

**– C’EST UNE RÉVOLTE.
– NON, SIRE. C’EST UNE RÉVOLUTION.**

**Tentative de métaphore sur la
transition paradigmatique du droit**

par Richard OUELLET*

À l’heure de la globalisation politique et économique, à l’heure où la société civile reprend ses droits, l’État moderne vit des moments de troubles. Sa souveraineté est grugée à l’interne comme à l’externe. La porosité des frontières érode son autorité. La régulation et le règlement des conflits lui échappent de plus en plus. Si l’État, élément essentiel du paradigme aujourd’hui dominant dans le droit, perd sa place privilégiée de régulateur et d’arbitre, que peuvent et que doivent faire les juristes?

Par une métaphore avec la Révolution française, l’auteur tente ici de montrer que les juristes, s’ils souhaitent continuer de contribuer à la construction du droit, n’ont d’autre choix que d’apprendre à concevoir le droit comme l’objet d’une science procédant d’une logique dialectique et mieux accolée aux réalités économiques et sociales.

In this era of political and economic globalisation and of the strengthening of civil society, the State, as we use to know it, faces certain difficulties. Its sovereignty is eroded both internally and externally. The porosity of borders saps its authority. Regulation and dispute settlement are escaping its dominion. Therefore, if the State, essential element of today’s main legal paradigm, is deprived of its unique position of regulator and arbitrator, how must jurists react?

Using the French Revolution as a metaphor, the author tries here to illustrate that jurists, if they wish to continue building the law, will have no choice but to conceive the law as the object of a dialectically working science adapted to economic and social reality.

*. Étudiant au doctorat à la Faculté de droit de l’Université Laval.

SOMMAIRE

Avant-propos	207
Introduction	208
1. L'objet de la recherche <i>en droit</i>	210
2. La logique du droit	212
2.1 Une logique positive... pour la scientificité	214
2.2 Une logique normative... pour l'autorité	216
2.3 La logique d'un système... pour le droit	217
3. Une logique à changer pour un droit qui change	219
3.1 La perte de l'autorité	219
3.2 Le besoin d'une nouvelle scientificité	221
Conclusion : La fin du royaume des juristes	222

Who could fail to be interested in the transition through the priest's test of truth, the miracle of the ordeal, and the soldier's, the battle of the duel, to the democratic verdict of the jury!

– Oliver Wendell Holmes

Avant-propos

La communauté juridique fait depuis longtemps la sourde oreille aux appels pourtant pressants de certains théoriciens du droit qui réclament une nouvelle science juridique mieux accolée à ses disciplines voisines et aux contingences économiques et sociales. Une certaine forme de positivisme juridique, avec pour ciment l'État régulateur et arbitre, seul siège de la souveraineté, demeure étonnamment solide au cœur des cursus de nos facultés de droit.¹ L'État est pourtant considérablement affaibli aux plans politique, économique et social depuis l'avènement d'un nouvel ordre économique mondial et l'accélération d'un phénomène qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler la globalisation. Les États cèdent peu à peu le contrôle qu'ils exerçaient traditionnellement sur leur économie, leur devise et leurs frontières respectives. Il n'est désormais plus possible de concevoir ou d'appliquer des politiques publiques, à portée économique et sociale, sans tenir compte d'une nouvelle répartition de la puissance publique et des formes qu'elle prend dans la société civile et dans des organisations interétatiques mieux structurées, mieux financées et mieux gérées que jamais. Politologues, économistes, administrateurs publics et sociologues, qu'ils soient pour ou contre la globalisation et ses effets, conviennent généralement d'emblée que leur champ d'étude ne peut plus faire fi de la nouvelle donne globale et de la nécessité d'une nouvelle multidisciplinarité.

On voit mal comment il pourrait en être autrement pour le droit dont, par surcroît, le paradigme dominant repose sur une instance que la globalisation, on

1. André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J., 1998, à la p. 20.

l'a dit, dépossède graduellement de ses compétences. Le positivisme et la logique formelle qui confinent les praticiens du droit à leur pyramide de normes ont des effets potentiels importants sur la place qu'occupent les juristes dans la construction du droit. Déjà, en droit international économique, la branche du droit qui est probablement la plus directement tributaire du nouvel ordre mondial, les juristes deviennent lentement mais sûrement les rédacteurs et les gestionnaires de normes conçues, négociées et établies entre des économistes, des biologistes ou des chimistes, au sein d'organisations internationales qui sont chaque jour un peu plus affranchies de l'autorité de leurs États membres.

C'est donc de l'inéluctable déclin d'une certaine conception du droit et de l'émergence obligée d'une nouvelle science juridique ayant le droit pour objet que traitent les pages qui suivent. Par le biais d'une métaphore suggérée par la lecture d'une monographie² et d'un article d'André-Jean Arnaud³ et des publications récentes de Sousa Santos⁴ et de Teubner,⁵ nous cherchons ici à illustrer l'usage que font les juristes de la logique formelle et l'impact que devra avoir le prochain changement de paradigme sur la logique du droit et sur le repositionnement que devront opérer les juristes *dans* le droit ou *sur* le droit.

Introduction

– C'est une révolte!

– Non, Sire. C'est une révolution.

La conversation a lieu à Versailles, dans la chambre du roi, le 14 juillet 1789 peu après la tombée de la nuit. Le duc de la Rochefoucauld-Liancourt, grand maître de la garde-robe royale vient de réveiller Louis XVI pour

2. *Supra* note 1.

3. André-Jean Arnaud, «De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques» (1997) 35 *Revue Droit et Société* 11 .

4. Boaventura de Sousa Santos, «Three Metaphors for a New Conception of Law : The Frontier, the Baroque, and the South» (1995) 29 *Law & Society Review* 569; cet article est en fait une version adaptée du chapitre huit de la récente monographie de Santos, *Towards A New Common Sense : Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.

5. Gunther Teubner, «The King's Many Bodies : The Self-Deconstruction of Law's, Hierarchy» (1997) 31 *Law & Society Review* 763 .

l'informer que le peuple de Paris a pris la Bastille en fin de soirée. Le roi s'exclame : «Mais c'est une révolte!». Le duc se permet alors de corriger la perception du roi sur l'ampleur des troubles qui secouent la capitale.⁶

On dit que cette réplique aurait ébranlé le roi, qu'il aurait à ce moment commencé à douter, à croire que les soulèvements étaient à la fois bourgeois et populaires. Le roi aurait compris, dans la nuit du 14 au 15 juillet 1789, que son autorité était contestée. En fait, Liancourt et Louis XVI l'ignorent, mais l'autorité du roi lui sera tout à fait enlevée. Celui qui a dit : «Pourquoi donc les droits de l'Homme? Je suis le roi», sera déchu en août 1792. Celui dont l'aïeul Louis XIV aurait dit : «L'État, c'est moi», aura ensuite la tête coupée en janvier 1793.

La Révolution française a supprimé l'autorité royale. Elle a pris le pouvoir au roi. La souveraineté ne lui appartient plus. Il ne dit plus le droit. Nombre d'historiens et de politologues débattent sur l'issue véritable de la révolution, bourgeoise ou populaire. On sait en tout cas que, depuis la révolution, l'autorité et la souveraineté n'émanent plus de la couronne. L'État n'est plus le même. Être noble, duc, comte, marquis ou baron ne confère plus rien si ce n'est, parfois, du vieil argent de famille caché à la Révolution.

À l'heure de la globalisation politique et économique, à l'heure où la société civile reprend ses droits, l'État moderne vit aussi un début de révolution dont on évalue encore mal l'ampleur. Sa souveraineté est fragmentée à l'interne comme à l'externe, la porosité des frontières érode son autorité, la régulation et le règlement des conflits lui échappent de plus en plus. L'État est peut-être en train de «perdre la couronne». Si l'autorité change de mains, les juristes peuvent-ils continuer de s'y accrocher? Si oui, à quelles conditions? Si l'État, élément essentiel du paradigme aujourd'hui dominant dans le droit, perd sa place privilégiée de régulateur et d'arbitre, les nobles ou le «clergé» que sont les juristes risquent-ils d'être victimes de la révolution? Peuvent-ils être révolutionnaires? Ou peuvent-ils endiguer la révolution en «négociant le droit»

6. L'anecdote est rappelée et commentée par François Bluche dans *Dictionnaire des citations et des mots historiques*, Éditions du Rocher, 1997.

avec le Tiers-État pour éviter un autre serment du Jeu de paume? Être juriste confèrera-t-il encore quelque forme de pouvoir?

Nous nous attarderons d'abord à observer le travail des juristes pour bien comprendre ce qu'ils cherchent en droit et pourquoi ils le cherchent. Ayant déterminé l'objet de la recherche des juristes, nous verrons de quels outils de recherche ils ont vraiment besoin aujourd'hui pour trouver ce qu'ils cherchent et faire du droit ce qu'il doit être. Nous tenterons alors de dégager les principales caractéristiques de la logique du droit. Nous essaierons ensuite de voir si les outils dont sont aujourd'hui pourvus les juristes leur seront encore utiles quand il appartiendra aussi à d'autres qu'à l'État et aux juristes de définir les contours du droit. Enfin, en guise de conclusion, nous testerons jusqu'où il est possible de pousser la métaphore.

1. L'objet de la recherche *en droit*

Ce que les légistes aiment par-dessus toutes choses, c'est la vie de l'ordre, et la plus grande garantie de l'ordre est l'autorité. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que, s'ils prisent la liberté, ils placent en général la légalité bien au-dessus d'elle.

Alexis de Tocqueville
De la Démocratie en Amérique, Livre 1,
chapitre 16

On est peu de temps avant la Révolution. Le roi est souverain. Il choisit qui a accès à la cour. Il anoblit. Les nobles achètent des charges royales. Ils ont charge de terres, de domaines ou de villages. Ils sont responsables de l'application des édits royaux, ils exigent les impôts et les corvées dont ils sont eux-mêmes exemptés. Plusieurs ont d'importants grades dans la Garde Royale ou dans l'armée. Ils sont, pour certains, lourdement endettés mais une intrigue ou un passe-droit leur permet le plus souvent d'échapper à leurs créanciers ou aux conséquences de leur incurie. Bref, les nobles servent bien la monarchie et la monarchie les sert bien. Les nobles aiment l'ordre royal, ils se plaisent dans l'étiquette de palais, dans la quête des titres de cour, dans le monde molletonné de Versailles ou des châteaux de province. Ils savent pertinemment que la vaste

majorité du peuple français ne court pas après les titres mais après du pain... et après, tant que l'autorité du roi leur profite et les protège.

On est peu de temps avant la révolution paradigmatique. L'État fait les lois. Il est le ciment de la pyramide de normes qui balise l'activité des sujets de droit. Ses sujets, les citoyens, peuvent, moyennant certaines garanties de leur allégeance, accéder à la noblesse, la communauté juridique. L'obtention d'un rang leur permet d'appliquer ou d'interpréter des normes. Les plus chanceux d'entre eux sont nommés à la magistrature. Ils peuvent alors carrément dire le droit. Mais les juristes vivent dans un monde à part. Ils doivent agir et parler en fonction de l'intérêt de l'État. On attend d'eux qu'ils s'engagent dans les débats sociaux, mais qu'ils plaident pour le maintien d'un ordre où ils occupent une place confortable près du pouvoir.

Les juristes sont des nobles. Ils ne voient pas le monde comme les autres. À l'opposé des chercheurs des autres disciplines, les juristes n'utilisent pas les faits pour émettre et confirmer des hypothèses. Les constatations qu'ils tirent de la nature ne leur servent pas à valider leur recherche. Pour les juristes, les faits ne déterminent que le point d'envol vers un monde idéal où se déterminent sans référence à la nature et sans discussion les lois qui mènent au point d'atterrissage dans le concret. Ce que cherchent les juristes se trouvent hors du réel. On constate d'emblée, à la seule observation du travail des juristes, qu'ils ne cherchent pas quelque chose de vrai, de concret ni de vérifiable. La méthode scientifique ne leur est pas utile. Contrairement à la quasi-totalité des autres champs d'études, le droit n'a besoin ni de la vérité ni du réel pour être accepté et appliqué. Les lois de Newton doivent pouvoir se constater pour être acceptées, mises en application et enseignées. Que ce soit en physique, en sociologie, en médecine, en linguistique ou en économique, les théories qui ne se vérifient pas ne font pas long feu. Le droit, lui, n'a pas à être vrai pour être efficace. Il trouve son autorité ailleurs que dans la scientificité. Il la trouve dans la légalité. Le droit ne cherche pas à comprendre la nature, la société ou les individus. Il sert à juger.

C'est donc le but du droit (juger) et l'objet de la recherche en droit (la légalité) qui le distinguent des autres disciplines. Et cette particularité semble s'être amplifiée depuis plus ou moins 150 ans.

Depuis longtemps, la science exacte porte en elle l'équation entre la régulation et l'émancipation, c'est-à-dire l'idée que le progrès scientifique et social passe par une meilleure compréhension de la nature et des lois qui la régissent⁷. Au 19^e siècle, les sciences sociales ont emprunté cette équation aux sciences naturelles.⁸ Ce faisant, on tentait de voir d'un autre œil les problèmes sociaux, on les transformait en difficultés pouvant être résolues de façon scientifique ou technique. L'objectif était d'en arriver à une gestion moins arbitraire, moins politique de la vie sociale. Mais la dépolitisation scientifique de la vie en société ne pouvait se faire qu'à long terme. Pendant qu'on s'exerçait à comprendre les règles menant au progrès social, il fallait bien conserver un minimum d'ordre pour endiguer les rébellions et régler les litiges. C'est là que le droit s'est fait une place toute spéciale dans la modernité.

Les questions qu'il fallait trancher (juger) sans attendre, pour lesquelles on n'avait pas encore de réponses ayant une assise *scientifique* et pour lesquelles on ne voulait plus de réponses *politiques*, seraient réglées par le droit qui, lui, apportait des réponses *juridiques* (légalité). Ces réponses étaient admises et efficaces parce que trouvées selon un processus logique qui n'apparaissait pas arbitraire. Le droit a alors dû, plus que jamais, développer et montrer sa logique qui donnait à la légalité les airs d'une autorité plus scientifique que politique.

2. La logique du droit

Lors des États Généraux convoqués par Louis XVI, la noblesse se trouve dans une position fort inconfortable, coincée entre la monarchie et les deux autres ordres, c'est-à-dire le clergé, dont tous voient que l'autorité et le poids sur les consciences faiblissent, et le Tiers-État, «qui n'est rien mais qui veut tout».

La noblesse doit surtout rester à bonne distance du Tiers-État qui a des doléances plus sérieuses que jamais à faire valoir et qui veut mettre à l'ordre du jour des sujets qui débordent largement les préoccupations d'un roi surtout

7. De Sousa Santos, *supra* note 4 à la p. 570; j'emprunte ici à de Sousa Santos une partie de son développement sur la place du droit dans la modernité.

8. Toumanov situe cet emprunt des sciences sociales aux sciences naturelles avant le 19^e siècle, soit à l'époque des Lumières; Vladimir Toumanov, *Pensée juridique bourgeoise contemporaine*, Moscou, Éditions du Progrès, 1974, à la p. 49.

intéressé par la levée de nouveaux impôts. La noblesse doit aussi se garder de lier son sort à celui du clergé. L'Église est sur la mauvaise pente. Depuis l'époque des Lumières, elle s'est éloignée du pouvoir bien plus qu'elle ne s'en est approchée. Reste le roi, l'allié naturel. Celui-ci semble tout ignorer des idées qui germent et de la pression qui monte en son peuple, mais son autorité reste la seule garante des privilèges des nobles.⁹

Le droit de la modernité s'est vu placé dans une position difficile au plan de la logique et du discours. Occupant une sorte de *no man's land* désormais interdit à la politique et encore inaccessible à la science, le droit est dans la position de la noblesse pendant les États Généraux. C'est une très dure lutte entre des visions différentes de ce que doit être le pouvoir politique et économique qui a assigné au droit sa place et son rôle. Le droit doit servir l'État, s'assurer de sa préservation entre l'arbitraire du politique qu'on cherche à diminuer et la science qui s'étend aux «champs sociaux» et dont on ne voit pas bien où elle peut mener. Le droit doit garantir une certaine force pendant qu'on dépolitise et qu'on «scientificise» les «champs sociaux». Mais ce rôle est paradoxal à plus d'un point de vue et coince le droit au plan de sa logique. Le droit doit juger sans être moral.¹⁰ Il doit être exempt de toute idéologie et être logique sans pouvoir prétendre être scientifique. Il doit être neutre mais sert à préserver l'État. Ces paradoxes du rôle du droit se répercutent forcément sur la logique qui en est indissociable. Une brève étude de cette logique paradoxale s'impose pour voir si le droit survivra à la révolution paradigmatique.¹¹

9. Les juristes du 19^e siècle ont un peu fait de même en liant leur destinée à celle de l'État et du positivisme pour s'assurer un certain rang social. Voir Jean-Guy Belley, «Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques» (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163 à la p. 167.

10. *Ibid.* à la p. 166.

11. Bourdieu décrit bien ce paradoxe dans Pierre Bourdieu, «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique» (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3 à la p. 4; Teubner, *supra* note 5 à la p. 764, parle lui aussi du paradoxe logico-formel du droit. Convaincu moi-même que la logique juridique est paradoxale à plus d'un point de vue, je décrirai cette logique à partir d'opinions et d'auteurs que l'on n'arriverait pas nécessairement à concilier.

2.1 Une logique positive... pour la scientificité

Il faut que la loi présente toujours au peuple le modèle le plus pur de la justice et de la raison.

Robespierre, Discours à l'Assemblée, 30 mai 1791

Si le droit doit essentiellement dégager et maintenir en la vie sociale un ordre intelligible,¹² juguler le désordre social,¹³ il doit être exercé de façon efficace et surtout légitime. À l'heure où tout s'observait par une loupe positiviste, c'est la rationalité qui a donné au droit sa légitimité. Comme l'indique Bourdieu :

«Le travail de rationalisation confère [au droit] l'efficacité symbolique qu'exerce toute action lorsque, méconnue dans son arbitraire, elle est reconnue comme légitime. Le principe de cette efficacité réside au moins pour une part dans le fait que, sauf vigilance spéciale, l'impression de nécessité logique suggérée par la forme tend à contaminer le contenu.»¹⁴

Le droit doit être une «fiction efficace».¹⁵ Il doit avoir l'air scientifique, projeter l'image d'un corps systématique de règles fondé sur des principes rationnels.¹⁶ À défaut d'être de la science, il doit s'en donner la forme. Il doit se montrer neutre, sans idéologie, a-politisé,¹⁷ à la recherche de la seule «vérité juridique».¹⁸ Ainsi, la «science des lois» s'est «maquillée» de plusieurs des artifices de la science exacte.¹⁹ Elle a d'abord adopté un discours savant, une

12. François Génys, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1914, à la p. 145.

13. Belley, *supra* note 9 à la p. 167.

14. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 8.

15. *Ibid.* à la p. 11.

16. *Ibid.* à la p. 7.

17. Pierre Verge, «La valeur de l'enseignement du droit et ses valeurs» (1986) 27 C. de D. 891 à la p. 896.

18. On trouve l'expression chez François Génys, *supra* note 12 à la p. 146.

19. Pierre Legendre, *L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éditions du Seuil, 1974, à la p. 106.

langue qui porte les marques d'une rhétorique de l'impersonnalité et de la neutralité.²⁰ L'emploi de verbes constatifs, du présent de l'indicatif, d'adjectifs indéfinis et de termes génériques pour décrire le devoir-être a marqué les consciences des juristes et ancré dans la pensée autant que dans le langage une certaine conception du droit. L'emploi d'un langage neutre et universel a entraîné à la longue l'emploi du jargon propre aux protocoles de recherche scientifique. On n'hésite plus aujourd'hui, lors même qu'on réfère à la recherche *dans* le droit, à parler de «théorème à démontrer»,²¹ d'«hypothèse à valider»,²² d'«objet»²³ de recherche, de «démarche empirique» ou «déductive» et même de «recherche fondamentale» ou «appliquée».²⁴

Plus percutante encore est la *posture universalisante*²⁵ dont s'est doté le droit. Devenu une discipline capable d'abstraction et d'axiomatisation, le droit a pu intégrer l'idée d'universalisme, reliquat du droit naturel revigoré par les philosophes des Lumières,²⁶ et s'est peu à peu construit un système déductif et une cohérence internes qui lui permettaient d'élaborer un corps de règles et de procédures à prétention universelle,²⁷ applicables en tout temps et en tout lieu à n'importe quelle donnée factuelle. Le droit devenait ainsi capable d'aborder, comprendre juridiquement et classer juridiquement n'importe quel phénomène. Cette conception du droit qui participe à la fois du juspositivisme et du jusnaturalisme²⁸ a débouché sur le positivisme normativiste de Kelsen. L'ordre pyramidal bien connu, formé exclusivement de normes, n'admet pas le vide juridique et ne souffre aucune contradiction dans son fonctionnement interne.

-
20. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 5 ; voir aussi les commentaires sur le langage juridique scientifique de Jerzy Wroblewski, «Les langages juridiques : une typologie» (1988) 8 *Droit et société* 13 à la p. 18.
 21. Raymond Gassin, «Une méthode de la thèse de doctorat en droit» (1996) *Revue de la recherche juridique* 1167 à la p. 1171.
 22. *Ibid.*
 23. Jean-Louis Bergel, «Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique» (1996) *Revue de la recherche juridique* 1073 à la p. 1076.
 24. *Ibid.* aux pages 1076 à 1081.
 25. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 5.
 26. Arnaud, *supra* note 1 aux pp. 154 à 156.
 27. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 5.
 28. Valentin Petev, «Quelle méthode? La méthodologie juridique au seuil du XXI^{ème} siècle» (1990) *Revue de la recherche juridique* 757 à la p. 765.

Tous les juristes ne sont pas des positivistes, mais tous savent, en connaissance de cause ou intuitivement, que la logique positive du droit assure au droit son efficacité,²⁹ contribue à légitimer le pouvoir en place et garantit aux juristes leur place près du pouvoir.³⁰

2.2 Une logique normative... pour l'autorité

Peuple, souviens-toi que si dans la République la justice ne règne pas avec un empire absolu, la liberté n'est qu'un vain nom.

— Robespierre, À la Convention nationale,
10 juillet 1794

La logique étant indissociable du contenu auquel elle donne forme,³¹ elle est forcément normative. Contrairement à la logique des sciences naturelles qui sert à comprendre ce qui est, la logique normative sert à dicter ce qui doit être. Elle sert à juger et non à expliquer. Elle ne résout pas les contradictions, elle les efface, les dépasse.³² Elle tranche.

De tout temps, l'usage d'une logique normative a pu servir à l'imposition et à la protection du pouvoir et de l'autorité.³³ Le pouvoir de régler les comportements et de guider les consciences glissant lentement, depuis la Renaissance, du religieux vers le politique, l'État a dû s'approprier un peu des méthodes du clergé pour imposer son pouvoir temporel. Il devait pourvoir le droit, son outil politique,³⁴ d'un mode de pensée qui protège les sources de l'autorité, qui n'admette pas qu'on les questionne. Pour que le droit arrive à

29. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 8.

30. Legendre, *supra* note 19 aux pp. 102 à 104.

31. Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1977, à la p. 205.

32. *Ibid.* à la p. 207.

33. Legendre, *supra* note 19 aux pp. 100 et 101.

34. *Ibid.* à la p. 121.

«canaliser l'action dans le sens indiqué par la loi»,³⁵ il fallait donner un caractère dogmatique à l'ordre juridique. Rendre l'État aussi inattaquable et aimable que possible, tout comme Dieu a pu l'être. Faire de la légalité une autorité suffisante, aussi imposante qu'ait pu l'être la divinité. Pour profiter de toute la charge symbolique de l'Église, le droit s'est paré d'une certaine mystique.³⁶ De la même façon qu'on ne permet qu'à ceux qui ont prononcé leurs vœux de prêcher, seuls ceux qui montrent leur allégeance au pouvoir en place peuvent valablement traiter de droit.³⁷ Celui qui dit le droit porte le masque sacerdotal.³⁸

Les facultés de droit forment ainsi de nos jours des protecteurs d'une autorité³⁹ et d'un ordre constitutionnel⁴⁰ dont on ne doit pas remettre les fondements en question.

On ne devait pas questionner la Sainte-Trinité mais obéir à son curé, on devait être loyal à un roi dont on ne savait à peu près rien et qui pouvait faire ce qu'il voulait du royaume, on doit aujourd'hui se conformer à un ordre juridique dont on sait que la *Grundnorm* est sans contenu. De la parole du Seigneur, on est passé à l'absolutisme monarchique puis à l'État de droit. Apparemment quelle que soit la forme de pouvoir qui s'exerce, l'autorité repose pour une large part sur une logique qui ne permet pas de comprendre ni même de chercher.

2.3 La logique d'un système... pour le droit

Les deux dernières sections ont permis de mettre en lumière le paradoxe qui habite la logique du droit. Le droit n'a de légitimité que s'il est cohérent, rationnel et participe de la méthode scientifique. Par ailleurs, le droit doit sa force, voire son existence, au fait que l'on ne cherche pas à comprendre les sources de son autorité. La logique du droit peut expliquer sa structure interne mais ne doit pas servir à l'étude de ses fondements.

35. Jean-Guy Belley, «La pratique professionnelle du droit comme prudence politique» dans Claude Nélisse, dir., *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, GGC Éditions, 1997, à la p. 53.

36. Legendre, *supra* note 19 à la p. 104; Teubner, *supra* note 5 à la p. 764 .

37. Legendre, *supra* note 19 aux pp.123-124.

38. *Ibid.* à la p. 115.

39. *Ibid.* aux pp. 100-101.

40. Verge, *supra* note 17 aux pp. 895-896.

Il fallait donc doter le droit d'une logique qui a réponse à tout, une logique qui donne des réponses dont on est satisfait même sans en comprendre l'origine. Bref, une logique qui permet de chercher des réponses qui se trouvent forcément *dans* le droit et qui n'autorise pas le recours à d'autres modes de pensée que la pensée juridique. La logique juridique force donc à aborder le droit comme un système clos et autonome,⁴¹ à l'abri des polémiques et des débats sociaux que traite la dialectique et loin de la recherche fondamentale dont se chargent les sciences. Cette logique rejette toute possibilité de critique. Elle procure au droit la possibilité de fonctionner dans un monde idéal,⁴² sans la moindre nécessité de référer aux faits.

Et les juristes ont largement contribué à cette autonomie. Ils se sont résignés à ne travailler qu'à l'intérieur du système juridique. Ils ont isolé le droit,⁴³ revendiqué pour le droit un mode de pensée spécifique, totalement affranchi de la pesanteur sociale.⁴⁴ Ils vont aujourd'hui jusqu'à affirmer qu'ils sont les mieux placés pour évaluer le droit parce qu'ils sont les seuls à en connaître la dynamique interne.⁴⁵ Ils militent pour le maintien de leur monopole de dire le droit.⁴⁶ Ils cultivent, tant au plan linguistique qu'au plan intellectuel, un décalage entre eux et les justiciables.⁴⁷ Mais les juristes sont aujourd'hui victimes de cette fermeture du droit sur lui-même.

41. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 3.

42. Ce mot, qu'on cherchera en vain dans le dictionnaire français, est employé par Miaille, *supra* note 31 à la p. 207; il est apparemment utilisé par cet auteur pour marquer la distance entre le réel et le monde intellectuel où se complaît le droit. Voir d'ailleurs ses commentaires sur l'autonomie du droit par rapport aux faits à la p. 208.

43. Belley, *supra* note 9 à la p. 166.

44. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 3.

45. Antoine Jammaud et Évelyne Serverin, «Évaluer le droit» (1992) Recueil Dalloz Sirey 263 à la p. 268.

46. Legendre, *supra* note 19 aux pp. 99 à 101; Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 9.

47. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 9; Miaille, *supra* note 31 à la p. 208; Belley, *supra* note 35 aux pp. 52 et ss.

3. Une logique à changer pour un droit qui change

Le droit de la modernité n'a pas su conserver l'espace laissé vacant entre le politique et le scientifique. Il a fait l'erreur de ne pas choisir son camp entre ces deux ordres de pouvoir. Il a cherché à nier son rôle politique d'une part et s'est contenté d'une logique formelle qui l'a coupé de la réalité d'autre part. Aujourd'hui, le droit perd à la fois ses masques d'autorité et de scientificité. De toute façon, les facteurs qui avaient permis au droit d'obtenir une place privilégiée dans la modernité ne prévalent plus. Celui qui aujourd'hui, observe le droit d'un point de vue externe modéré⁴⁸ «ne peut pas ne pas noter un certain nombre de faits qui viennent perturber l'ordre juridique auquel les juristes ont été préparés de par leur formation».⁴⁹ Le caractère normatif de la logique du droit ne vaut plus puisqu'il est de plus en plus manifeste que l'autorité réside aussi ailleurs que dans l'État et qu'il est de moins en moins sûr que le droit protège une source de pouvoir qui soit vraiment efficace. Quant au caractère scientifique de la logique du droit, il a perdu son sens. Il est devenu patent pour les praticiens et pour les justiciables que le positivisme des juristes n'a que des liens trop ténus avec le réel et le concret de la vie sociale. Le positivisme juridique est en difficulté.

L'équation régulation/émancipation a rejoint le droit et s'y est attaqué sur deux fronts. Elle l'a d'abord assiégé en limitant son champ d'étude, minant ainsi son autorité. Elle l'a ensuite attaqué de l'intérieur, investi à la manière des Grecs cachés dans le cheval de Troie, enlevant à la logique du droit beaucoup de sa pertinence et de ses possibilités d'application.

48. François Ost et Michel van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? » dans F. Chazel et J. Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, aux pp.72 à 75; comme le précisent ces auteurs en page 75, un point de vue est externe en ce qu'il est objectivant et peut mener à une théorie explicative de nature scientifique. Il est modéré en ce que son objet d'étude est défini selon le sens donné «à l'interne » par les agents juridiques.

49. Arnaud, *supra* note 1 à la p. 153.

3.1 La perte de l'autorité

Les sciences sociales et économiques, portées par l'idée qu'une meilleure rationalisation de la société allait de pair avec l'amélioration du niveau de vie et le progrès social, ont étendu leur champ d'étude jusque dans des compétences auparavant dévolues au droit. C'est une expertise de plus en plus scientifique, technique, sociale ou économique et de moins en moins juridique qui est recherchée pour la conception des normes.

Les juristes qui ne sont rompus qu'à une logique propre à leur système sont de moins en moins appelés à construire le droit. Ils deviennent des techniciens de la rédaction des normes et de la procédure du règlement des différends. La seule connaissance d'une logique interne au droit amène aujourd'hui les juristes à n'être que des spécialistes des tracés à suivre à l'intérieur du système de normes.⁵⁰ Le droit s'est refermé sur lui-même, c'est vrai, mais il est maintenant terré dans des lieux plus exigus qu'on ne l'aurait cru.

L'attaque est d'autant plus dure que l'État, source apparente de l'autorité juridique et allié des juristes, ne bénéficie plus de sa position privilégiée d'unique régulateur pour renforcer le droit. La globalisation et ce qu'il est convenu d'appeler le retour de la société civile⁵¹ contribuent autant que l'expansion des champs sociaux à mettre un terme au monopole de la légalité. Le droit se construit de plus en plus sans l'État. Les avancées technologiques, les flux transfrontaliers de capitaux, de marchandises ou d'information échappent à l'État.⁵² Le droit se développe ces années-ci par l'adoption de normes sous l'égide d'organisations internationales ou du secteur privé, par le règlement de litiges selon des systèmes parallèles aux systèmes de tribunaux étatiques ou par l'établissement de véritables coutumes éminemment pragmatiques propres à certaines industries, communautés ou cultures.⁵³

50. Legendre, *supra* note 19 à la p. 127.

51. Arnaud, *supra* note 1 à la p. 153; Arnaud, *supra* note 2 aux pp. 31 et ss.

52. Arnaud, *supra* note 2 à la p. 13.

53. Arnaud, *supra* note 1 aux pp. 154 à 160.

Le ciment de la pyramide de normes ne prend plus. Le législateur ne peut plus imposer le droit comme il le faisait auparavant,⁵⁴ il doit le négocier.⁵⁵ L'État n'étant plus l'ultime arbitre, la légalité est tombée de son piédestal. La souveraineté et l'autorité sont partagées.⁵⁶ Les juristes sont forcés d'admettre que d'autres qu'eux sont maintenant des exécutés autorisés du droit. En fait, l'ordre dogmatique n'est plus. Les juristes ne sont plus des agents de l'État pouvant parler de haut.⁵⁷ Ils doivent parler de droit d'égal à d'égal avec les non-juristes.

3.2 Le besoin d'une nouvelle scientificité

La recherche d'émancipation n'a pas que changé la place du droit. Elle s'en prend aussi à la nature même du droit. On cherche aujourd'hui à comprendre le droit, à le critiquer. Avec l'agonie du positivisme normativiste et de l'idée d'universalisme qui le sous-tend, on est à la recherche d'un nouveau sens commun.⁵⁸ On veut définitivement sortir le droit de son monde idéal pour en faire une discipline qui, à l'instar des sciences, devrait trouver sa validité dans le réel. On veut un droit pragmatique, concret. Poussant un cran plus loin l'équation de la modernité, on cherche à faire procéder le droit de l'intérêt émancipatoire de la science.⁵⁹ On inaugure une réelle science du droit.

Les juristes se retrouvent bien dépourvus devant ce nouveau droit qui est à la fois négocié et objet de science. Les juristes n'ont plus le choix. C'est la logique dialectique dont parle Miaille et que les juristes connaissent mal qui s'impose à l'étude et même à la pratique du droit. Si le positivisme juridique n'est pas encore tout à fait mort, il ne sera en tout cas plus jamais le même. Seuls les juristes qui auront su faire des ponts vers d'autres champs sociaux survivront à cette évolution ou à ce début de révolution que subit le droit.

-
54. Andrée Lajoie, *Jugements de valeur : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, aux pp. 209 et 210; Lajoie note à juste titre qu'au Canada, la Cour suprême joue le rôle du protecteur des intérêts de la majorité que ne peut plus jouer le Parlement.
55. Arnaud, *supra* note 1 à la p. 158; Arnaud, *supra* note 2 à la p. 34.
56. Teubner, *supra* note 4 aux pp. 768 à 771; Arnaud, *supra* note 2 à la p. 14.
57. Belley, *supra* note 35 à la p. 58.
58. Voir la monographie de de Sousa Santos, *supra* note 4.
59. De Sousa Santos, *supra* note 4 à la p. 573; Ost et de Kerchove, *supra* note 48 à la p. 68.

Déjà, quelques auteurs américains spécialisés en droit international économique nous montrent bien que l'étude du droit trouve une force, une application et une pertinence nouvelles lorsqu'elle est faite avec la logique dialectique de l'économie ou des sciences politiques, voire lorsqu'elle est confrontée à la logique des sciences dites exactes.⁶⁰ D'autres auteurs comme Andrée Lajoie,⁶¹ qui a décelé dans les principes d'interprétation juridique l'activisme politique de la Cour suprême du Canada; Meir Dan-Cohen,⁶² qui a jeté les bases d'une nouvelle conception juridique des organisations à partir de données sociologiques et économiques et Marie-Claude Prémont,⁶³ qui a observé le langage juridique d'un œil de linguiste, nous montrent aussi la voie de l'avenir. Comme d'autres encore trop peu nombreux, ils et elles ont compris que si les juristes veulent encore contribuer à construire le droit, ils doivent se munir non plus d'un outil formel mais d'outils concrets car il s'agit maintenant d'élever autre chose qu'une pyramide «idéelle» de normes.

Conclusion : La fin du royaume des juristes

On est le 19 janvier 1793. Aujourd'hui, après un mois de débats sur le sort à réserver à Louis XVI, Saint-Just a finalement convaincu l'Assemblée qu'«un roi doit régner ou mourir». Le roi sera guillotiné dans deux jours. Évidemment, la Révolution n'est pas terminée mais elle semble déjà avoir atteint une sorte de point de non-retour. Le peuple semble avoir suivi la bourgeoisie dans ses idées de progrès social. Depuis trois ans, «les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune». Bien avant le roi, des centaines

-
60. David Wirth, *The Role of Science in the Uruguay Round and NAFTA Trade Disciplines*, Nairobi, United Nations Environment Program, 1994; James Buchanan, «Between advocacy and responsibility : The Challenge of Biotechnology for International Law» (1994) 1 *Buffalo Journal of International Law* 221; Vern R. Walker, «Keeping the WTO from becoming the World Trans-Science Organization : Scientific Uncertainty, Science Policy, and Factfinding in the Growth Hormones Dispute» (1998) 31 *Cornell International Law Journal* 251.
61. *Supra* note 54.
62. Meir Dan-Cohen, *Rights, Persons and Organizations. A Legal Theory for Bureaucratic Society*, Berkeley, University of California Press, 1986.
63. Marie-Claude Prémont, *Le langage du droit*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, janvier 1996 [non publiée].

de nobles ont déjà été guillotins. Seuls ceux qui se sont montrés fidèles à la Révolution et ceux qui ont un métier ont été épargnés. Les lois ne viennent plus d'en haut mais sont débattues par les députés.

Quelle que soit l'issue de la Révolution, on sait d'ores et déjà qu'après-demain on entendra scander dans tout Paris : «Le Roi est mort, vive la République».

L'État de droit n'est pas mort mais il est apparemment en sursis. La globalisation et le retour de la société civile en auront probablement raison. Les juristes ne peuvent plus compter sur un État affaibli. Leur salut passe par une logique dialectique et concrète. Sur le strict plan de la logique du droit, il y a en tout cas plus qu'une révolte, il s'agit d'une révolution.

Où que nous mène la globalisation et quelque soit la forme que prenne l'État dans l'avenir, on sait en tout cas qu'on est à la veille d'entendre : «Le droit est mort, vive la science».