

Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ?*

Emmanuelle BERNHEIM**

« In the roughly thirty years in which the concept legal pluralism has been used in legal and social scientific writings, it has become a subject of emotionally loaded debates. The issue mostly addressed in these debates, and the one distinguishing it from the common discussions over the concept of law, is whether or not one is prepared to admit the theoretical possibility of more than one legal order or mechanism within one socio-political space, based on different sources of ultimate validity and maintained by forms of organization other than the state. »

Franz von BENDA-BECKMANN, « Who's afraid of legal pluralism ? », *Journal of legal pluralism*, 2002, 47, p. 37.

Introduction : regards croisés de juristes et de sociologues sur le droit

Les phénomènes de normativité sont extrêmement complexes : ils sont tout à la fois, mais de façon morcelée, diffus, allusifs, parfois officiels, parfois informels, mais de toutes les manières enchevêtrés, interpénétrés, voire soudés. Afin de mieux les comprendre, nombreux sont ceux qui ont voulu les qualifier, leur dessiner des frontières plus ou moins poreuses. Mais cet effort est généralement le fait de ceux qui cherchent à redéfinir un droit en mouvement, un droit en mutation (et incidemment répondre à la question : *qu'est-ce que la juridicité ?*¹).

* Cette étude a été menée dans le cadre d'une recherche doctorale : Emmanuelle BERNHEIM, Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire: une étude du

Sur cette question, deux façons d'aborder le problème s'affrontent : les perspectives juridique et sociologique du droit².

Pour le juriste, le droit est le sujet de sa réflexion. Il en définit les limites de façon claire et précise : il dit ce qu'est le droit³, il cherche à déterminer « le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit⁴ ». Selon la théorie à laquelle il adhère, soit il se limitera au droit essentiellement étatique⁵, soit il l'étendra à tous les phénomènes de normativité⁶. Il opte donc pour un point de vue interne⁷.

pluralisme normatif appliqué, Thèse déposée à la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal et à l'École doctorale sciences pratiques de l'École normale supérieure de Cachan, mars 2011. Elle a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).

** Emmanuelle Bernheim est professeure au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. L'auteure remercie ses directeurs de recherche, les professeurs Pierre Noreau et Jacques Commaille, pour leur précieuse contribution à la réalisation de ce projet. L'opinion exprimée ici n'engage toutefois que l'auteure.

¹ Gérard TIMSIT définit la juridicité comme étant une propriété permettant de « signifier à l'intention de ses destinataires un droit, une obligation, une habilitation, une permission, etc. ». En même temps, la juridicité n'est pas un phénomène naturel, elle est construite par l'observateur : *L'archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997, p. 10 et 234 [« L'archipel »]. Pour Herbert HART, la question « Qu'est-ce que le droit ? » est une « question persistante » : *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 19.

² Lire André-Jean ARNAUD et José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 103 et suivantes ; Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994, premier chapitre [Esprit sociologique] et Pierre BOURDIEU, « Le force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, pp. 3-19.

³ Hendrik Philip VISSER 'T HOOFT, « Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit », *Droits Rev Fr*, 1989, n° 10, pp. 105-108.

⁴ Max WEBER, *Économie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971, p. 321.

⁵ C'est la théorie positiviste du droit. Lire Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999.

⁶ C'est le panjurisme, que Jean CARBONNIER qualifie de « tentation » : *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 24

Le sociologue, lui, aborde le droit comme un objet de réflexion⁸. Il le conçoit dans son sens le plus large, complexe, ouvrant le concept à de nouvelles formes de normativité⁹. Il est moins nécessaire de qualifier le droit, de le circonscrire précisément¹⁰ ; on parle plutôt d'un droit « mou¹¹ », « flexible¹² », « flou¹³ », s'opposant au droit « dur » des juristes¹⁴. C'est un droit replacé dans son contexte social, politique, économique¹⁵, « mis en perspective¹⁶ ». Il s'agit d'un point de vue externe¹⁷.

[« Flexible droit »]. Il dira à la page 61 que, pour le juriste, « la règle juridique est un soleil qui ne se couche jamais ».

⁷ François OST et Michel van de KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 73 [« De la scène au balcon »].

⁸ C'est Guy ROCHER qui oppose les notions de sujet et d'objet : *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 52 [« Droit et éthique »].

⁹ Notamment en dissociant le droit de l'État comme le rapporte Jean-François PERRIN dans « Définir le droit ... selon une pluralité de perspectives », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, pp. 63-67.

¹⁰ Jacques COMMAILLE, « La sociologie et les sens du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, p. 26 [« Sociologie et sens du droit »].

¹¹ Jean-Guy BELLEY dans *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, introduction [« Droit soluble »].

¹² Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 25 [« Flexible droit »].

¹³ Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.

¹⁴ Jean-Guy BELLEY, *Droit soluble*, *supra*, note 11, introduction ; Antoine BAILLEUX parle de droit *solide* dans « À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *R.I.E.J.*, 2005, n° 55, p. 97.

¹⁵ Guy ROCHER, *Le « regard oblique » du sociologue sur le droit*, Conférence présentée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 23 novembre 2004, [en ligne] http://www.crdp.umontreal.ca/fr/activites/evenements/041123GR_texte.pdf, p. 1, consulté le 8 avril 2011 [« Regard oblique »]. Max WEBER dit que le sociologue se demande ce que le droit « advient en fait dans la communauté » : *supra*, note 4, p. 321.

¹⁶ Jacques COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale: retour à la sociologie générale », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *op. cit.*, p. 14 [« Normes juridiques »].

¹⁷ François OST et Michel van de KERCHOVE, *De la scène au balcon*, *supra*, note 7, p. 73.

Malgré ces différences marquées, il semblerait que sociologues et juristes convergent souvent vers une définition simplifiée du droit. Jean Carbonnier déplore en effet que les sociologues du droit adoptent généralement le point de vue des juristes dans la réflexion sur la théorie du droit¹⁸. Même si ce débat n'est pas nouveau¹⁹, il a un sens renouvelé dans le contexte social actuel, tel que le décrit Jacques Commaille :

« [L]a question sociale [...] concerne le problème du lien social, de la cohésion sociale ou celui encore plus diffus des valeurs ou des principes structurant une société avec les espaces où on les intègre [...]. [L]a "crise" annoncée de ces espaces se mesure dans l'apparition de phénomènes aussi vaste que le développement d'une "désertion civique" ou d'une "citoyenneté négative", la constitution d'espaces urbains problématiques, l'extension de certaines formes de délinquance, de déviance, etc. Tous ces phénomènes font de la question sociale l'expression multiforme et, par conséquent, insaisissable avec des indicateurs supposés identifier des "faits", d'une crise sociale résultant d'une mutation économique et qui serait en même temps une crise morale, culturelle, politique²⁰. »

Dans ce contexte, on observe l'activité croissante de nombreux mouvements plus ou moins radicaux, militant pour le non interventionnisme de l'État²¹. Autant de conjonctures qui nécessitent – ou qui provoquent – des changements importants au sein du droit²².

¹⁸ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, *supra*, note 12, p. 25. Bien qu'André-Jean ARNAUD rapporte que juristes et sociologues ont jusqu'à récemment travaillé dans l'indifférence, voire la défiance: « Sociologie et droit: rapports savants, rapports politiques », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 81.

¹⁹ En effet, dès 1918, Santi Romano avait commencé la réflexion sur ce qu'il appelait les « ordres juridiques » ; ce n'est par contre qu'en 1975 que son ouvrage fut traduit en français et redécouvert par la sociologie du droit. Lire Guy ROCHER, *Droit et éthique*, *supra*, note 8, p. 28.

²⁰ Jacques COMMAILLE, *Les nouveaux enjeux de la question sociale*, Paris, Hachette, 1997, p. 10 [« Question sociale »] (entre guillemets dans le texte).

²¹ Lire Robert CASTEL, *L'insécurité sociale – Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003, p. 13.

²² Notamment, les doutes que pourraient entretenir certains justiciables sur la compréhension de leur situation par les différents intervenants du système judiciaire pourraient les pousser à opter pour une « justice privée au détriment de la justice

Rappelons en effet que, si le droit public s'est fait de plus en plus insistant ces dernières décennies, il est aujourd'hui de plus en plus remis en question²³ au profit de mécanismes nouveaux dont la délibération et le consensus²⁴. L'individualisme serait entre autres à l'origine d'une instrumentalisation du droit au profit des intérêts individuels et de la technicité croissante de la société²⁵. « L'annexion de plus en plus ostensible des sphères de la vie sociale » par la sphère privée, doublée du recul du pouvoir disciplinaire, permet l'émergence d'une société post-moderne dont l'organisation n'est plus uniforme et centralisée, mais individualisée²⁶. En même temps, l'identité individuelle n'étant plus figée, ou même stable, le processus régulateur étatique s'en trouve fragilisé.

« En matière de régulation sociale, [...] [o]n observe, en effet, l'existence d'un déplacement d'un mode de régulation fondé sur le principe de l'hérotonomie vers un mode de régulation fondé sur le principe de l'autonomie, le passage d'une soumission aux liens prescrits vers une exigence de liens consentis. La régulation sociale serait marquée par un changement de *régime de citoyenneté*. D'un régime de citoyenneté marqué par la définition de droits universels, la

publique »: Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 2009, p. 27.

²³ Pour André-Jean ARNAUD, la « crise de la gouvernabilité se repère dans le droit ». Ainsi, les relations se complexifient, notamment par la multiplication des acteurs impliqués dans la production du droit, et le mode de production du droit étant « obsolète », puisque basé sur le paradigme de la simplicité, un droit de nature privée refait surface. Le droit dit *positif* aurait donc de moins en moins de place. Arnaud évoque même une « gouvernance populaire » et plaide que ce n'est que par les moyens offerts par l'interdisciplinarité que la théorie du droit pourra se renouveler: *Critique de la raison juridique – Gouvernants sans frontières*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 45-75 [« Critique »] et « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », dans Catherine Thibierge (dir.), *La force normative – Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 14 [« Force normative »]. Lire également Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », dans Catherine Thibierge (dir.), *La force normative – Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2009, pp. 149 et 150 [« Force symbolique »].

²⁴ Daniel MOCKLE, *Gouvernance, le droit et l'état*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

²⁵ André LACROIX, « L'éthique et les limites du droit », *R.D.U.S.*, 2002-2003, n° 33, p. 201.

²⁶ Gilles LIPOVETSKY, *L'ère du vide – Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1993, pp. 14 et 17.

garantie du bien-être par l'État, etc., nous passerions à un régime de citoyenneté où la définition des problèmes publics se ferait de moins en moins dans le cadre d'un monopole de l'État mais à l'interface de celui-ci et des revendications des citoyens²⁷. »

Plusieurs vont jusqu'à parler de crise du droit²⁸, et même de changement de paradigme²⁹, remettant en question le monisme, puisqu'il a pour fondement l'origine strictement étatique et unifiée du droit³⁰. Il existerait « une incapacité croissante, de la part du pouvoir

²⁷ Jacques COMMAILLE, « La fonction de justice et le changement de régime de régulation des sociétés », dans Nicholas Kasirer et Pierre Noreau (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 94 [« Fonction de justice »] (en italique dans le texte).

²⁸ André LACROIX, Louise LALONDE et Georges A. LEGAULT, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *R.D.U.S.*, 2002-2003, n° 33, p. 7 ; pour André-Jean ARNAUD, « Les sociologues du droit ont participé activement à ce dévoilement [de la crise du droit], faisant ressortir, pratiquement sur tous les continents, le malaise qu'éprouvent les gens envers leur droit et leur justice » : *Critique*, *supra*, note 23, p. 50.

²⁹ André LACROIX, *supra*, note 25, p. 210 ; André-Jean ARNAUD, *Force normative*, *supra*, note 23, p. 15 ; André-Jean ARNAUD et José FARINAS DULCE, *supra*, note 2, p. 65 ; Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », *C. de D.*, 2006, n° 47, § 9 et suivants [« Gouvernance »] ; François OST et Michel van de KERCHOVE sous-titrent d'ailleurs le premier chapitre d'un de leur ouvrage « Les bougies de la pyramide: l'ébranlement d'un paradigme », dans *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, chapitre 1 [« Pyramide »] ; Antoine BAILLEUX rapporte que, à la suite des réflexions d'Ost et van de Kerchove, de nombreux juristes sont « enthousiastes » à l'idée d'un changement de paradigme: *supra*, note 14, p. 91 ; Jean CARBONNIER, sans aller jusqu'à parler de changement de paradigme, souligne que le monisme correspond à une situation politique précise s'étendant du XVI^e siècle au début du XX^e et que nos sociétés ne peuvent que reconnaître de nombreux foyers de droit concurrençant directement l'État dans la production normative: *Flexible droit*, *supra*, note 12, p. 18. Pour Mireille DELMAS-MARTY, il s'agit d'un « changement de perspective sur le droit » : « La tragédie des trois C », dans Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 7 [« Tragédie »].

³⁰ En fait, il y aurait un lien à établir entre crise du droit et crise de l'État-providence. Dans une société individualiste, seule la sphère privée serait réellement investie, au

politique, de mettre en œuvre une régulation "par le haut", c'est-à-dire de produire des lois constituant des signaux forts pour une société³¹ ». Plus fondamentalement encore, certains questionnent la capacité du droit à gérer toutes les questions sociales ou privées. « Le droit doit aussi admettre une certaine dose de modestie et voir certaines questions lui échapper : tout n'est pas juridique, contrairement à ce que l'on entend souvent, et tout ne peut non plus être réglé par le droit³². »

Mais qu'est-ce que le droit ? En remettant en question la simplicité du paradigme pyramidal à la Hans Kelsen, les théoriciens du droit ont ouvert une boîte de pandore : si plusieurs s'accordent pour dire que le droit n'est plus la seule façon de réguler les rapports sociaux³³, aucune définition claire du droit ne fait consensus³⁴. Il

détriment des grandes questions philosophiques, politiques et économiques : Gilles LIPOVETSKY, *supra*, note 26, pp. 38 et 72.

³¹ Jacques COMMAILLE, *Question sociale*, *supra*, note 20, p. 86. Alain SUPIOT, lui, oppose « gouvernement par les lois » et « gouvernement par les hommes » : *L'esprit de Philadelphie – La justice sociale face au marché global*, Paris, Seuil, 2010, p. 104. Lire également Robert CASTEL, *supra*, note 21, p. 12 et suivantes et Jacques COMMAILLE, *Esprit sociologique*, *supra*, note 2, pp. 198 et suivantes.

³² André LACROIX, *supra*, note 25, p. 217. Pour Roger COTTERRELL, « *In legal studies, a sociological perspective is a necessary corrective to legal romanticism* » : *Law's Community: legal theory in sociological perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 275.

³³ Mireille DELMAS-MARTY, *Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits*, [en ligne] <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/cplx01.htm#>, consulté le 25 mai 2007 ; André LACROIX, *supra*, note 25 et Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *R.D.U.S.*, 2002-2003, n° 33, pp. 133-152 [« Pluralisme juridique »].

³⁴ Pour Herbert HART, le fondement du droit se trouve dans ce qu'il appelle les « règles secondaires » : *supra*, note 1, chap. V ; Alvaro D'ORS propose que le droit soit « tout ce qu'approuvent les juges » : « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, pp. 51-52 ; François OST et Michel van de KERCHOVE répondent que pour affirmer que ce sont les juges qui disent le droit, il faut au préalable avoir défini ce qu'est le droit : « *Juris-dictio* et définition du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, pp. 53-57 [« *Juris-dictio* »] ; Jean CARBONNIER nuance en disant que le droit est « tout ce qui peut donner lieu à un jugement » : *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, p. 320 [« Sociologie juridique »] ; Gérard TIMSIT suggère de définir le droit par son caractère obligatoire : dans Andrée

semblerait même que la pluralité des formes de normativités concurrentes entraîne un « "brouillage des catégories juridiques" ne permett[ant] plus de distinguer les frontières du droit³⁵ ». Le renouvellement de la théorie du droit par l'étude des normativités alternatives est une avenue que plusieurs empruntent³⁶.

« Au moment d'aborder l'émergence de normes aux formes infiniment variées, émanant des sources les plus diverses dans une multiplicité de champs, il serait [...] regrettable de renoncer au bénéfice que présente, pour l'approfondissement d'une analyse conceptuelle du droit, la comparaison que cette polysémie rend possible³⁷. »

Dans la présente réflexion, nous exposerons successivement les points de vue juridique (1) et sociologique (2) sur l'internormativité et le pluralisme juridique. Les travaux incontournables des dernières années en cette matière sont au fondement de notre propre théorisation par laquelle nous concluons.

1. L'internormativité et le pluralisme juridique d'un point de vue juridique : le rapport du droit à la société

Le point de vue juridique se caractérise généralement par la position selon laquelle le droit, pour rester droit, doit être autosuffisant et autoréférentiel³⁸. Il pourra, en tant que construit social, éventuellement, subir les influences d'autres ordres normatifs³⁹, mais

LAJOIE, « Contribution à une théorie de l'émergence du droit : 1- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées », *R.J.T.*, 1991, n° 25, p. 137 [« Émergence »].

³⁵ Daniel MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double: les mécanismes néo-réglementaires en droit public », *C. de D.*, 2003, n° 44, § 9 (entre guillemets dans le texte) [« Évincement »].

³⁶ Les nombreuses publications dans le domaine en font foi.

³⁷ Andrée LAJOIE, *Émergence*, *supra*, note 34, p. 141.

³⁸ Par exemple Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993 [« Système autopoïétique »].

³⁹ Karim BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 27.

retraduira ces informations externes dans ses propres référents⁴⁰. La théorie du droit a donc eu tendance à conceptualiser le droit selon des représentations imagées, allant de la pyramide à la sphère, en passant par le système ou le réseau, représentant le droit comme un ensemble mathématique⁴¹, plus ou moins isolé mais, de toutes les manières, indépendant.

Mais quel est le rapport de cet ensemble aux autres formes de normativité et, plus largement, à la société ? C'est surtout sous cet angle que l'internormativité a été étudiée par les théoriciens du droit. Afin de mieux circonscrire les angles sous lesquels l'internormativité a été conceptualisée, nous avons choisi de regrouper les théoriciens étudiés en trois grandes perspectives épistémiques. Ces perspectives présentent toutes des rapports d'ouverture différents aux autres formes de normativité que le droit, allant de la complète indépendance à l'absorption par le droit de tout phénomène normatif. Nous aborderons d'abord la position de la théorie systémique (A), puis celle de la complexité et de la flexibilité (B) et, finalement, celle de l'effacement des frontières du système (C).

A. Le droit comme système normatif

Le droit est souvent décrit par les auteurs comme un système⁴² ou un ordre⁴³, soit une institution dont le fonctionnement est autonome et permet la cohérence et la survie même de son objet. Cette conceptualisation permet de garder une maîtrise du processus de

⁴⁰ Gunther TEUBNER, *Droit et réflexivité*, Paris et Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1996, pp. 191 et 192.

⁴¹ Un ensemble mathématique se définit comme étant un « groupement d'objets distincts définis, soit par l'énumération de ces objets, soit par une ou plusieurs propriétés de ces objets » : Office québécois de la langue française, *Dictionnaire*, http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp, consulté le 4 août 2007. C'est exactement le genre de classification que fait la théorie du droit en cherchant à isoler les données juridiques par leurs spécificités ou, au contraire, par leur différence avec d'autres phénomènes normatifs.

⁴² Guy ROCHER nous dit que « les juristes étudient le droit comme un système logique de normes, de règles, de sanctions, système global et complet en lui-même » : *Droit et éthique*, *supra*, note 8, p. 21. Voir également les positions développées par Niklas LUHMANN et Gunther TEUBNER.

⁴³ Guy ROCHER, *ibid.* et Max WEBER, dans Alan Hunt, *The sociological Movement of Law*, London, McMillan Press, 1978.

qualification des normes⁴⁴ et, de ce fait, est un moyen efficace de définir clairement la juridicité. C'est par la distance avec la réalité quotidienne que le droit réussit à maintenir sa logique, son particularisme et son indépendance⁴⁵. Terminologie, référents et procédure propres permettent en effet au système de créer une frontière hermétique puisque les profanes n'ont pas accès au contenu de l'information qui circule dans le système.

Ceux qui ont développé le concept de système⁴⁶, sans parler expressément d'internormativité, l'ont tout de même étudiée par le biais de l'interaction du système avec les autres systèmes⁴⁷. D'ailleurs, dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, l'internormativité est définie comme « l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes⁴⁸ ».

Niklas Luhmann présente deux sortes de systèmes : les systèmes autarcique et autonome. La première forme de système, le système autarcique, restreint ses échanges avec l'extérieur pour rester indépendant et exister par lui-même, coupé du monde⁴⁹. Par exemple, André-Jean Arnaud parle de pluralité de systèmes à caractère

⁴⁴ Daniel MOCKLE, *Évincement*, *supra*, note 35, § 10.

⁴⁵ À ce sujet, voir Pierre NOREAU, « Comment la législation est-elle possible ? Objectivation et subjectivation du lien social », *R.D.McGill*, 2001, n° 47, p. 199 [« Législation »] et « Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire ? – Le cas du droit de la famille », *R.J.T.*, 1999, n° 33, § 14 [« Notions juridiques »].

⁴⁶ Ce fut d'abord dans les années 1940, en biologie, avec Karl Ludwig von Bertalanffy. Une trentaine d'années plus tard, elle se développa dans tous les domaines, dont le droit, avec Niklas Luhmann principalement. Lire Niklas LUHMANN, *Essay on self-reference*, New York, Columbia University Press, 1990 [« Essay »].

⁴⁷ Niklas LUHMANN affirme que la caractéristique principale d'un système est sa « relation avec la complexité du monde » : *La légitimation par la procédure*, Québec, PUL, 2001, p. 34 [« Légitimation »].

⁴⁸ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, p. 313-314 tel qu'il est cité dans Jean-Guy BELLEY, *Droit soluble*, *supra*, note 11, p. 21.

⁴⁹ Pierre NOREAU parle même de « système totalitaire ». Il explique que cette perception du droit est très répandue entre autres à cause de notre histoire politique : *Législation*, *supra*, note 45, pp. 229-230.

normatif, mais il n'accepte pas l'influence extérieure sur ce qu'il appelle « le Droit » :

« On ne dira plus, désormais, que les faits influent sur le Droit, qu'ils le modifient ou parviennent à l'abroger. Les faits ne sauraient toucher au droit : les uns et les autres sont d'un ordre différent. Mais on pourra dire légitimement que des systèmes juridiques (informels, non en vigueur, etc.) peuvent venir affronter un système de Droit ; et de cet affrontement pourra résulter soit une adaptation d'un système à l'autre, soit une récupération du système nouveau par l'ancien, soit encore une vaccination du système en vigueur⁵⁰. ».

Ainsi, le « Droit » bénéficierait d'une « normativité spéciale » et les sujets de droit reconnaîtraient dans les règles juridiques posées un caractère « supérieur, vrai et valide ». L'internormativité correspond ici à l'absence de rapports avec d'autres systèmes, en raison de la fermeture du système juridique, non seulement pour préserver sa spécificité, mais surtout en raison de sa spécificité. Les autres sortes de normativité, que l'auteur reconnaît, ne sont jamais en contact avec la normativité juridique : elles ont des vies parallèles et une existence isolée; le droit restant retranché dans une spirale inépuisable.

La deuxième forme de système présenté par Niklas Luhmann est qualifié d'autonome, ou ouvert, est opposé au système autarcique dans la mesure où il entre en relation avec d'autres systèmes. Luhmann explique que le système juridique, par le biais de participants, communique avec les systèmes extérieurs et qu'il sélectionne, d'un point de vue subjectif, les données qu'il considère pertinentes. C'est par sa procédure propre que le système récupère les informations fournies par les autres systèmes, pour ensuite les transformer en matériel juridique⁵¹. La normativité juridique, donc, tout en restant proprement juridique, trouve parfois sa source bien loin des domaines réservés au droit, dans des normativités quotidiennes et officieuses. À titre d'illustration, le passage de la coutume au droit est une évolution logique et classique de la normativité. La coutume apparaît lorsque les normes deviennent institutionnalisées dans un groupe donné ; le droit

⁵⁰ André-Jean ARNAUD, « Essai d'une définition stipulative du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, pp. 13-14 [« Essai »].

⁵¹ Niklas LUHMANN, *Légitimation*, *supra*, note 47, pp. 61 et 87. Voir également Gunther TEUBNER, *Système autopoïétique*, *supra*, note 38.

prend le relais, en incorporant ces normes collectives au sein de sa structure, lorsque la coutume échoue à maintenir la solidarité sociale⁵².

Dans cette perspective ouverte, la spécificité du système juridique, par rapport à d'autres systèmes de nature normative, pourrait se trouver dans une forme de hiérarchisation des systèmes les uns par rapport aux autres. Par exemple, Joseph Raz prétend que, bien que d'autres systèmes soient également habilités à réguler les comportements, la différence avec le système juridique est que celui-ci a la prétention de réguler non seulement *tous* les comportements, mais également le fonctionnement et l'application des autres systèmes, ce qui en fait le système « suprême⁵³ ». Dans cette perspective, le système juridique devient le cadre général de la régulation sociale, ce qui constitue une perspective attirante (« attractive⁵⁴ »). Raz admet tout de même que, malgré ses ambitions, le système juridique n'en vient pas à s'imposer absolument, ce qui ouvre implicitement la porte à l'imposition d'autres formes de normativité.

Le concept d'*ordres juridiques*, tel que développé par Santi Romano et repris par François Ost et Michel van de Kerchove, permet de cerner les mêmes phénomènes que la théorie systémique. Les notions d'« irrelevance » (absence de relation) et de « relevance » (relation d'indépendance, de dépendance ou intermédiaire) conceptualisent différents degrés de rapports internormatifs. La relevance d'un système par rapport à un autre peut se situer à

⁵² Robert KIDDER, *Connecting Law and Society*, New Jersey, Prentice Hall, 1983, p. 31.

⁵³ *Practical Reasons and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 150-151 ; voir également Ota WEINBERGER qui parle du droit comme étant « l'assise générale » de la société étatique : « Droit et reconnaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnaliste », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, p. 111. Les faits ne donnent pas tort à ces auteurs quand on sait que les individus ont tendance à recourir au droit lorsque leurs différends s'intensifient ou que ce qui est en jeu est grave : Robert C. ELLICKSON, *Order without Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 p. 283. Patricia EWICK et Susan SILBEY rapportent également que la société américaine confie ses litiges les plus cruciaux au droit (comme l'avortement et la ségrégation raciale) : *The Common Place of Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 246 [« Common place »].

⁵⁴ Torben SPAAK, « Norms that confer Competence », *Ratio Juris*, 2003, n° 16 (1), p. 94.

plusieurs niveaux : soit de son existence même, soit de son contenu, soit de ses effets. Cependant, contrairement aux critères stricts du systémisme quant à la procédure interne au système, la validité d'une norme juridique appartenant à un ordre juridique donné peut être déterminée par les règles d'un autre ordre juridique ; de la même façon, un ordre juridique peut reconnaître comme valides des normes appartenant exclusivement à un autre ordre juridique et peut même être amené à les interpréter⁵⁵.

La théorie du réseau de François Ost et Michel van de Kerchove aménage les rapports entre les systèmes ou les ordres sans prêter attention à la préservation de la spécificité juridique. Elle oppose au modèle strictement vertical – la pyramide – un réseau au schéma plutôt horizontal, qui permet d'inclure dans la dynamique normative des acteurs divers dont les interventions sont aussi diverses. Il ne s'agit plus d'identifier ce qui est propre au droit, ou encore les mécanismes de préservation de la juridicité, mais plutôt de schématiser les interactions entre les divers foyers normatifs⁵⁶.

Cette perspective systémique, ouverte, autorise une conceptualisation des rapports entre le droit et les autres formes de normativité, ce qui permet entre autres de préciser le rôle et l'importance du droit dans la sphère sociale, mais aussi de saisir « le jeu permanent entre régulation sociale et régulation juridique⁵⁷ ». Il est possible de se rapprocher du droit pour en toucher la consistance et éventuellement constater la mouvance de ses frontières. On change alors tout à fait de point de vue : l'internormativité est la perspective qui pénètre le droit, dérange les *a priori* et contribue au changement.

*B. Complexité et flexibilité*⁵⁸

Le modèle analytique du système, s'il présente les avantages déjà mentionnés, ne permet cependant pas de saisir la complexité des rapports internormatifs, surtout dans le contexte de changements

⁵⁵ *Ibid.*, p. 200.

⁵⁶ « De la crise du modèle pyramidal émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation » : François OST et Michel van de KERCHOVE, *Juris-dictio, supra*, note 34, p. 14.

⁵⁷ Jacques COMMAILLE, *Sociologie et sens du droit, supra*, note 10, p. 26.

⁵⁸ Les concepts de « complexité » et de « flexibilité » sont empruntés à Jean CARBONNIER dans *Sociologie juridique, supra*, note 34 et *Flexible droit, supra*, note 12.

sociaux importants⁵⁹. Ainsi, nous l'avons vu, la multiplication des foyers de droit au détriment du droit étatique, la popularité de mécanismes nouveaux de régulation et des mutations fondamentales au sein de l'organisation sociale décuplent les opportunités de rapports internormatifs croisés et enchevêtrés. Jean Carbonnier précise qu'alors que sociologues et juristes reconnaissent cette complexité⁶⁰, les premiers ne font qu'en tenir compte, alors que les seconds y voient « une maladie de notre époque, et ils cultivent l'idéal d'un retour à la simplicité⁶¹ ». Cette complexification remet en question la *sécurité juridique* présumée « prévenir l'apparition de zones d'ombre et de pénombre⁶² ».

Liée à la question de la complexité, la notion de flexibilité du droit, quant à elle, renvoie directement au problème de la juridicité. En effet, en remettant en cause le monisme, les théoriciens du droit reconnaissent de nombreux foyers générateurs de droit qui rivalisent directement avec le droit de l'État. On parle alors de « phénomènes de pluralisme juridique⁶³ » (soit plutôt comme des faits observables),

⁵⁹ André-Jean ARNAUD nous dit d'ailleurs qu'étant donné le contexte social, le droit ne peut plus être conçu comme un « système clos » : *Critique, supra*, note 23, p. 40. Jacques CHEVALLIER décrit la « systématité » du droit comme étant justement un « système de normes solidaires et hiérarchisées » conférant « clarté, simplicité, certitude » : *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003 ; il affirmera plus tard dans l'introduction de Liora ISRAËL, Guillaume SACRISTE, Antoine VAUCHEZ et Laurent WILLEMEZ, *Sur la portée sociale du droit*, Paris, PUF, 2005, que le « champ juridique est de plus en plus éclaté ».

⁶⁰ André-Jean ARNAUD, quant à lui, soutient que le droit est fondé sur le « paradigme de la simplicité » : *ibid.*, p. 95.

⁶¹ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique, supra*, note 34, p. 331.

⁶² *Ibid.* Le concept de sécurité juridique suppose en effet « la prévisibilité des systèmes de droit » : Mireille DELMAS-MARTY, *Tragédie, supra*, note 29, p. 7.

⁶³ Chaïm PERELMAN dit que « [d]evant la multiplicité des normes et valeurs, le droit, voulant garantir la sécurité juridique qui fixerait les droits et obligations de chacun, se doit d'accorder à certains, les législateurs, l'autorité d'élaborer des règles qui s'imposeront à tous, et de distinguer ceux, les juges, qui auront la charge de les appliquer et de les interpréter » : *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1976, p. 189. On comprend aisément que le concept de sécurité juridique correspond à un *corpus* clair et prévisible de règles et d'applications normatives.

s'opposant à un pluralisme juridique en tant que théorie descriptive⁶⁴. Mais lesquels de ces phénomènes normatifs se qualifient juridiquement ? La redéfinition de la juridicité, pour tenir compte des formes de normativités émergentes, devient en soi un exercice de réflexion sur l'internormativité. La question est de savoir si l'on accepte ces normativités en tant que telles, ou si l'on choisit de les rapatrier dans le giron juridique.

Prenons d'abord l'exemple du « pluralisme infra-étatique⁶⁵ » tel que présenté par France Houle, soit une normativité qui se développe au sein même des institutions de l'État, tout en ne comportant pas les caractéristiques classiques du droit moniste. Ces normes, qui émanent de l'administration publique, ne sont pas expressément reconnues par le législateur – elles font partie de la « zone de l'infra-droit » – mais elles ont des conséquences directes sur les droits des citoyens.

« La doctrine souscrit toujours au point de vue véhiculé par les juges : les règles administratives ne sont pas des règles proprement juridiques parce que leur effet normatif est insuffisant. [...] Les juges et les juristes acceptent le bien-fondé de l'argument selon lequel la fonction générale des règles administratives est d'interpréter le droit en vigueur. Elles ne modifient pas l'ordonnement juridique. Il ne s'agit pas d'actes décisionnels⁶⁶. »

Pourtant, comme le fait remarquer l'auteure, la Cour suprême du Canada a défini la règle comme servant à « orienter la conduite du sujet⁶⁷ » et elle a reconnu ne pas forcément être toujours aussi qualifiée qu'un organe administratif pour interpréter certaines règles⁶⁸.

⁶⁴ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, *supra*, note 12, p. 23. Mais la flexibilité du droit contribue également à sa complexité ; Jean-Guy BELLEY affirme d'ailleurs que le droit flexible est un « droit souple ayant la propriété de se laisser courber par les forces du changement social, capable d'emprunter des formes adaptées au contexte sans perdre sa substance » : *Droit soluble*, *supra*, note 11, p. 9. Ces formes diverses compliquent le repérage et la qualification même du droit, comme nous le verrons dans le développement suivant.

⁶⁵ France HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », *R.D.McGill*, 2001, n° 47, pp. 161-194.

⁶⁶ *Ibid.*, § 3 et 13.

⁶⁷ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, tel qu'il est cité dans *ibid.*, § 14.

⁶⁸ *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, tel qu'il est cité dans *ibid.*, § 15.

France Houle en vient à la conclusion que la solution se trouve dans une reconnaissance par le législateur de cette catégorie d'actes réglementaires⁶⁹. Pour Daniel Mockle, ce phénomène relativise la place du droit dans la fonction normative⁷⁰.

Voyons maintenant le statut des normes de nature professionnelle, émanant d'un milieu restreint, au regard de leur juridicité. Bartha M. Knoppers relate l'émergence des normes professionnelles dans le domaine de la génétique humaine : il s'agit d'abord d'études cliniques et empiriques, puis d'un guide de pratiques qui deviendra ensuite ce qu'elle appelle un « règlement au niveau techno-scientifique » et, ultimement, une loi⁷¹. Des étapes bien définies permettent de suivre l'évolution des protocoles professionnels du stade de normes professionnelles à la récupération par le droit étatique. Par ailleurs, Andrée Lajoie souligne le fait que si, depuis longtemps, des règles de nature professionnelle et des principes scientifiques sont reconnus comme étant du droit par leur imposition par les tribunaux en matière de responsabilité professionnelle, d'autres normes, qui restent à l'écart de ce *corpus* officiel, et qu'elle appelle « officieuses », ont un statut beaucoup moins clair. Ces règles, observables uniquement dans le milieu, même si elles n'ont pas été légalement adoptées, sont perçues comme contraignantes par ceux auxquels elles s'appliquent⁷². Mais ni Bartha M. Knoppers ni Andrée Lajoie ne fournissent d'indice sur ce qu'elles considèrent comme étant proprement juridique ; elles se contentent en effet de marquer la ligne entre ce qui relève du droit étatique et ce qui n'en est pas. Lajoie présente bien différentes conceptions théoriques sur le pluralisme juridique qui démontrent que les normes officieuses peuvent faire partie du droit, mais elle n'en vient pas à une position claire. Jean-Guy Belley, lui, avance une définition :

« Il me semble qu'une définition à la fois générique et opératoire du droit devrait englober toutes les pratiques de régulation

⁶⁹ *Ibid.*, § 70.

⁷⁰ Daniel MOCKLE, *Évincement*, *supra*, note 35, par. 5.

⁷¹ Bartha M. KNOPPERS, « Professional Norms: Towards a Canadian Consensus ? », *Health L. J.*, 1995, n° 3, § 5 et 6.

⁷² Andrée LAJOIE, « La normativité professionnelle dans le droit: trajets et spécificité formelle », dans Jean-Guy Belley (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, p. 159-194 [« Normativité professionnelle »].

sociale qui se révèlent d'une part de type *politique* en ce sens qu'elles traduisent l'intervention des détenteurs de pouvoir ou de l'autorité dans la dynamique de l'action sociale, d'autre part de type *rationnel* en ce qu'elles prétendent s'exercer en obéissant aux exigences de modèles d'intervention institutionnalisés ou préétablis⁷³. »

Pour Jean-Guy Belley, les régulations sociales collective et individuelle ne font pas partie de l'ordre juridique, puisqu'une source institutionnelle est nécessaire à la juridicité ; il rejoint en ce sens Guy Rocher et sa conception des *ordres juridiques*⁷⁴. Les régulations juridiques étatique et non étatique sont complémentaires : la régulation étatique est chargée symboliquement alors que la régulation non étatique a une fonction plutôt instrumentale⁷⁵. Dans cette perspective, le pouvoir normatif des normes juridiques étatiques provient, du moins en partie, de ce qu'elles représentent, alors que la régulation non étatique vise plutôt une application pratique des premières. D'après la définition de Jean-Guy Belley, les règles officieuses d'Andrée Lajoie peuvent être du droit si elles sont institutionnalisées dans un milieu de travail donné (par exemple au niveau d'un organe tel qu'un comité d'éthique), mais ne le sont pas si elles ne correspondent qu'à une culture institutionnelle. Pour certains, le pluralisme juridique institutionnel correspond à la « diversité des modes d'application du droit étatique⁷⁶ ».

Dans les faits, ces réflexions mènent au même constat que celui posé par France Houle quant aux règles administratives : les normes à caractère institutionnel viennent, la plupart du temps, combler les silences, les carences et les flous de la législation. Frederick Schauer explique cette situation par le fait que pour « universaliser » la règle, il faut la « généraliser⁷⁷ ». Isabelle Sayn développe ce point en faisant remarquer que les agents administratifs doivent appliquer des règles

⁷³ Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) *Sociologie et sociétés* 28 (1), p. 27 (souligné dans le texte) [« État et régulation juridique »].

⁷⁴ Guy ROCHER, *Droit et éthique*, *supra*, note 8, p. 42; idem, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *C. de D.*, 1988, n° 29 (1), pp. 91-120.

⁷⁵ Guy BELLEY, *État et régulation juridique*, *supra*, note 73, p. 29.

⁷⁶ André-Jean ARNAUD, dans Guy Belley, *ibid.*, p. 21. Voir également Chaïm PERELMAN, *supra*, note 63, p. 200.

⁷⁷ Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making in Law and in Life*, New York, Clarendon Press-Oxford, 1991, p. 38.

de droit générales et abstraites à des situations individuelles, ce qui requiert une opération de « qualification » soit, concrètement, un jugement circonstanciel et un acte décisionnel⁷⁸. France Houle pose donc la question, tout en suggérant une réponse : « ne faudrait-il pas reconnaître que l'interprétation est intrinsèque à l'application de la législation⁷⁹ ? » Et, dans ce cas, les règles de nature institutionnelle ne deviennent plus qu'une extension du droit étatique, elles *sont* le droit étatique, mais dans sa fonction instrumentale.

Toutefois, il est possible de faire encore reculer les frontières du droit : Norbert Rouland suggère en effet que « le droit trouve sa source dans les organisations sociales⁸⁰ ». Il reconnaît l'émergence du droit dans des groupes informels, tant que ceux-ci sont en mesure d'émettre des normes et d'en assurer l'application. Se profile donc deux formes de pluralisme juridique : des droits émergent d'abord sous plusieurs modes dans des communautés et interagissent – c'est la première forme; puis ils entrent en contact avec d'autres droits florissant à l'intérieur d'autres communautés – c'est la seconde forme⁸¹. Ces considérations mènent aux débats classiques sur le statut de la morale, de l'éthique ou de toute autre forme de régulation sociale⁸². En outre, elles soulèvent des questions quant à l'influence éventuelle de la morale sur le droit⁸³. Où et comment tracer les

⁷⁸ « Jeux de rôle dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit : l'exemple des caisses d'allocations familiales », dans Liora ISRAËL, Guillaume SACRISTE, Antoine VAUCHEZ et Laurent WILLEMEZ, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁹ France HOULE, *supra*, note 65, § 15.

⁸⁰ Norbert ROULAND tel qu'il est cité dans Geneviève TREMBLAY, « Le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine : du pluralisme juridique au constructivisme », *R. D. Ottawa*, 2000-2001, n° 32, § 15.

⁸¹ Roger COTTERRELL identifie quatre types de communautés: la communauté traditionnelle, la communauté d'intérêt ou instrumentale, la communauté de croyance et la communauté affective, dans *ibid.*, par. 18. On voit facilement que nous sommes loin du concept classique d'institution.

⁸² Jean CARBONNIER parle par exemple des règles d'hygiène et du système monétaire : *Sociologie juridique*, *supra*, note 34, p. 317.

⁸³ Pour Guy ROCHER, « le droit se nourrit de la morale » : *Droit et éthique*, *supra*, note 8, p. 291, alors que Lon FULLER affirme que le droit possède une « moralité interne », qui est celle d'aspirer à une certaine forme de perfection : *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964. Lire également J. MIEDZIANAGORA,

frontières du système ? Nous verrons que pour plusieurs auteurs, la solution est d'effacer complètement ces frontières, découvrant l'immensité des possibilités que cache la multitude des interactions sociales quotidiennes.

C. L'effacement des frontières du système

L'effacement des frontières du système permet l'inclusion, dans la définition de la normativité juridique, de phénomènes aux formes et aux significations multiples qui ne relèvent pas du droit pour les auteurs déjà présentés. Antoine Bailleux, en discutant la théorie de François Ost et de Michel van de Kerchove, affirme, non seulement, que les parois de la pyramide sont ébranlées par les nouvelles théories du droit, mais que même la pertinence de la représentation du droit sous la forme d'un corps solide, tel que la sphère ou le cube, est remise en question. Il soutient que l'apparition des droits fondamentaux dans le paysage juridique a redéfini le rapport entre droit et morale. Pour interpréter la portée de ces droits, en effet, les tribunaux doivent chercher ailleurs que dans la pyramide, soit dans « des traditions pétries de valeurs où droit et morale sont difficiles à distinguer⁸⁴ ». Il soulève, également, le fait que la portée de ces droits peut varier en fonction des destinataires de la décision : les convictions morales d'une société influencent directement l'interprétation des règles de droit mais, aussi, leur délimitation et leur justification. Les droits de l'homme ne seraient *a priori* pas du droit, mais « le matériau qui aidera à la confection de celui-ci⁸⁵ ». Ici, il n'est plus question simplement de normativité. Le droit se mêle à d'autres phénomènes et il est simultanément « constitutif d'expériences » diversifiées⁸⁶.

Dans le même ordre d'idée, Gérard Timsit affirme que « la juridicité n'est pas un état, mais une qualité⁸⁷ ». On ne peut donc pas déterminer la juridicité d'une norme simplement par l'identification de son émetteur. Gérard Timsit souligne en effet que le récepteur de la norme peut placer, dans les « indéterminations » du texte, la

« Droit positif et idéologie », dans Chaïm Perelman (dir.), *Étude de logique juridique*, Bruxelles, Éd. Nauwelaerts, 1973, p. 88.

⁸⁴ *Supra*, note 14, p. 100.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 100 à 103.

⁸⁶ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *supra*, note 22, p. 1.

⁸⁷ Gérard TIMSIT, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, p. 95 [« Sept propositions »].

signification qu'il désire par un processus de décodage. Il rejoint ici le sujet que nous avons déjà abordé, c'est-à-dire le flou du droit, qui rend l'interprétation des textes non seulement nécessaire, mais partie du droit lui-même, à la différence que Gérard Timsit ne ravale pas l'interprétation au rang du droit dit *classique*. Il postule plutôt que le « degré de juridicité » dépend justement des conditions de décodage de la norme et, ultimement, du phénomène de co-détermination de la norme, soit du sens que lui donnent ensemble l'émetteur et le récepteur⁸⁸. Ainsi, il n'y plus de différence entre le texte et son interprétation, puisque le processus participe de la formation de la norme⁸⁹. Gérard Timsit introduit ici l'idée que certaines normes peuvent avoir, en partie seulement, un caractère juridique. Il récupère de cette manière une catégorie de normes exclues par les auteurs que nous avons étudiés jusqu'ici (les directives ou les standards par exemple)⁹⁰.

Roderick MacDonald va plus loin encore en incluant dans sa conception du pluralisme juridique la normativité proprement sociale. Il affirme même qu'il y a *confusion* entre la normativité juridique et la normativité sociale⁹¹. Il avance l'idée que les sujets façonnent les institutions et, par le fait même, le droit : c'est le sujet de droit qui fait le droit. Même le droit étatique est une construction découlant des interactions entre les sujets de droit et les sujets exerçant un rôle institutionnel. Mais il replace le droit dans son contexte social en soulignant le fait que ce sont les sujets détenteurs du pouvoir qui imposent leur conception du droit et de l'image qu'ils se font du sujet⁹². Car les normes sont le reflet de l'identité de ce sujet puisque « [l]a pluralité des ordres juridiques reste toujours dans l'imaginaire des sujets, dans la pluralité de leur conception de leur soi⁹³ ».

⁸⁸ À ce sujet, Geneviève TREMBLAY présente la construction du droit comme étant la « combinaison de [...] différents discours » : *supra*, note 80, § 53.

⁸⁹ *L'Archipel*, *supra*, note 1, pp. 20 et 244.

⁹⁰ *Sept propositions*, *supra*, note 87, p. 95.

⁹¹ « Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans Jean-Guy Belley (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, p. 259 [« Vieilles gardes »].

⁹² Roderick A. MACDONALD, *Pluralisme juridique*, *supra*, note 33, pp. 133-152.

⁹³ *Ibid.*, p. 144.

Dans cette perspective, les normes ne sont plus des règles imposées, mais des règles « négociées ». De la même façon, les décisions découlent d'un *accord* entre les justiciables⁹⁴. Pour Roderick A. MacDonald, le fait que les sujets peuvent, par exemple, régler leurs litiges en dehors des appareils de l'État et donc construire le droit dans des institutions informelles est la preuve d'une société ouverte et démocratique. Il affirme que, dans certains cas, « il est [...] préférable de ne pas donner un caractère formel à une relation ou à un usage ». Ainsi, en effet, celle-ci conserve son caractère souple⁹⁵.

Roderick A. MacDonald classe les normativités selon deux critères : leur nature implicite ou explicite et leur forme inférentielle ou formulée. Il en vient à créer quatre catégories : les normes manifestes, allusives, routinières et latentes. Ces catégories ne tiennent pas compte des sources du droit, mais plutôt des comportements des destinataires des normes⁹⁶. Il reconnaît les normes émises par une institution habilitée – les normes explicites. Il rejoint ici la position des auteurs que nous avons analysée dans la seconde partie de cette présentation. Cependant, il admet également celles qui découlent des usages – les normes implicites. C'est ici qu'il rompt complètement avec tout ce que nous avons vu jusqu'ici⁹⁷.

En introduisant l'idée de la normativité juridique issue de l'interaction, MacDonald ouvre toute grande la porte à l'étude du droit d'un point de vue sociologique, c'est-à-dire le droit redéfini comme élément constitutif d'une socialité vivante, dynamique et complexe. Mais, comme il se réclame du pluralisme juridique, on peut interpréter ses propos, non comme une ouverture du droit sur le monde mais, au contraire, comme la poursuite de son enfermement à travers une redéfinition englobant et récupérant toujours plus de phénomènes.

⁹⁴ *Ibid.* Roderick A. MACDONALD explique que les mécanismes de réglementation donnent de meilleurs résultats lorsque ceux qui en sont touchés participent activement à leur conception et à leur fonctionnement : *Le droit du quotidien*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 20 [« Droit du quotidien »].

⁹⁵ Roderick A. MACDONALD, *Droit du quotidien, ibid.*

⁹⁶ Roderick A. MACDONALD, *Pluralisme juridique, supra*, note 33.

⁹⁷ Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », *Sociologie et sociétés*, 1986, n° 18 (1), pp. 47-58 [« Normativité juridique »].

2. L'internormativité et le pluralisme juridique d'un point de vue sociologique : le rapport de la société au droit

La sociologie du droit est dans une position épistémique jusqu'à un certain point antagoniste à celle de la théorie du droit : alors que, comme nous l'avons déjà mentionné, la théorie du droit cherche plutôt à cantonner le phénomène juridique, la sociologie veut au contraire comprendre les faits sociaux dans leur dynamique, leurs rapports ou leur absence de rapport⁹⁸. Le droit est donc étudié ici comme un phénomène scientifique observable, une variable qu'il faut « isoler⁹⁹ » pour mieux l'étudier.

Nous nous attarderons donc à plusieurs postures analytiques en sociologie du droit, et plus particulièrement à celle de l'internormativité. Nous verrons d'abord celle de l'observation du « droit vivant » (A), puis celle de la définition d'autres formes de normativité (B) et finalement de l'équipollence des normes (C).

A. Observer le « droit vivant »

Le droit vivant – à travers la conception des acteurs – est abordé comme un fait social¹⁰⁰ : on étudie sa vie, son évolution, à travers « les pratiques concrètes de la vie quotidienne dans lesquelles les règles de droit sont utilisées et perçues (ou non)¹⁰¹ ». Dans cette perspective, « le droit [se fait] dans le milieu ambiant de la société, souvent à l'insu des juristes¹⁰² ». Les acteurs s'approprient et redéfinissent le droit : la

⁹⁸ La sociologie est définie comme étant la « science des faits sociaux étudiés dans leur ensemble » : Office québécois de la langue française, Dictionnaire, *supra*, note 41.

⁹⁹ Il s'agit en effet d'adopter le point de vue de « l'observateur externe », qui serait, selon François OST et Michel van de KERCHOVE, la « position scientifique » : dans Pierre NOREAU, « La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire », *Politiques et Sociétés*, 2000, n° 19 (2-3), p. 166. L'auteur continue en expliquant qu'« isoler un phénomène constitue en effet la première étape du travail scientifique ».

¹⁰⁰ Max WEBER dans Pierre NOREAU, *ibid.*, p. 166.

¹⁰¹ Jérôme PÉLISSE, « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses*, 2005, n° 59, p. 117.

¹⁰² Jean-Guy BELLEY, *Droit soluble*, *supra*, note 11, p. 9.

législation ne peut exister qu'à travers la « subjectivation¹⁰³ ». Pour Renaud Dulong :

« [Q]uantité de situations ordinaires tombent peu ou prou sous le coup de la loi, ont des implications morales, impliquent un débat, soit sur ce que la loi dit, soit sur ce qu'il convient de faire. [...] [C]'est donc bien à l'aide de notre savoir de ces choses que nous nous débrouillons, et que nous décidons de la loi¹⁰⁴. ».

Jérôme Pélisse rapporte que les études sur le droit vivant ne se font pas de la même façon en Europe et en Amérique : en Europe, en effet, on cherche plutôt à élaborer des théories générales sur la relation entre le droit et la société, alors qu'en Amérique, on procède à des études empiriques sur l'accès à la justice, les institutions judiciaires, etc.¹⁰⁵. Marc Hertogh résume la différence par la manière de poser la question de la recherche : « *What do people experience as "law" ?* » –, en Europe – en opposition à « *How do people experience (official) law ?* » –, en Amérique¹⁰⁶. Il rapporte que, dans les études empiriques, les Européens ont tendance à ne pas définir le concept de droit et à laisser les acteurs le faire eux-mêmes alors qu'en Amérique, les chercheurs déterminent à l'avance le droit qu'ils vont observer. Il compare les positions d'Eugen Ehrlich et de Roscoe Pound et oppose le « *living law* » et le « *law in action* ». Eugen Ehrlich, qui serait à l'origine de la tradition européenne, étudiait le droit tel qu'il vivait dans la tête des gens, à travers le comportement des individus, à l'intérieur comme à l'extérieur des institutions légales. Roscoe Pound – et Marc Hertogh soutient que sa position est devenue la doctrine américaine – étudiait le droit tel que les juristes le vivaient, tout en admettant que ces mêmes juristes, et notamment les juges, doivent

¹⁰³ Pierre NOREAU, *Législation*, *supra*, note 45, p. 215.

¹⁰⁴ « "On n'a pas le droit..." : sur les formes d'appropriation du droit dans les interactions ordinaires », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁵ Jérôme PÉLISSE, *supra*, note 101, p. 117.

¹⁰⁶ Marc HERTOIGH, « A "European" Concept of Legal Consciousness : Rediscovering Eugen Ehrlich » (2004) *J.Law & Soc.* 31 (4), p. 475 (entre guillemets dans le texte). Pour André-Jean ARNAUD et José FARINAS DULCE, la sociologie du droit européenne s'est « centrée sur l'analyse des fins et des fonctions du droit », alors que la sociologie du droit américaine, « socio-empirique [...], [...] s'est [notamment] développée sur des méthodes et des techniques "quantitatives" », *supra*, note 2, p. 100.

faire appel aux principes et aux valeurs dans leur pratique quotidienne¹⁰⁷.

Patricia Ewick et Susan Silbey définissent également le *Legal Consciousness* comme étant d'abord un phénomène collectif, donc commun, ensuite, comme un processus par lequel les individus passent pour prendre leur décision et, finalement, comme la participation active dans la construction du droit¹⁰⁸. Il s'agit donc de saisir comment les gens donnent du sens au droit et aux institutions légales¹⁰⁹. Laura B. Nielse précise qu'en étudiant le *Legal Consciousness*, on en vient logiquement à étudier le « *Legal Unconsciousness*¹¹⁰ ». En effet, à la fin de leur étude empirique, Patricia Ewick et Susan Silbey constatent que, la plupart du temps, les gens ne pensent pas du tout au droit (« *most of the time, though, people don't think of the law at all*¹¹¹ »). Ainsi, c'est en fonction non de la loi, mais plutôt de ce qu'ils savent de la loi, que les individus évaluent les situations¹¹². C'est que, notamment, les origines du droit sont tellement lointaines que les individus les ont oubliées et reproduisent simplement par récurrence des comportements prescrits par le droit¹¹³. Cela étant, les auteures dégagent trois types de relation au droit : être en face du droit, être avec le droit et être contre le droit.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 473, 474, 465 et 473.

¹⁰⁸ *Common place, supra*, note 53, pp. 45 et 247.

¹⁰⁹ Patricia EWICK et Susan SILBEY, « Conformity, Contestation and Resistance : an Account of Legal Consciousness », *New Eng. L. Rev.*, 1992, n° 26, p. 734 [« Conformity »] et Susan SILBEY, « After Legal Consciousness », *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2005, n° 1, p. 326.

¹¹⁰ « Situating Legal Consciousness : Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment », *Law and Society Review*, 2000, n° 34 (4), p. 1058. Patricia EWICK et Susan SILBEY, précisent que, pour connaître les usages du droit, il faut savoir qui l'utilise et comment, mais, aussi, qui ne l'utilise pas : *Conformity, ibid.*, p. 737.

¹¹¹ *Common place, supra*, note 53, p. 15.

¹¹² Renault DULONG précise tout de même que le respect de la loi peut être une préoccupation réelle : *supra*, note 104, pp. 258 et 260.

¹¹³ Patricia EWICK et Susan SILBEY, *Common place, supra*, note 53, p. 18. Pierre NOREAU, dégage trois formes d'adhésion au droit : « l'adhésion au contenu, l'adhésion aux normes implicites contenues dans le droit et l'adhésion aux questions en jeu dans le droit » : *Législation, supra*, note 45, pp. 221-222.

Tableau a : les trois types de rapport au droit selon Patricia Ewick et Susan Silbey¹¹⁴

	En face du droit	Avec le droit	Contre le droit
Normativité	Impartialité, objectivité de la loi et du droit	Légitimité partielle du droit, recherche de son propre intérêt	Pouvoir du droit, «la force fait le droit»
Contraintes	Liées aux structures organisationnelles	Contingentes, closes (par une décision, un verdict)	Visibles institutionnellement
Capacité	Donnée par les règles, l'organisation formelle	Liée à des ressources individuelles : l'expérience, l'habileté	Inserée dans les structures sociales : rôles, règles, hiérarchie
Temps/ Espace	Séparé de la vie de tous les jours	Simultané à la vie de tous les jours	Colonisant le temps, l'espace de la vie de tous les jours
Archétype	Bureaucratie	Jeux	Débrouillardise

Les catégories de Patricia Ewick et de Susan Silbey permettent bien de saisir le rapport quotidien des individus au droit. Lorsque les individus se trouvent « en face du droit », ils croient à son caractère juste, lui sont loyaux et acceptent les institutions légales. Ils peuvent également être frustrés par le peu de pouvoir qu'ils ont dans leur rapport au droit¹¹⁵. Quand les individus sont « avec le droit », ils s'en servent, ils jouent avec, ils le manient dans la poursuite de leurs propres intérêts ; il y a donc peu de considération pour la légitimité de

¹¹⁴ En français dans Jérôme PÉLISSE, *supra*, note 101, p. 125 ; la version originale anglaise se trouve dans Patricia EWICK et Susan SILBEY, *Common place*, *supra*, note 53, p. 224.

¹¹⁵ *Common place*, *supra*, note 53, p. 47.

la procédure légale, c'est plutôt son effectivité qui compte¹¹⁶. Le fait d'être « contre le droit » place l'individu dans une position de défiance. Il est mû par un fort sentiment de justice et oppose le droit aux droits¹¹⁷. Il est intéressant de souligner que les auteures précisent qu'une même personne peut avoir plusieurs compréhensions du droit et que le phénomène de résistance au droit – qui peut être occasionnelle ou régulière – dépend de l'histoire personnelle et de la situation particulière¹¹⁸.

Cependant, on peut très justement se demander comment Patricia Ewick et Susan Silbey définissent le droit qu'elles ont observé. La réponse se trouve dans le discours que Susan Silbey a fait lors de la remise de son doctorat *honoris causa* à l'École normale supérieure de Cachan :

« *In this view, law is not only made in legislatures, in courtrooms or in judge's chambers ; it is reproduced and woven throughout the culture, in the streets, in the shops, in classrooms and kitchens, wherever rules and regulations of law become a part of how we organize our lives*¹¹⁹. ».

C'est également le point de vue de certains anthropologues allés étudier les sociétés dépourvues d'institutions légales ; Robert Kidder rapporte, par exemple, l'étude d'E. Adamson Hoebel chez les Eskimos du nord du Canada¹²⁰. Ce peuple ne disposait, au moment de l'étude, ni de service policier ou d'armée, ni de juge ou d'avocat : aucune institution n'était donc habilitée à produire ou à appliquer le droit. La communauté avait aménagé le rituel du « *song duel* », rituel par lequel les protagonistes se confrontaient publiquement. Aucune

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 48. C'est également l'idée défendue par Eric A. POSNER dans *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

¹¹⁷ Patricia EWICK et Susan SILBEY, *Common place, ibid.*, pp. 48-49 ; pour Roger COTTERRELL, il faut, dans l'étude sociologique du droit, tenir compte du droit comme expression du pouvoir étatique : *supra*, note 32, p. 308 ; Geneviève TREMBLAY rapporte que, pour certains, le droit est construit par les élites et imposé par la suite : *supra*, note 80, par. 49 ; Howard ZINN va jusqu'à dire que le droit est « une tyrannie », « une conspiration » qui va à l'encontre de l'instinct naturel des hommes à agir justement : dans Robert KIDDER, *supra*, note 52, p. 28.

¹¹⁸ Patricia EWICK et Susan SILBEY, *Common place, ibid.*, pp. 228 et 235.

¹¹⁹ Susan SILBEY, « Réponse à Jacques Commaille », *Droit et société*, 2007, n° 65, pp. 15-16.

¹²⁰ *Supra*, note 52, p. 15.

sanction officielle n'était imposée et personne n'était reconnu coupable ou innocent. Pourtant, les individus recouraient rarement à ce cérémonial, préférant trouver solution à leur litige entre eux. Les chercheurs en sont venus à la conclusion que le simple fait de s'exposer au jugement social de la communauté suffit à dissuader les individus de se nuire. Les conséquences du « *song duel* » sont, pour les anthropologues, des traces de la présence d'une forme de normativité juridique¹²¹.

L'observation empirique du droit vivant permet de comprendre le rapport des individus, non seulement au droit et à son pouvoir normatif mais, par extension ou par opposition, à la normativité de façon générale. Cependant, elle ne met pas en lumière l'existence d'autres formes de normativité qui président aux prises de décision des individus ou des groupes sociaux.

B. La définition d'autres formes de normativité

En observant les acteurs sociaux, on constate non seulement qu'ils savent « manier le droit flexible de l'État », mais qu'ils aménagent leurs propres normativités¹²². Selon Jean Carbonnier, qui établit la dénomination de « pluralisme normatif¹²³ », les normes non juridiques non seulement régulent les rapports sociaux, et parfois mieux que ne le fait le droit, mais elles sont de surcroît dans un lien de complémentarité, voire de concurrence avec le droit¹²⁴. Ainsi, une norme efficace n'est pas forcément juridique. Encore une fois, cette

¹²¹ C'est également l'opinion de Bronislaw MALINOWSKI, pour lequel les pratiques sociales sont du droit lorsque les gens organisent leur vie autour de ces règles : dans Robert KIDDER, *supra*, note 52, p. 21. C'est peut-être ce que Susan SILBEY appelle « *profane law* », qui correspond à la normativité quotidienne, mais également aux interactions. Elle donne en effet pour exemple les chicanes entre voisins, les rapports de carte de crédit ou l'indifférence des bureaucrates : *supra*, note 119, p. 17. Elle rejoint à ce sujet la perspective pluraliste de Roderick A. MACDONALD selon laquelle toute normativité est du droit.

¹²² Jean-Guy BELLEY, *Droit soluble*, *supra*, note 11, p. 10 ; il souligne également que « toute régulation sociale n'est pas juridique » : *État et régulation juridique*, *supra*, note 73, p. 27.

¹²³ S'opposant, à notre avis, au pluralisme juridique : *Sociologie juridique*, *supra*, note 34.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 315 ; voir également André LACROIX, *supra*, note 25, p. 200. Pour Guy ROCHER, une norme appartient au droit seulement si elle est intégrée à un ordre juridique : *Droit et éthique*, *supra*, note 8, p. 136.

constatation pose en filigrane la question de la juridicité. Mais ici, plutôt que de tenter de comprendre comment ces normativités se définissent par rapport au droit, il est plutôt question de comprendre le sens de leur existence.

Examinons d'abord le concept de « non-droit » tel que développé par Jean Carbonnier et selon lequel, même si les législations tentent de recouvrir de plus en plus de situations de toutes sortes, c'est « peine perdue¹²⁵ ». « Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique¹²⁶. » Le non-droit peut être la conséquence d'un retrait conscient du droit. Par exemple, par « autolimitation » – certaines situations ne sont pas même conceptualisées par le droit –, par l'existence de lieux ou de temps de non-droit – comme l'intimité des maisons ou le dimanche. Le non-droit peut également découler de contradictions internes au droit ou de l'impossibilité d'appréhender juridiquement certaines situations factuelles. Le non-droit peut également être la conséquence d'un choix individuel. Ainsi, dans quelques matières, les « choix sont diffus » puisque le droit est facultatif et que les gens vivent comme si le droit n'existait pas, sauf dans quelques situations précises de leur vie. La vie sociale peut donc s'organiser en l'absence du droit, les individus allant jusqu'à passer des conventions officieuses, ne souhaitant pas la possibilité d'action en justice : c'est ce que Jean Carbonnier appelle les « situations d'amitié ». Dans d'autres situations, le droit fait des compromis pour accommoder le quotidien des gens dans des « situations de fait¹²⁷ ». Malgré l'existence du non-droit, Jean Carbonnier constate que la pression sociale pèse en faveur des situations juridiques. Pour les juristes, les phénomènes de non-droit restent secondaires. Le droit y serait d'ailleurs « latent ». Pourtant, curieusement, non seulement les gens vivent en dehors du droit, mais ils y voient une réussite : « Il faut arriver au but en zigzagant, sans être jamais heurté à un gendarme ou à un juge. Les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas¹²⁸. » La zone de

¹²⁵ *Flexible droit*, *supra*, note 12, pp. 26 et 62.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 26.

¹²⁷ Par exemple, les conjoints de fait, bien que ne bénéficiant pas de la protection juridique du mariage, peuvent faire reconnaître leur union à des fins précises, dans *ibid.*, pp. 33 et suivantes.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 41.

non-droit n'est donc pas l'absence de toute contrainte normative, mais plutôt l'activation de normativités non juridiques s'apparentant au contrôle personnel ou informel¹²⁹. Si ce concept nous permet de cerner ces espaces sans droit, il ne permet cependant pas de comprendre l'agencement modulable, ou variable, du droit étatique et des autres formes de normativité.

Pour certains auteurs, les normativités non étatiques ne peuvent émerger qu'en l'absence de droit : elles prennent une place laissée vacante. Pour d'autres, c'est l'inverse : le droit n'a de raison d'être que là où le contrôle social est inexistant. Ainsi, Robert C. Ellickson postule qu'un droit qui serait mal fait aurait plutôt tendance à renforcer le contrôle social informel : « *Law makers who are unappreciative of the social conditions that foster informal cooperation are likely to create a world in which there is both more law and less order*¹³⁰. ». Éric A. Posner pose le raisonnement dans l'autre sens, puisque, pour lui, la présence du droit dépend directement de la solution qu'a proposée au préalable le système normatif non légal¹³¹. Donald Black va jusqu'à affirmer : « *Law is stronger where other social control is weaker*¹³² ». Il donne pour exemple le contrôle interne qu'exercent la famille, l'Église, les voisins, etc. ; en fonction des communautés et des époques, on remarque que la variation du contrôle social informel qu'offrent ces entités est proportionnellement inverse à celle du droit. D'après lui, un citoyen libre de contrôle social informel peut plus facilement se retrouver en cour et éventuellement en prison. Il fait le même raisonnement au sujet des organisations de

¹²⁹ Le *contrôle personnel*, ou autorégulation, est celui par lequel l'individu s'astreint seul à l'observance des normes alors que le *contrôle social informel*, au sein de la communauté ou du groupe, est plutôt celui par lequel les pairs manifestent une désapprobation du comportement déviant : Erving Goffman, « La folie de "position" », dans Franco Basaglia et Franca Basaglia (dir.), *Les criminels de paix*, Paris, PUF, 1980, p. 279. Voir également Patrick PHARO, *Raison et civilisation—Essai sur les chances de rationalisation morale de la société*, Paris, Éditions du Cerf, 2006, p. 160 [« Raison »].

¹³⁰ *Supra*, note 53, p. 284. C'est ce que tend à démontrer l'étude menée par Christine VÉZINA sur le droit applicable en matière de droit de la santé : « Normativité et droit de la santé – Normes de résistance et droit à l'égalité des personnes vivant avec le VIH. Réflexion sur les normativités parallèles au service de l'effectivité », *R.J.T.*, 2010, n° 44 (2), pp. 209-227.

¹³¹ *Supra*, note 116, p. 4.

¹³² *The Behavior of Law*, New York, Academic Press, 1976, p. 107.

nature privée qui, ayant leur propre contrôle social, ont « moins de droit¹³³ ». Cette perspective rejoint celle de Max Weber pour qui, si d'autres pouvoirs que l'État – et il donne en exemple le pouvoir religieux – ont un effet qu'il qualifie d'« appréciable », alors la « contrainte juridique » de l'État sera moindre¹³⁴.

À titre d'illustration, considérons les mutations sociales des années 1960. À cette époque, l'individualisme et la liberté sont devenus les nouvelles valeurs sociales, remplaçant soudainement le système de valeurs séculaire en place jusqu'alors. Dans ce contexte, les individus se sont retrouvés « contraints [...] d'inventer sans cesse leurs règles et leurs normes¹³⁵ ». Le problème qui se posa alors fut celui de la *limite* : la solution était le droit. Il semblerait que le recul de la tradition et, par le fait même, de la normativité sociale, entraînerait forcément une recrudescence du droit qui récupérerait à son compte les espaces laissés vacants par les autres formes de normativité.

Cette inflation juridique aurait pour conséquence, d'après Michel Maffesoli, un décalage entre le contenu du droit, ses objectifs, et la réalité du quotidien.

« Trop de lois tue la loi. Et il n'est que voir, si l'on prend l'exemple français, ce qu'il en est de l'application de toutes ces lois formant le cadre légal censé régir la vie sociale! Qu'en est-il de la loi interdisant l'usage du cannabis ? Des règlements du Code du travail, de ceux de l'environnement, sans parler du Code de la route, des droits des malades et autres législations pleines de bonnes intentions, mais qui sont en déphasage total avec ce qui est, empiriquement, vécu. Il y a de l'anomie dans l'air du temps. Signe évident de l'abstraction de la légalité¹³⁶. »

Il s'ensuit que la production normative peut être décrite comme étant « le fruit d'une pluralité de forces et d'initiatives de sources diverses qui ne convergent pas nécessairement en fonction des seuls intérêts étatiques ou nationaux¹³⁷ ». Il faut donc comprendre que, non seulement une normativité sociale peut être forte et importante, mais

¹³³ *Ibid.*, pp. 107 à 110.

¹³⁴ *Supra*, note 4, p. 326.

¹³⁵ Alain RENAULT, « L'idée contemporaine du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, p. 74.

¹³⁶ *Le réenchantement du monde*, Paris, Perrin, 2007, pp. 107 et 108.

¹³⁷ Geneviève TREMBLAY, *supra*, note 80, § 28.

elle peut en plus placer l'individu dans un dilemme entre normativité étatique et non étatique. « Le droit partage l'espace social avec un très grand nombre d'institutions capables d'assurer, elles aussi, l'intégrité et l'étanchéité de l'ordre social qu'elles proposent¹³⁸. »

Prenons l'exemple de l'« autoréglementation » telle que présentée par René Côté et Guy Rocher¹³⁹. L'autoréglementation émerge spontanément dans les milieux où les changements sont constants. Elle est principalement une démarche de *normalisation* des conduites dans le but d'optimiser la productivité. Elle requiert la collaboration de chacun, mais est simultanément volontaire. L'autoréglementation peut être ignorée par le législateur, mais il est à son avantage de la récupérer, puisqu'elle bénéficie de l'expertise et de la légitimité du milieu concerné¹⁴⁰. Selon Geneviève Tremblay, les « régularités » se développent sous une forme ou une autre en fonction du degré de formalisation et d'institutionnalisation du milieu¹⁴¹. D'après certains auteurs, par exemple, un guide à visée programmatrice (plutôt que régulatrice) est de nature normative¹⁴². Plusieurs ont développé des catégorisations de normes non juridiques¹⁴³, mais elles recourent toutes, plus ou moins, les mêmes

¹³⁸ Pierre NOREAU, *Notions juridiques*, *supra*, note 45, p. 230.

¹³⁹ *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Thémis, 1994, p. 25. Guy ROCHER donne l'exemple de la profession médicale qui est « un des cas typiques où des agents ou appareils ont eu une autorité reconnue pour élaborer, interpréter et appliquer des règles ayant tous les caractères du juridique sans relever de l'État » : *Droit et éthique*, *supra*, note 8, p. 148.

¹⁴⁰ René CÔTÉ et Guy ROCHER, *ibid.*, p. 26.

¹⁴¹ *Supra*, note 80, § 42.

¹⁴² Guy ROCHER, Yves BRILLON, Pierrette MULAZZI et Thérèse LEROUX, « L'élaboration "dialogale" d'une normativité : le processus d'allocation des équipements médicaux entre centres hospitaliers », dans René Côté et Guy Rocher (dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Thémis, 1994, p. 106. Les auteurs font référence à Paul AMSELEK et son concept de « normes à fonction souple » qui peuvent très bien coexister avec des « normes impératives ».

¹⁴³ Voir entre autres René CÔTÉ et Guy ROCHER, *supra*, note 139, p. 9 ; Bartha M. KNOPPERS, *supra*, note 71, § 3 ; René LAPERRIÈRE, « L'émergence de normes dans le domaine des communications de renseignements personnels », dans René Côté et Guy Rocher (dir.), *op. cit.*, pp. 145-148 ; Joseph RAZ, *supra*, note 53, p. 106 et Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans Jean-Guy Belley (dir.) *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 195-231 [« Contrat »].

phénomènes. Normes techniques ou technico-scientifiques, normes éthiques, normes socioculturelles, elles ont un caractère institutionnel ou quasi-institutionnel¹⁴⁴, ce qui les rapproche, du point de vue ontologique, de la norme juridique.

La normativité peut cependant prendre une autre forme, non institutionnalisée et non formalisée, qui ne se définit pas dans le groupe, ou dans le fait qu'elle témoigne d'une récurrence du comportement. Elle peut en effet émerger au sein des relations interpersonnelles¹⁴⁵, mais aussi dans le constant effort de l'individu à réguler son comportement en fonction de son style de vie propre¹⁴⁶. Et, même si le comportement individuel se conforme à une normativité sociale, la source de cette conformité peut être ce qu'Elliot Aronson appelle l'« intériorisation » de la norme et donc son interprétation par l'individu qui veut agir selon ce qu'il croit être juste¹⁴⁷. L'action individuelle ne dépend ici, ni de la pression sociale, ni de la sanction, mais de l'appréciation personnelle. Dans ce cadre, l'individu devient un « relais » par lequel la norme prend vie¹⁴⁸.

La réflexion sociologique sur l'internormativité ne peut pas se contenter de constater la présence de ces différentes formes de normes ; elle doit aussi tenter de comprendre l'aménagement social dont elles témoignent. Émile Durkheim disait d'ailleurs, en parlant du droit, que l'architecture de celui-ci, dans une société donnée, dépend directement de la structure sociale de cette société¹⁴⁹. Mettre toutes les sortes de normes sur un pied d'égalité permet de saisir leur portée,

¹⁴⁴ Alf Ross définit la norme comme une directive ou un commandement qui émane forcément « d'individus spécialement investis du pouvoir de diriger la conduite d'autres êtres humains » : Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et société*, 2002, n° 50, p. 31.

¹⁴⁵ Pierre NOREAU écrit d'ailleurs que « la trop grande rigidité des formes de socialisation acquises (ici les institutions juridiques) les rend nécessairement vulnérables aux nouvelles formes de socialisation qui naissent inévitablement dans la foulée de nos rapports quotidiens » : *Notions juridiques, supra*, note 45, § 11 ; lire également Pierre NOREAU, *Législation, supra*, note 45, p. 208.

¹⁴⁶ Il existerait « une tension entre le contenu de la vie personnelle et les dimensions formelles de la vie sociale » : Pierre NOREAU, *Notions juridiques, ibid.*, § 9.

¹⁴⁷ *The Social animal*, 4^e ed., New York, Freeman and company, 1984, p. 33.

¹⁴⁸ Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société - Cours au Collège de France 1976*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 26.

¹⁴⁹ Émile DURKHEIM, dans Alan HUNT, *supra*, note 43, p. 70.

leur rôle et leur pouvoir respectifs, mais aussi, éventuellement, de comprendre le processus par lequel les individus choisissent de s'y conformer.

C. L'équipollence des normes

Commençons d'abord par souligner le fait que des résultats de recherche empirique, infirmant ce qui est communément admis, démontrent que, bien que la coopération ne soit pas optimale, les individus se conforment généralement à la normativité de nature purement sociale, informelle et non juridique¹⁵⁰. Il est intéressant de savoir que, pour Georges Canguilhem, les normes sociales peuvent être techniques, économiques et juridiques. Pour lui, l'unité virtuelle de ces normes constitue une organisation, soit une structure générale et formelle¹⁵¹. Les auteurs qui se sont intéressés à ce type de normes ont donc principalement cherché à comprendre leur nature et à saisir les raisons pour lesquelles les individus les acceptent comme étant contraignantes.

Frederick Shauer expose les raisons de l'existence des normes, quelle que soit leur nature : il s'agit de la justice, la confiance, l'efficacité et la stabilité¹⁵². Il s'ensuit que, logiquement, toutes les normes ont objectivement le même but et le même statut. Il n'y a donc, dans cette conception, aucune prépondérance logique du droit sur les autres types de normativité. Joseph Raz dira que les individus ont des *raisons* d'adopter un comportement ou un autre ; d'après lui, ce sont les faits qui sont signifiants du point de vue normatif (« *normatively signifiant*¹⁵³ »). C'est donc la situation qui détermine le geste à poser.

D'après Robert C. Ellickson, ce qui guidera l'individu confronté à un choix normatif est son sentiment de responsabilité, ce qui, d'après lui, ne dépend pas des lois formelles mais plutôt du contrôle social informel. Comme Patricia Ewick et Susan Silbey, Robert C. Ellickson détaille trois sortes de comportements face à la norme : prosocial, neutre et antisocial. Les règles, émises par des

¹⁵⁰ Elinor OSTROM, dans Eric A. POSNER, *supra*, note 116, p. 173. D'après Patrick PHARO, « [l]e modèle conventionnel et juridique a toujours exercé une forte attraction sur les tentatives d'explication de la contrainte sociale ou politique » : *Phénoménologie du lien civil – Sens et légitimité*, Paris, L'Harmattan, 1992, p. 85.

¹⁵¹ Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1966, p. 185.

¹⁵² *Supra*, note 77, p. 118.

¹⁵³ *Supra*, note 53, p. 18.

« contrôleurs », sont assorties de sanctions et sont adaptées aux comportements qu'elles visent à réguler. Les groupes sociaux développent des normes dans le but d'assurer leur bien-être ; ils utilisent les punitions et les récompenses pour arriver à leurs fins¹⁵⁴. Dans cette perspective, la sanction joue ici un rôle primordial. Mais l'originalité de Robert C. Ellickson réside dans l'incorporation, au sein du système de contrôle social, de normes de nature strictement subjective qui, non seulement émanent de l'individu, mais dont l'application quotidienne, ainsi que l'éventuelle sanction, dépendent également de lui.

Tableau b : elements of a Comprehensive System of Social Control¹⁵⁵

Controller	Rules	Combined system	Sanction
Actor	Personal Ethic	Self Control	Self-sanction
Person acted upon	Contract	Promisee-enforced Contract	Personal self-help
Social Forces	Norms	Informal Control	Vicarious self-help
Organization	Organized Rules	Organization Control	Organization enforcement
Government	Law	Legal System	State enforcement

Pour Robert Cooter, les normes se rapportent au bien public : elles sont des « outils de coopération » qui permettent de maintenir l'unité sociale, ce qui est logiquement dans l'intérêt de tous¹⁵⁶. Comme Elliot Aronson, Robert Cooter fait référence à l'« intériorisation de la norme » mais, pour lui, il s'agit plutôt du fait d'accepter la norme comme étant une obligation. L'individu se conforme donc à la norme même s'il n'y voit pas un avantage personnel direct¹⁵⁷ simplement

¹⁵⁴ *Supra*, note 53, pp. 124, 282 et 283.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 131.

¹⁵⁶ Robert Cooter tel qu'il est cité dans Lawrence E. MITCHELL, « Understanding Norms », *Univ. of Toronto L. J.*, 1999, n° 49, p. 10 de la version électronique. C'est également l'opinion de John RAWLS, qui croit que les individus sont concernés par le maintien de la société comme un ensemble : Lawrence E. MITCHELL, p. 31.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 17.

parce qu'il y a un « coût psychique » à la violer. Pour Cooter, la norme s'impose tout simplement d'elle-même si assez de gens l'ont intériorisée¹⁵⁸.

Elliot Aronson identifie lui aussi trois fondements de la conformité aux normes, qu'elles soient de nature juridique ou non : la « conformité », l'« identification » et l'« intériorisation ». La conformité est de nature circonstancielle ; elle peut très bien rapidement changer, au gré notamment des récompenses et des punitions qui sont assorties à la norme. C'est l'état qui a le moins d'effet concret sur l'individualité. L'identification est le processus par lequel l'individu cherche à ressembler à celui qui l'influence ; le comportement peut donc changer si l'admiration pour celui auquel on s'identifie diminue ou si celui auquel on s'identifie change de comportement. L'individu se met à croire dans les valeurs et les opinions qui sous-tendent son comportement. Finalement, l'intériorisation, comme nous l'avons présentée, correspond au désir d'être juste. Elle est donc auto-entretenu et est la plus permanente¹⁵⁹.

Le phénomène d'intériorisation soulève la question de la signification que les acteurs donnent à leur action¹⁶⁰. Eric A. Posner va jusqu'à dire que la conformité aux normes est utilisée comme « signal » par l'individu pour démontrer son statut social¹⁶¹ :

« Social norms describe the behavioural regularities that occur in equilibrium when people use signal to show what they belong to the good type. Social norms are endogenous : they do not cause the behaviour, but are the label that we attach to behaviour that results from other factors¹⁶². ».

¹⁵⁸ Dans le même ordre d'idée, David MARSDEN dit que plus les règles sont connues et partagées, plus on peut être certain qu'elles seront respectées. Mais, pour lui, la décision personnelle est le résultat d'un calcul prévisionnel sur l'agissement des autres. C'est donc en cherchant à prévoir les choix des autres que l'on fait les nôtres : « Pour un individualisme méthodologique à composante sociale et à rationalité limitée », *Sociologie et sociétés*, 2002, n° 34 (1), pp. 113-117. Lire également Erving GOFFMAN, *Folie, op. cit., supra*, note 129 et *La mise en scène de la vie quotidienne, Tome 2 : les relations en public*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1973.

¹⁵⁹ *Supra*, note 147, pp. 33 et 34.

¹⁶⁰ Jean-Guy BELLEY, *État et régulation juridique, supra*, note 73, p. 27.

¹⁶¹ *Supra*, note 116, pp. 27-29 et 34.

¹⁶² *Ibid.*, p. 34.

Dans cette perspective, la conformité à la norme est strictement instrumentale et a une valeur symbolique puisque l'individu associe le comportement à des qualités. Pour Donald Black, les normes sociales définissent qui est respectable et qui ne l'est pas. Il donne l'exemple des prostitués, des joueurs, des drogués, qui se tiennent, par leur comportement, en marge, et même en contravention de la normativité sociale¹⁶³. Eric A. Posner explique cette association symbolique par l'histoire des sociétés, mais également par la fabrication de signaux par ce qu'il appelle les « *norm entrepreneurs*¹⁶⁴ ». Les *norm entrepreneurs* disposent d'un « *business plan* » (campagne de subvention, médias, public cible, etc.) qui leur permet de convaincre l'opinion publique, de créer des idéologies. L'État peut en être un, et ses innovations législatives peuvent changer les croyances et les opinions¹⁶⁵. Mais pour Posner il n'y a aucune hiérarchie entre les *norm entrepreneurs*, ni entre les normes qui résultent de leur travail.

Paul Amseleck, lui, postule que les normes n'ont aucune existence extérieure : « elles sont présentes uniquement dans notre esprit¹⁶⁶ ». Elles ont également une vocation instrumentale, puisqu'elles servent de moyen de transmission, pour « faire passer dans l'esprit d'autrui les règles que l'on a soi-même à l'esprit¹⁶⁷ ». La normativité est ici appréhendée comme une idée, une pensée. Paul Amseleck différencie très nettement norme et règle : c'est aux règles qu'il revient de réguler les comportements¹⁶⁸. Pour Harold Garfinkel, la contrainte normative n'émane justement pas des règles, mais plutôt de l'« intercompréhension pratique » : la norme, pour exister, doit être comprise, vécue et agit « dans et par rapport à autrui¹⁶⁹ ».

¹⁶³ *Supra*, note 132, pp. 111-112.

¹⁶⁴ *Supra*, note 116, p. 29. Le concept de « norm entrepreneur » est développé par Cass R. SUNSTEIN.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 32.

¹⁶⁶ « Le droit, technique de direction des conduites humaines », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, p. 8.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 9 et 10.

¹⁶⁹ Harold Garfinkel tel qu'il est cité dans Paul LADRIÈRE, « Vues rétrospectives sur l'éthique et le juridique », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 274.

Conclusion : le pluralisme normatif comme nouveau paradigme

Les perspectives théoriques sur l'internormativité et sur le pluralisme juridique dont nous avons fait état témoignent de questionnements et de visions du droit parfois antagonistes, du moins plurielles. Nous en tirons des enseignements de deux ordres. Dans un premier temps, nous concluons à l'existence d'une pluralité de foyers normatifs desquels émanent des normes de diverses natures qui se superposent, sont en concurrence ou voyagent d'un ordre normatif à un autre¹⁷⁰. La contrainte qu'elles exercent semble liée à leur rôle dans les groupes sociaux et à la perception ou à l'interprétation individuelle. La place hiérarchique privilégiée du droit n'est donc pas évidente en soi, mis à part du point de vue strictement symbolique¹⁷¹. Dans un second temps, l'étude des points de vue juridique et sociologique sur l'internormativité et le pluralisme révèle le rôle central et privilégié des individus et des collectivités dans l'évolution des rapports normatifs. Rappelons que si, pour certains auteurs, les normes ne peuvent exister qu'à travers le lien social¹⁷², pour d'autres, elles participent plutôt d'un processus identitaire¹⁷³.

À partir de ces constats, il nous semble évident que la réflexion en théorie et en épistémologie du droit doit évoluer vers une modélisation qui permette de rendre compte des mutations juridiques et sociales actuelles. C'est également ce qu'écrit Mireille Delmas-Marty :

« Ce qui domine le paysage juridique actuel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme

¹⁷⁰ Lire Emmanuelle BERNHEIM et Christine VÉZINA, « La trajectoire normative dans le domaine de la santé : entre normes officielles et officieuses », *Interrogations - Revue pluridisciplinaire en science de l'homme de la société*, 2008, n° 6, pp. 42-59 [en ligne] http://www.revueinterrogations.org/fichiers/120/trajectoire_normative_dans_le_domaine_de_la_sante.pdf, consulté le 6 avril 2011.

¹⁷¹ Lire Pierre NOREAU, *Force symbolique*, *supra*, note 23 et Pierre NOREAU, « Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : Objets et perspectives pour la sociologie politique du droit », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, 2009 [en ligne], http://www.caij.qc.ca/doctrine/congres_du_barreau/2009/1310/1310.pdf, consulté le 6 avril 2011 [« Égalité »].

¹⁷² Pierre NOREAU, *Législation*, *supra*, note 45 et Harold GARFINKEL, dans Paul LADRIÈRE, *supra*, note 169.

¹⁷³ Roderick A. MACDONALD, *Pluralisme juridique*, *supra*, note 33, p. 144.

disloqué par une mondialisation anarchique, et trop vite unifié, voire uniformisé, par une intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes. Ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste, peut dès lors sembler un objectif inaccessible et même contradictoire : le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, donc à la séparation de systèmes autonomes et fermés, alors que le terme d'ordre invite à penser en termes de structuration, voire de contrainte. Pour dépasser la contradiction, il faut réussir à respecter la diversité tout en permettant une harmonie d'ensemble¹⁷⁴. »

De notre point de vue, plusieurs données doivent être considérées dans la théorisation d'une forme renouvelée de pluralisme juridique. D'abord, il faut retenir de la recherche sur l'internormativité et le pluralisme le fait que les phénomènes normatifs ne sont pas statiques et unifiés, mais plutôt « vivants » et dynamiques. De même, aucune hiérarchie ne s'impose clairement entre les différents types de normes. Afin de mieux cerner l'effectivité normative réelle, nous proposons d'ouvrir les critères de qualification à des normes dont les attributs ne seraient pas calqués sur le droit étatique, évitant ainsi tout classement entre elles. Du fait de la rupture avec les caractéristiques proprement juridiques et de l'absence de hiérarchie normative, il nous semble plus à propos de parler de « pluralisme normatif ». Le pluralisme normatif ne doit pas être pensé seulement en termes de normes en opposition entre elles ou avec le droit. Il ne peut non plus correspondre, à l'instar de l'internormativité, qu'à d'éventuels transferts de contenu de normes *a priori* non juridiques vers le droit positif. Le pluralisme normatif doit plutôt être conceptualisé comme un ensemble de normes complexes, issues de diverses sources et s'imposant avec une force variable, dont les substances peuvent se faire face, voire se heurter. C'est cette pluralité de substances, parfois au sein d'une même norme, qui confronte l'individu au choix. En conséquence de l'existence même de ce choix, l'étude de la normativité ne peut en aucun cas faire l'économie des différents acteurs qui la saisissent et la manient.

¹⁷⁴ « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Daloz*, 2006, n° 14, p. 951. Lire également Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, tome 2, Paris, Seuil, 2006.

Au demeurant, le contexte social et politique dont nous avons brièvement fait état en introduction de ce texte nous mène au même constat. Il ne s'agit évidemment pas ici de prendre position en faveur d'une doctrine individualiste, mais plutôt de prendre acte, chez l'individu, de l'importance de la subjectivité et d'une éventuelle *marge de liberté*¹⁷⁵. Cette marge de liberté, qui autorise l'acteur à faire un choix entre différents types de normes, doit être contextualisée, inscrite dans un lien social, dans une *configuration* d'acteurs¹⁷⁶. Le concept de configuration permet de rompre avec la représentation traditionnelle de la société en tant que groupement d'individualités¹⁷⁷ pour s'attacher aux interdépendances humaines. Il s'agit plutôt de savoir « quel facteur relie les hommes en configuration¹⁷⁸ » et, surtout, quel est le rôle de la normativité dans cette interdépendance ou dans l'expression de cette interdépendance. Dans cette perspective, le choix de la norme par un individu dépend de l'idée qu'il se fait de son rôle dans la configuration mais également, plus largement, de sa fonction dans le lien social.

Il s'ensuit que la norme n'est pas conceptualisée en fonction de son contenu objectif mais plutôt par rapport à la signification que l'acteur lui donne, compte tenu de son propre rôle. Il ne s'agit donc pas simplement d'une intériorisation de la norme ou encore d'une simple adhésion de principe, mais bien d'une *appropriation*. Cette appropriation correspond à l'interprétation de la norme par l'acteur mais également à son « usage », car la même norme peut faire l'objet d'une multitude d'interprétations et d'applications. Ainsi, le pluralisme normatif lui-même, tel qu'il est « vécu » par les acteurs au sein d'une configuration, serait révélateur du lien social : la normativité permet en effet tout à la fois de s'affirmer et de simplifier le rapport à l'autre. Dans ce contexte, il faut concevoir la norme comme le vecteur symbolique du rapport interpersonnel et social et

¹⁷⁵ Michel CROZIER, « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁷⁶ Norbert ÉLIAS, *Qu'est-ce que la sociologie ?*, Marseille, Éditions de l'Aube, 1991.

¹⁷⁷ « Ces concepts [d'individu et de société] renforcent l'impression que la "société" se compose de situations situées hors du moi, de l'individu, et que celui-ci est à la fois entouré par la "société" et séparé d'elle par un mur invisible. », *ibid.*, p. 10 (entre guillemets dans le texte).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 160.

non comme une entité indépendante. Nous abondons ici dans le sens de Jacques Le Goff :

« Nous touchons là l'un des plus grands changements dans l'approche du droit, à savoir l'abandon progressif de son identification à une grammaire auto-suffisante pour un discours juridique dont on a fini par comprendre qu'avant d'être une technique, il est le langage que la société tient sur elle-même¹⁷⁹. »

Reconnaître le droit et les normes comme le reflet d'une conception de la société et des rapports sociaux permet à la fois de changer de perspective et de méthodologie. De perspective puisqu'au-delà des textes, la reconceptualisation du droit et des normes, tant comme idéation que positionnement de l'individu dans son lien à l'autre, permet de réfléchir en termes de « force sociale¹⁸⁰ ». La normativité devient sous cet angle à la fois un repère par lequel est déterminé le traitement réservé à l'autre, une mise en lien avec la collectivité et une légitimation. De notre point de vue, il devient possible ainsi d'accéder à l'une des facettes de la complexité dont nous avons parlé plus haut. Outre le foisonnement législatif, l'indéfinition de la juridicité et les modalités de la conformité aux normes, se pose en effet la question des attentes et du sens attribué par le groupe social au droit et aux normes en général. Si, comme l'avance Pierre Noreau, la force du droit vient notamment des attentes du « monde profane [qui] projette sur lui tous les idéaux de la justice¹⁸¹ », l'étude des normes est en réalité l'étude des valeurs d'une société.

C'est là que l'enjeu méthodologique devient central. La conceptualisation du pluralisme normatif comme phénomène social impose la mobilisation et le croisement de savoirs diversifiés et complémentaires. Par conséquent, en plus d'opter pour une posture épistémique « interdisciplinaire et polyphonique¹⁸² », il nous semble évident que la recherche empirique est une avenue à explorer. Dans une perspective « réaliste », le sens des normes et leur mobilisation par les acteurs sociaux, à travers l'observation et la compréhension

¹⁷⁹ Jacques LE GOFF, « Introduction », dans Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 14.

¹⁸⁰ Patrick PHARO, *Raison*, *supra*, note 129, p. 160.

¹⁸¹ *Égalité*, *supra*, note 171, p. 1.

¹⁸² Jacques LE GOFF, *supra*, note 179, p. 14.

des pratiques, permet d'appréhender la « validité empirique¹⁸³ » des normes. Pour nous, il s'agit de la seule méthode permettant l'étude de la normativité vivante. Par le paradigme du pluralisme normatif, nous accèderions à la « cartographie » de l'économie des rapports réels entre les normes replacées dans leurs contextes social, culturel et axiologique. Il serait alors possible d'entrevoir les rôles individuels et collectifs au regard des mutations juridiques et normatives ainsi que de saisir le lien circulaire entre 1. la valorisation du discours juridique et normatif, 2. l'attente et l'aspiration collective et 3. la revalorisation du discours juridique et normatif.

¹⁸³ Mireille DELMAS-MARTY, *Tragédie*, *supra*, note 29, p. 7.

