette technique juridique sur laquelle repose le système juridique s'est réalisée et comment elle continue de se maintenir. Il est donc sous-entendu que la *Grundnorm* n'est pas à observer comme une cause (fondement rationnel ou infondé) pour expliquer des effets (la création d'une théorie de droit pure): les effets sont multiples et mouvants, tout comme les causes²⁰⁵. Le pouvoir d'après l'ANT est le résultant d'associations. Le pouvoir de la *Grundnorm* n'est pas dans la *Grundnorm* mais là où elle réussit à s'associer avec d'autres actants. Ainsi, ce qui pourrait être intéressant serait de suivre cette fiction juridique, indépendamment des lieux (juridique) où elle se trouve, indépendamment des actants (humains et non-humains) qui la transportent ou qui la mobilisent.

4.5 Conclusion

Nous avons que la méthode de l'ANT constitue une alternative à l'*instrumentalisme* pour observer les techniques et les fictions juridiques. Cette méthode à la croisée du constructivisme et de la phénoménologie des techniques permet de déplacer la focale

²⁰⁴ Bruno Latour, « Quelle action pour quels objets ? » (2007) Poche/Sci humaines et soc 91.

²⁰⁵ Santaella & Cardoso, *supra* note 201.

et de poser des questions et des analyses originales au sujet des fictions juridiques. Penser moins les fictions juridiques comme des instruments pour les penser en réseau permet d'imager plusieurs perspectives nouvelles pour actualiser le débat en sciences juridiques. L'ANT permet de leur donner plus d'importance dans l'analyse, en tant que technique juridique possédant une véritable agentivité et pas seulement soumise aux volontés humaines juridiques. En plus, il est question de penser leur imbrication, leur association, en ce que les fictions juridiques inertes n'influencent pas de la même manière lorsqu'elles sont mobilisées par d'autres actants. L'association permet de mettre l'emphase sur l'action, en ne la jugeant plus comme souhaitable ou non en raison de son essence de fiction juridique. Enfin, observer les fictions juridiques en tant que boîte noire permet de penser cette mise en boîte propre aux techniques qui fait en sorte que nous les oubliions au quotidien. Penser cet oubli ne revient pas à vouloir l'éradiquer mais plutôt à le décortiquer. Les actions construisent des boîtes noires et d'autres actions construisent à partir de ces mêmes boîtes noires qui font qu'elles passent inaperçues. Néanmoins, cela ne devrait pas être une raison pour questionner ces actants et/ou associations stabilisés.

CONCLUSION

Ce mémoire constitue une exploration de la fiction juridique avec la méthode de l'ANT pour esquisser ce à quoi une perspective en réseau de cette technique juridique donnerait. Cette exploration prenait pour point de départ la critique de la perspective instrumentale qui domine jusqu'alors la manière dont les fictions juridiques sont comprises. D'abord, nous avons exploré la conception instrumentale des techniques ainsi que les implications politiques de l'*instrumentalisme*. Il était question de problématiser l'*instrumentalisme* et la conception instrumentale des techniques pour faire émerger la politique sous-jacente d'un tel rapport au monde ainsi que les limites d'une telle perspective au sujet des techniques. L'*instrumentalisme* renvoie à cette logique responsable de la destruction de l'environnement tout comme de l'assujettissement des formes de vie humaines et non-humaines. Cette même logique transparaît concernant les techniques dans leur propension à être analysées comme des moyens pour une fin. Nous avons voulu expliciter ces ramifications politiques puisque le droit est souvent dépeint comme un instrument, soit de manière normative ou bien descriptive. L'idée était d'avancer que la notion d'instrument aussi anodine puisse-t-elle paraître s'est vue remettre en question par un corpus provenant de la philosophie et de la sociologie des techniques et nous avons souhaité amener ces questionnements dans le droit car il est souvent dépeint comme instrument. Une fois la problématique posée, la poursuite de cette recherche vise à esquisser un changement de perspective informée par la critique de la perspective instrumentale à l'aide de la méthode de l'ANT qui a principalement était initiée pour l'étude des techniques par Latour.

Cependant, avant de présenter cette méthode, nous avons proposé d'étudier la technique de la fiction juridique en tant que pierre de touche pour opérer ce changement de perspective. Il s'agissait donc de présenter le procédé qu'est celui de la fiction juridique pour ensuite démontrer comment la perspective instrumentale cadre les questions classiquement posées à l'égard de cette technique juridique en limitant son appréciation à l'utilisation de celle-ci. Les auteur·ice·s ayant contribué à l'étude de la fiction juridique selon une perspective instrumentale ont été situés de part et d'autre d'un spectre d'appréciation de la fiction pour le droit. D'un côté, il y avait ceux et celles qui valorisent le potentiel heuristique et de l'autre côté, ceux et celles qui mettent l'accent sur la dangerosité et le caractère opacifiant des fictions juridiques. Le but de cet exercice était de démontrer comment la conception instrumentale s'opère de manière dominante dans les fictions juridiques et comment cette compréhension binaire centrée sur l'usage des techniques est partielle. Ce constat est d'ailleurs partagé par deux auteur·ice·s à qui nous avons fait référence à la fin de ce chapitre afin d'introduire des écrits qui entament une critique de la perspective instrumentale et proposent des pistes de recherche alternatives pour les fictions juridiques. Ce dernier point permit d'entrevoir une ouverture quant à l'appréhension courante des fictions juridiques afin d'amorcer ensuite les potentiels apports de la méthode de l'ANT.

Enfin, à l'aide des écrits de Latour, nous avons esquissé ce à quoi ressemblerait une méthode pour l'étude des fictions juridiques en réseau. Nous avons introduit trois concepts issus de l'ANT soit *l'actant*, *l'association* et la *boîte noire* dans le but de proposer une esquisse de leurs portées pour la technique de la fiction juridique. Une première démonstration permet de ne plus concevoir celles-ci comme de simples objets inertes dont l'usage serait avantageux et désavantageux mais plutôt de les considérer comme des entités à part entières dans le but ensuite de mieux apprécier leurs

agentivités en tant qu'*actants*. Cette prémissse analytique visait à pouvoir mettre l'accent sur les interactions, les *associations*, entre les fictions juridiques et d'autres entités. Pour l'ANT, seulement les *associations d'actants* produisent des actions et non une entité seule. Il n'y a donc pas d'entité utile ou dommageable en soi, mais des assemblages à analyser. Cette seconde démonstration visait à rendre compte de l'importance des *associations* d'entités pour entrevoir en quoi cela pourrait être productif en droit. Enfin, il était question de mettre en avant le caractère pérenne des fictions juridiques, leur dimension temporelle, à l'exemple de celles que l'on ne questionne plus et qui pour autant continuent d'orienter le cours des choses. Le but était d'aborder la stabilisation d'un réseau dans lequel une fiction juridique s'articule et se fait articuler pour mettre l'accent sur l'aspect vécu au quotidien avec ces techniques juridiques ainsi que leur capacité à toujours orienter le cours des choses. Ce dernier point permet d'appréhender différemment le danger identifié par certain·e·s auteur·ice·s concernant la propension des fictions, en tant que construction fausse, à se faire oublier. La dernière partie visait donc à esquisser une compréhension alternative à cet objet juridique.

Ainsi, il s'agissait de complexifier l'idée que les techniques (juridiques) sont des moyens pour une fin pour s'en aller vers une appréhension plus dynamique et imbriquée de celles-ci. Le point de départ était de questionner ce sous-entendu du droit comme moyen pour une fin afin de réfléchir différemment à cet objet à l'aide d'un détour interdisciplinaire à l'aide de la méthode de l'ANT. Bien que cette méthode soit présentée comme un renouvellement de la sociologie classique car elle décentre le poids de ce qui est humain pour prendre en considération ce qui en est exclu, nous n'avons pas produit une analyse sociologique à proprement parler des fictions juridiques. C'est une des limites de cette recherche et cela pourrait être intéressant de

poursuivre en ce sens, c'est-à-dire de produire une analyse socio-technique en détail des façons dont vivent les fictions juridiques.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

- Bentham, Jeremy, *Fragment sur le gouvernement ; Manuel de sophismes politiques*, traduit par Jean-Pierre Cléro, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1996.
- Davis, Angela Y., *If they come in the morning: voices of resistance*, London, New York, Verso, 2016.
- Ferdinand, Malcom, *Une écologie décoloniale : penser l'écologie depuis le monde caribéen*, Anthropocène Seuil, Paris, Seuil, 2019.
- Foucault, Michel, *Il faut défendre la société : cours au Collège de France, 1975-1976*, Hautes études, Paris, Gallimard, Seuil, 1997.
- Fuller, Lon L., *Legal Fictions*, Stanford, California, Stanford University Press, 1967.
- Israël, Liora, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.
- Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, La pensée juridique, Paris, LGDJ, 2010.
- Lakoff, George et Mark Johnson, *Metaphors We Live By*, London, University of Chicago Press, 2003.
- Latour, Bruno, *Aramis ou l'amour des techniques*, Paris, La Découverte, 2003.
- Latour, Bruno, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.
- Latour, Bruno et Michel Biezunski, *La science en action : introduction à la sociologie des sciences*, Paris, La Découverte, 2005.
- Latour, Bruno, *Nous n'avons jamais été modernes : Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte, 2006.

- Latour, Bruno, *Pasteur : guerre et paix des microbes : Suivi de Irréductions*, Paris, La Découverte, 2011.
- Lind, Hans J., *Theorizing fictional discourse: Toward a reassessment of the fact-fiction dichotomy in legal theory and practice*, Routledge, 2020.
- Mbembe, Achille, *Politiques de l'inimitié*, La Découverte-poche, Paris, La Découverte, 2018.
- Miyazaki, Hirokazu, *The method of hope: anthropology, philosophy, and Fijian knowledge*, Stanford, California, Stanford University Press, 2004.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas, *Spatial justice: body, lawscape, atmosphere*, Space, materiality and the normative, Abingdon, Routledge, 2015.
- Riles, Annelise, *Documents. Artifacts of Modern Knowledge*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2006.
- Shelley, Mary Wollstonecraft, *Frankenstein ou Le Prométhée moderne*, traduit par Jean-Pierre Naugrette et Joe Ceurvorst, Classiques de poche, Paris, Librairie générale française, 2008.
- Singh, Julietta, *Unthinking mastery: dehumanism and decolonial entanglements*, Durham, Duke University Press, 2018.
- Vaihinger, Hans, *La philosophie du comme si*, traduit par Christophe Bouriau, Paris, Kimé, 2008.
- Vismann, Cornelia, *Files: Law and Media Technology*, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- Vries, Gérard de, *Bruno Latour, une introduction*, Paris, La Découverte, 2018.

DOCTRINE: ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

- Barter, Faith, « Bartleby, Barbarians and the Legality of Literature » dans Kyle McGee, dir, *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh University Press, 2015, 304.

- Bourg, Dominique, « Chapitre 4. Anthropocène, questions d’interprétation » dans Rémi Beau, dir, *Penser l’Anthropocène*, Paris, Presses de Sciences Po, 2018, 63.
- Callon, Michel et Bruno Latour, « Le grand Léviathan s’apprivoise-t-il ? » dans Madeleine Akrich, dir, *Sociologie de la traduction : Textes fondateurs*, Sciences sociales, Paris, Presses des Mines, 2013, 11.
- Chassagnard-Pinet, Sandrine, « La place des fictions dans le raisonnement juridique » dans Shahid Rahman et Juliele Maria Sievers, dirs, *Normes et fiction*, Cahiers de Logique et d’Épistémologies, London, College publications, 2011, 241.
- Delpuech, Thierry, Laurence Dumoulin et Claire de Galember, « Chapitre 8 - Droit et économie » dans *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014, 235.
- Heidegger, Martin, « La question de la technique » dans Martin Heidegger, *Essais et conférences*, Gallimard, Paris, 1953, 9.
- Kang, Hyo Yoon, « Law’s Materiality: Between Concrete Matters and Abstract Forms, or How Matter Becomes Material » dans Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, dir, *Routledge Handbook of Law and Theory*, London, Routledge, 2018, 453.
- Kang, Hyo Yoon, « Patents as Assets: Intellectual Property Rights as Market Subjects and Objects » dans Kean Birch et Fabian Muniesa, dirs, *Assetization: Turning Things into Assets in Technoscientific Capitalism*, MIT Press, Cambridge, 2020, 45.
- Kendall, Sara, « Archiving Victimhood: Practices of Inscripton in International Criminal Law » dans Stewart Motha et Honni van Rijswijk, dirs, *Law, Memory, Violence: Uncovering the Counter-Archive*, Routledge, 2016, 156.
- Kletzer, Christoph, « Kelsen on Vaihinger » dans Maksymilian Del Mar et William Twining, dirs, *Legal Fictions in Theory and Practice*, Law and Philosophy Library, Cham, Springer International Publishing, 2015, 23.
- McGee, Kyle, « Introduction » dans Kyle McGee, dir, *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh University Press, 2015, 1.

- McGee, Kyle, « On Devices and Logics of Legal Sense: Toward Socio-technical Legal Analysis » dans Kyle McGee, dir, *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh University Press, 2015, 61.
- Quinn, Michael, « Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective » dans William Twining et Maksymilian Del Mar, dirs, *Legal Fictions in Theory and Practice*, Law and Philosophy Library, Cham, Springer International Publishing, 2015, 55.
- Silbey, Susan S. et Ayn Cavicchi, « The Common Place of Law. Transforming Matters of Concern into the Objects of Everyday Life » dans *Making Things Public: Atmospheres of Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 2005, 556.
- Stengers, Isabelle, « Préface » dans *Le champignon de la fin du monde : sur la possibilité de vivre dans les ruines du capitalisme*, Paris, La Découverte, 2017.
- Stern, Simon, « Legal and Literary Fictions » dans Elizabeth Anker et Bernadette Meyler, dirs, *New Directions in Law and Literature*, Oxford University Press, 2017, 313.
- Thévenin, Pierre, « Fact as Law, An Archeology of Legal Realism » dans Clifford Ando et William P. Sullivan, dirs, *The Discovery of the Fact, Law and Society in the Ancient World*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 2020, 175.
- Valverde, Mariana et Adriel Weaver, « ‘The Crown Wears Many Hats’: Canadian Aboriginal Law and the Black-boxing of Empire » dans Kyle McGee, dir, *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh University Press, 2015, 93.

DOCTRINE : ARTICLES

- Accetti, Carlo Invernizzi, « L'idée d'ordre dynamique et la théorie de la Grundnorm. Une interprétation du fondement de la validité du droit chez Hans Kelsen » (2016) 92:1 Dr et soc 181.
- Akrich, Madeleine, « De la sociologie des techniques à une sociologie des usages. L'impossible intégration du magnétoscope dans les réseaux câblés de première génération » (1991) 16 Techniques & Cult Rev semestrielle d'anthropologie des techniques 83.

- Biquet, Christine, « Les fictions en droit » (2013) 1 RD U Liège 275.
- Bourdieu, Pierre, « La force du droit » (1986) 64:1 Actes Rech Sci Soc 3.
- Bourdieu, Pierre, « L'illusion biographique » (1986) 62:1 Actes Rech Sci Soc 69.
- Bouriau, Christophe, « Fictionnalisme théologique versus pragmatisme religieux : Vaihinger ou James ? » (2018) 13 ThéoRèmes 1.
- Boyte, Alina, « The Conceits of Our Legal Imagination: Legal Fictions and the Concept of Deemed Authorship » (2014) Legis Pub Pol'y 707.
- Chunlin, Leonhard, « Dangerous or Benign Legal Fictions, Cognitive Biases, and Consent in Contract Law » (2018) 91:2 St John's L Rev 385.
- Coutu, Michel, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle » (2004) 56-57:1 Dr et soc 256.
- Devlin, Richard F., « Twisting the Tourniquet Around the Pulse of Conventional Legal Wisdom: Jurisprudence and Law Reform in the Work of Robert A. Samek » (1987) 11:1 Dal LJ 157.
- Duxbury, Neil, « Kelsen's Endgame » (2008) 67:1 Cambridge LJ 51.
- Esquirol, Jorge, « The Turn to Legal Interpretation in Latin America » (2011) 26:4 Am U Intl L Rev 1031.
- Feenberg, Andrew, « Vers une théorie critique de l'internet » (2014) 8:1-2 tics&société 31.
- Flores Morador, Fernando, « Postphenomenology vs Postpositivism: Don Ihde vs Bruno Latour » Broken Technologies, a postphenomenological approach to anthropology and social sciences, présentée à l'Université de Lund (Suède), octobre 2014 [non publiée], en ligne : <dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526672>.
- Galanter, Marc, « Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change » (1974) 9:1 Law & Soc'y Rev 95.
- Goble, Erika, « Beyond Human Subjectivity and Back to the Things Themselves: Jane Bennett's Vibrant Matter » (2017) 11:2 Phenomenology & Practice 70.

- Ingber, Rebecca, Neha Jain et Rahim Moloo, « An Introduction: International Law as Instrument » (2019) 113 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 1.
- Knauer, Nancy J., « Legal Fictions and Juristic Truth » (2010) 23:2009 39 St Thomas L Rev 1.
- Koskenniemi, Martti, « Enchanted by the Tools? An Enlightenment Perspective » (2019) 113 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 3.
- Latour, Bruno, « On Technical Mediation » (1994) 3:2 Common Knowledge 29.
- Latour, Bruno, « Quelle action pour quels objets ? » (2007) Poche/Sci humaines et soc 91.
- Latour, Bruno, « La fin des moyens » (2000) 18:100 Réseaux 39.
- Levi, Ron et Mariana Valverde, « Studying Law by Association: Bruno Latour Goes to the Conseil d'État » (2008) 33:3 L & Soc Inquiry 805.
- Lochak, Danièle, « Les usages militants du droit » (2016) 10 Rev Droits L'homme 1.
- Lorrain, Ludmilla, « La représentation comme fiction chez Jeremy Bentham » (2019) 13 Philonsorbonne 75.
- Madero, Marta, « Penser la tradition juridique occidentale » (2012) 67:1 Ann Hist Sci Soc 103.
- Makela, Finn, « Metaphors and Models in Legal Theory » (2011) 52:3-4 C de D 397.
- Matalon, Benjamin, « Sociologie de la science et relativisme » (1986) 4:3 Rev de synthèse 267.
- Matthews, Daniel et Scott Veitch, « The Limits of Critique and the Forces of Law » (2016) 27:3 L Crit 349.
- Mbembe, Achille, « Nécropolitique » (2006) 21:1 Raisons politiques 29.
- McGee, Kyle, « The Fragile Force of Law: Mediation, Stratification, and Law's Material Life » (2015) 11:3 L Cult & Humanities 467.

- Millard, Éric, « L’analyse économique du droit : un regard empiriste critique » (2009) 22 Dr prospectif 2523.
- Meyer, Linda Ross, « Is Practical Reason Mindless Essay » (1997) 86:3 Geo LJ 647.
- Petrosky, Karen, « Legal fictions and the limits of legal language » (2013) 9:4 Intl J L in Context 485.
- Pottage, Alain, « Law after Anthropology: Object and Technique in Roman Law » (2014) 31:2 3 Theory, Cult & Soc'y 147.
- Pound, Roscoe, « The Lawyer as a Social Engineer » (1954) 3 J Pub L 292.
- Riles, Annelise, « A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities » (2005) 53:3 Buff L R 973.
- Riles, Annelise, « Collateral Expertise: Legal Knowledge in the Global Financial Markets » (2010) 51:6 Current Anthropology 795.
- Riles, Annelise, « Le droit est-il porteur d’espoir ? » traduit par David Foulks et Prune Devoux (2009) 15 Clio@Themis 1.
- Riles, Annelise, « Property as Legal Knowledge: Means and Ends » (2004) 10:4 J Royal Anthropological Inst 775.
- Samek, Robert A., « Fictions and the Law » (1981) 31:3 UTLJ 290.
- Santaella, Lucia et Tarcisio Cardoso, « The baffling concept of technical mediation in Bruno Latour » (2015) 9:1 Matrizes 167.
- Savard, Anne-Marie, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec ; un retour aux sources ? » (2006) 47:2 C de D 377.
- Smith, Peter, « New Legal Fictions » (2007) 95 Geo LJ 1435.
- Söderberg, Johan, « The Genealogy of “Empirical Post-structuralist” STS, Retold in Two Conjunctures: The Legacy of Hegel and Althusser » (2017) 26:2 Sci as Culture 185.
- Steiner, Pierre, « L’usage : quelques modes d’emploi » (2017) Cahiers COSTECH 1.

- Stolzenberg, Nomi Maya, « Bentham’s Theory of Fictions—A “Curious Double Language”» (1999) 11:2 Cardozo Stud L & Lit 223.
- Thomas, Yan, « Fictio Legis. L’Empire de la fiction romaine et ses limites médiévaux » (1995) 21:17 Dr Rev fr de théorie juridique 17.
- Thomas, Yan, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval » (2005) 175 176 L’Homme Rev fr d’anthropologie 113.
- Tranter, Kieran, « Nomology, Ontology, and Phenomenology of Law and Technology » (2007) 8:2 Minn J L Sci & Tech 449.
- Trubek, David M., « Law and development: Forty years after ‘Scholars in Self-Estrangement’ » (2016) 66:3 UTLJ 301.
- Tuitt, Patricia, « Legal Practice and Modes of Dying: Bruno Latour, Technology and the Critical Legal Instance » (2005) 16:1 L Crit 113.
- Vaihinger, Hans, « Extrait du chapitre XXVI de la Philosophie du comme si » traduit par Christophe Bouriau (2005) 9 1 Philosophia Scientiæ Travaux hist et phil des sci 175.
- Vaihinger, Hans, « Les origines de la philosophie du comme si » traduit par Christophe Bouriau (2016) 20 1 Philosophia Scientiæ Travaux hist et phil des sci 95.
- Wrobel, Claire, « At the Crossroads of Law and Literature; On the Role of Fiction in Jeremy Bentham’s Penal Theory » (2020) 32:3 L & Lit 415.
- DOCTRINE : RECUEILS ENCYCLOPÉDIQUES**
- « Artificiel » (dernière consultation le 4 octobre 2021), en ligne : *Centre national de ressources textuelles et lexicales* <cnrtl.fr/definition/artificiel>.
- « Implied Warranty of Habitability » (dernière consultation le 4 octobre 2021), en ligne : *Legal Information Institute, Cornell Law School* <law.cornell.edu/wex/implied_warranty_of_habitability>.
- Introna, Lucas, « Phenomenological Approaches to Ethics and Information Technology » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encycl Philos*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017, en ligne:

Stanford Encyclopedia of Philosophy <plato.stanford.edu/entries/ethics-it-phenomenology/>.

Kroon, Fred et Alberto Voltolini, « Fiction » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019, en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/fiction/>.

Nickles, Thomas, « Scientific Revolutions » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017 en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/scientific-revolutions/>.

Parry, Richard, « Episteme and Techne » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020 en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/episteme-techne/>.

Preston, Beth, « Artifact » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020e éd, Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020, en ligne: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <plato.stanford.edu/entries/artifact/>.

« Technique » (dernière consultation le 4 octobre 2021), en ligne : *Centre national de ressources textuelles et lexicales* <cnrtl.fr/definition/technique>.

AUTRES DOCUMENTS : SOURCES DE NOUVELLES

Angwin, Julia et al, « Machine Bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks » *ProPublica [New York City]* (23 mai 2016), en ligne: <[propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing](http://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing)>.

Bourgault-Côté, Guillaume et Annabelle Caillou, « Couvre-feu suspendu pour les itinérants », *Le Devoir [de Montréal]* (27 janvier 2021), en ligne : <ledevoir.com/societe/594053/la-cour-suspend-le-couvre-feu-pour-les-itinerants>.

Frémont, Jacques, « Un instrument juridique remarquable », *Le Devoir [de Montréal]* (27 juin 2015), en ligne : <ledevoir.com/opinion/idees/443752/la-charte>.

quebecoise-des-droits-et-libertes-de-la-personne-a-40-ans-un-instrument-juridique-remarquable>.

Gauvreau, Claude, « Virginie Dufresne-Lemire, épaise de justice | UQAM », *Actualités UQAM [au Québec]* (22 février 2021), en ligne : actualites.uqam.ca/2021/virginie-dufresne-lemire-eprise-de-justice.

AUTRES DOCUMENTS : SITES INTERNET

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Les instruments internationaux des droits de l'homme » (4 octobre 2021), en ligne : *OHCHR* <ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>.

Peden, Margie, dir, *World report on road traffic injury prevention: Information kit*, (2004), en ligne (pdf): *World Health Organization* <ourworldindata.org/causes-of-death#causes-of-deaths-for-15-to-49-year-olds>.