

Université de Montréal

**Évolution du droit et de la fonction de juger dans la
tradition juridique occidentale.**

Une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire

par

Martine Valois

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de docteur
en droit

Mai 2009

© Martine Valois, 2009

Université de Montréal

Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

**Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale.
Une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire**

présentée par :
Martine Valois

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Guy Rocher, **président-rapporteur et représentant du doyen de la FES**

Jacques Frémont, **directeur de recherche**

Michel Morin, **membre du jury**

Lukas K. Sosoe, **examineur externe**

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	ix
ABSTRACT	x
REMERCIEMENTS	xi
INTRODUCTION	1
PARTIE I	24
TITRE I PERSPECTIVES THÉORIQUES ET CONCEPTS	25
CHAPITRE 1 L'ANALYSE SOCIOLOGIQUE	30
Section 1 La sociologie et l'histoire.....	31
Section 2 La sociologie compréhensive	35
Section 3 L'idéaltype de la sociologie wébérienne	37
Section 4 La sociologie juridique ou le regard de la sociologie sur le droit.....	41
CHAPITRE 2 LA DIFFÉRENCIATION SOCIALE	47
Section 1 <i>Spencer</i> et l'évolution superorganique	48
Section 2 <i>Durkheim</i> et les deux types de solidarité sociale.....	53
Section 3 La matrice de la modernité.....	59
CHAPITRE 3 LES SYSTÈMES SOCIAUX.....	64
Section 1 Le système social des sociétés modernes de Talcott Parsons.....	64
1.1 La théorie de l'action sociale	64
1.2 Le système social	67
1.3 L'intégration sociale.....	69
1.4 Le schéma évolutionniste des systèmes sociaux	70
Section 2 La théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann	75
2.1 Réduction de la complexité et évolution sociale	77
2.2 La société moderne dans la conception luhmanienne	79
2.3 L'autoréflexivité et l'autopoïèse	82
2.4 La reproduction du système	86
TITRE II LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ	89
CHAPITRE 1 LA RATIONALISATION DU DROIT	91
Section 1 Le procès de rationalisation en Occident	91
Section 2 La formation d'un droit objectif.....	94
Section 3 La typologie du droit.....	96

TABLE DES MATIÈRES

3.1 Le droit matériellement et formellement irrationnel	97
3.2 Le droit rationnel.....	97
a) <i>Matériel</i>	97
b) <i>Formel</i>	98
Section 4 Les représentations sur le droit	99
CHAPITRE 2 LE DROIT COMME SYSTÈME.....	102
Section 1 Parsons et l'intégration sociale par le droit.....	102
Section 2 Luhmann et la régulation des communications sur le droit.....	106
2.1 Réduction de la complexité sociale par le droit.....	108
2.2 Les paradoxes du droit	109
Section 3 Les frontières du droit.....	111
3.1 Clôture organisationnelle	112
3.2 Code binaire et programmes conditionnels	115
3.3 Couplages structurels	118
Section 4 La fonction du droit.....	119
Section 5 Le droit positif.....	124
CHAPITRE 3 LA LÉGITIMITÉ DU DROIT	127
Section 1 La typologie des dominations légitimes.....	127
Section 2 L'ordre juridique légitime	130
Section 3 La légitimité du droit autopoïétique	134
PARTIE II.....	138
TITRE I LES TRANSFORMATIONS DU DROIT	139
CHAPITRE 1 LA DIFFÉRENCIATION DU DROIT	144
Section 1 Le développement des lois et de l'appareil judiciaire selon <i>Spencer</i>	144
1.1 Les lois	144
1.2 L'appareil judiciaire	149
1.3 La profession juridique	153
Section 2 <i>Durkheim</i> et la classification des règles juridiques: le droit répressif et le droit restitutif.	154
Section 3 <i>Maine</i> et le passage du <i>status</i> au contrat	160
CHAPITRE 2 LE DÉVELOPPEMENT DES MODES DE CRÉATION DU DROIT	163
Section 1 Création et découverte du droit.....	164
1.1 L'origine de la normativité juridique	164
1.2 Les stades historiques de développement du droit	166
1.3 Du contrat-statut au contrat-fonction	171
1.4 La dissolution du droit naturel	173

TABLE DES MATIÈRES

Section 2 La formalisation du droit moderne.....	175
2.1 Les porteurs spécialisés.....	178
2.2 Différenciation du droit formel et matériel; vers la justice et l'égalité formelles.....	181
2.3 L'éradication des privilèges	182
2.4 La naissance du capitalisme	185
CHAPITRE 3 L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME JURIDIQUE	188
Section 1 L'évolution vers le système légal universaliste.....	189
Section 2 L'évolution par la variation, la sélection et la rétention.....	196
Section 3 L'évolution du droit et de la société.....	199
3.1 Un modèle de coévolution des systèmes	199
3.2 La progression de l'autoréflexivité du droit	202
TITRE II LES FORMES DU DROIT DANS LE TEMPS	206
CHAPITRE 1 L'ORDRE NORMATIF SEGMENTÉ.....	210
Section 1 Les sociétés primitives.....	210
Section 2 Le droit des sociétés intermédiaires	212
CHAPITRE 2 LE DROIT ROMAIN ET SON HÉRITAGE.....	215
Section 1 La modernité du droit romain	215
Section 2 L'évolution du droit à Rome	218
Section 3 Les premiers efforts de codification.....	222
Section 4 Les droits savants : renaissance du droit romain et rayonnement du droit canon	223
4.1 La théorie des deux glaives	225
4.2 Le <i>Corpus juris civilis</i>	227
4.3 Le droit de l'Église chrétienne	230
CHAPITRE 3 L'ENRACINEMENT TERRITORIAL DU DROIT.....	234
Section 1 Les lois des peuples d'origine germanique et franque	236
Section 2 Les coutumes de France.....	237
Section 3 Le droit anglais immémorial	240
3.1 La <i>legem terrae</i> et la commune ley	240
3.2 La raison artificielle du droit.....	243
CHAPITRE 4 LA DIFFÉRENCIATION HIÉRARCHIQUE DU DROIT	247
Section 1 L'octroi des droits subjectifs.....	248
Section 2 La législation comme mode principal d'établissement du droit.....	252
2.1 L'État légal.....	253
2.2 La <i>Rule of law</i>	257
Section 3 Le principe de constitutionnalité.....	262
CHAPITRE 5 L'AUTORÉFÉRENCIALITÉ DU DROIT	268

TABLE DES MATIÈRES

Section 1 Développement du droit positif.....	269
Section 2 L'unité du système juridique.....	274
PARTIE III.....	280
TITRE I LA JUSTICE DANS LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE	281
CHAPITRE 1 LA FONCTION DE JUGER DANS LA PRÉMODERNITÉ.....	287
Section 1 La justice aristotélicienne.....	288
Section 2 La justice à Rome.....	292
CHAPITRE 2 LA FONCTION DE JUGER DANS L'ÉTAT MÉDIÉVAL	296
Section 1 La justice patrimoniale.....	297
Section 2 La justice royale, instrument de la paix de Dieu	300
Section 3 Les tribunaux anglais	303
3.1 <i>Curia regis</i>	303
3.2 Les cours de <i>common law</i>	307
Section 4 L'organisation judiciaire en France	309
4.1 Justice retenue et justice déléguée.....	310
4.2 Les parlements de l'Ancien Régime	313
CHAPITRE 3 LA DIFFÉRENCIATION DE LA JUSTICE DANS LA MODERNITÉ.....	316
Section 1 Le statut des juges anglais.....	320
1.1 La révocation comme moyen de contrôle du <i>judge-made law</i>	322
1.2 La limitation du pouvoir monarchique.....	326
Section 2 La justice française après la Révolution.....	329
2.1 Un pouvoir «invisible».....	331
2.2 La position des institutions judiciaires dans la France moderne	334
TITRE II LA FONCTION DE JUGER ENTRE DROIT ET GOUVERNEMENT	338
CHAPITRE 1 DROIT, POLITIQUE ET DIVISION DES POUVOIRS	342
Section 1 Dissolution du concept unifié de <i>jurisdictio</i>	342
Section 2 La séparation des pouvoirs.....	346
Section 3 Différenciation du droit et de la politique: la désunion d'un mariage forcé.....	355
CHAPITRE 2 LA BUREAUCRATISATION DE LA JUSTICE.....	363
Section 1 La routinisation de l'administration patrimoniale	364
Section 2 La pérennité de la justice patrimoniale dans la tradition britannique.....	368
CHAPITRE 3 LA PLACE DU SYSTÈME JUDICIAIRE	374
Section 1 Centre et périphérie.....	376
Section 2 Prohibition du déni de justice.....	381
Section 3 Branche du gouvernement ou institution du droit ?	388

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE 4 LA PROCÉDURE JUDICIAIRE DU DROIT DIFFÉRENCIÉ.....	394
Section 1 Autonomie de la procédure judiciaire.....	395
Section 2 La mise en œuvre des droits subjectifs.....	398
Section 3 Fonction du jugement.....	401
Section 4 Les tribunaux du droit autopoïétique.....	403
Section 5 Programmes conditionnels et attentes matérielles.....	406
CHAPITRE 5 LA JUSTICE FORMELLE SOUS TENSION.....	410
Section 1 Typologie des justices légitimes.....	412
1.1 Les types idéaux de justice dans la sociologie wébérienne.....	412
1.2 Justice formelle et justice matérielle; une antinomie inévitable.....	415
Section 2 La responsabilité de la justice.....	418
2.1 Les conséquences comme base de décision.....	420
2.2 Mettre les juges à l’abri de la critique.....	422
2.3 Organisation professionnelle des juges.....	426
CHAPITRE 6 L’INDÉPENDANCE JUDICIAIRE.....	431
Section 1 Émergence de la norme.....	431
Section 2 Le statut des juges au Canada.....	434
2.1 Les juges dans l’administration coloniale.....	434
2.2 La protection constitutionnelle du système judiciaire depuis la Confédération.....	436
Section 3 Les modulations du discours judiciaire sur l’indépendance judiciaire.....	439
3.1 Le poids de la tradition.....	444
3.2 Des fonctions exclusives et un rôle central.....	445
3.3 Défendre l’intégrité de la magistrature.....	458
3.4 Dépolitiser la justice.....	461
Section 4 Les fonctions de l’indépendance judiciaire.....	465
4.1 L’indépendance individuelle des juges et le principe d’impartialité.....	466
4.2 L’indépendance institutionnelle et la primauté du droit.....	470
CONCLUSION.....	473
BIBLIOGRAPHIE.....	481

À Jean, Antoine et Florence
À la mémoire de maman

RÉSUMÉ

Dans sa thèse, l'auteure analyse la fonction du système judiciaire dans le système juridique selon une double perspective historique et sociologique. Cette approche possède un potentiel euristique important, car elle révèle que la place réservée à la production judiciaire du droit se modifie au gré de la conception que se fait la société de l'origine et de la légitimité du droit.

Grâce à la méthodologie proposée par la théorie des systèmes, il est possible d'analyser le phénomène de la montée en puissance des juges dans sa dimension scientifique, en substituant une interprétation sociologique à celle, traditionnelle, formulée par la science politique. Grâce à une réappropriation de la justice par la science juridique, la production judiciaire du droit peut être étudiée dans une perspective systémique. Celle-ci démontre la situation névralgique occupée par la fonction de juger dans le système juridique.

Par le biais d'un retour aux sources de la fonction de juger, l'auteur identifie les stratégies empruntées par les titulaires de cette fonction pour maintenir et légitimer leur position dans l'organisation du système juridique. La thèse démontre que le discours judiciaire de la Cour suprême du Canada sur la norme d'indépendance judiciaire homologue la théorie de la place centrale du système judiciaire dans le système juridique.

La thèse conclut enfin que des conditions sociologiques sont nécessaires pour assurer l'indépendance judiciaire et garantir la primauté du droit. Ces conditions sont la différenciation sociale, une structure de programme juridique conditionnelle et la limitation de la responsabilité des juges pour l'impact de leurs décisions dans le système social.

Mots-clés : bureaucratie, différenciation fonctionnelle, droit constitutionnel, histoire du droit, indépendance judiciaire, juges, légitimité du droit, séparation des pouvoirs, sociologie juridique, théorie des systèmes.

ABSTRACT

This thesis examines the function of the judiciary in the legal system in a historical and sociological perspective. Through the lens of history and sociology, the author reviews and considers the changes in the role of the judge in the development of law. The heuristic benefit of this approach borrowed from history and systemic theory, is invaluable. Firstly, it demonstrates that the place reserved for the judicial creation of law in the legal system is tributary to what is considered as the source and legitimacy of law. Secondly, it sets in an evolutionary perspective the significant changes that occurred in the development of law and the judicial function. The characterization of the judicial function evolves from a political science's viewpoint to a legal perspective. Through this reappropriation by the legal science, the judicial production of law can now be examined in its systemic function. As well, exploration of the sources of the function of justice renders possible and understanding of the rationale used by judges throughout history to legitimize their position in the legal system.

The thesis supports the proposition that, along with legal conditions relating to the status of judges, a set of sociological conditions must exist in order for judicial independence to be fully protected and the rule of law upheld. These conditions are social differentiation, a structure of conditional programs for law, and limitation in the social system of the responsibility and accountability of judges following the fulfillment of their judicial function.

Finally, in the final stage of her socio-historical research, the author demonstrates how the current judicial interpretation of the conditions for judicial independence enhances the theoretical foundations that situate the judicial function at the centre of the legal system.

Keywords : bureaucracy, constitutional law, functional differentiation, independence of the judiciary, judges, legal history, legitimacy of law, separation of powers, sociology of law, system theory.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus sincères remerciements à mon directeur de thèse, M. Jacques Frémont, pour son appui, ses encouragements constants et ses conseils éclairés. Malgré le temps, les difficultés du parcours et un emploi du temps chargé, son soutien ne s'est jamais démenti. Je remercie M. Michel Morin qui a appuyé ma demande de bourse de fin d'études doctorales, sans laquelle je n'aurais pu mener à bien ce projet de recherche. Mes remerciements vont aussi aux professeurs Pierre Ciotola et Brigitte Lefebvre qui m'ont permis d'occuper un bureau dans l'espace de travail réservé à la Chaire du notariat. Je voudrais également remercier M. Pierre Noreau, qui a guidé mes premiers pas sur les chemins de la sociologie du droit. Avec son aide, j'ai découvert un univers qui m'était inconnu, mais qui a par la suite inspiré nombre de mes réflexions sur l'histoire du droit et l'évolution des rapports sociaux.

Au ministère de la Justice du Canada, je remercie M. Donald Lemaire, pour son appui et l'octroi d'une bourse de soutien aux études de 3^e cycle. Ma gratitude va également à M. Michel Synnott, pour sa flexibilité et ses efforts pour faciliter la rédaction de la thèse au travers de mes activités professionnelles et familiales. À mes collègues de travail, qui ont accepté sans rechigner de me laisser leur faire faux bonds pendant plusieurs mois au cours des dernières années, je les remercie pour leur solidarité et leurs encouragements de tous les instants dans la mise à terme de ce projet personnel. Un très grand merci à ma collègue Sylviane Roy, pour son aide et sa précieuse amitié. Un grand merci aussi à mon adjointe, Madame Josée Pelletier, pour la révision de parties de la thèse. Je remercie également mon collègue Daniel Latulippe pour son excellente traduction anglaise du sommaire de la thèse.

Enfin, ma gratitude va à ma famille pour son soutien, en particulier mes sœurs Louise et Nathalie Valois, qui ont passé au crible la dernière version de cette thèse. J'adresse toute ma reconnaissance à mon conjoint Jean Lavigne, qui a mis les « bouchées

REMERCIEMENTS

doubles » pendant toutes ces années pour s'occuper de nos enfants, Antoine et Florence, qui sont plus qu'heureux du dénouement de cette « histoire sans fin ».

INTRODUCTION

«...je ne dirais pas qu'il s'agit d'impérialisme, mais du processus selon lequel les sociétés se développent fonctionnellement, dont les cours et les juges sont parties prenantes¹.»

Dieter Grimm, Ancien vice-président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Est-il nécessaire de faire la démonstration de la transformation opérée dans le statut et la fonction des tribunaux judiciaires dans les systèmes juridiques des sociétés modernes ? Il suffit, pour paraphraser un auteur, de comparer la place du juge à la fin du XIX^e siècle, et celle qu'il occupe aujourd'hui pour constater qu'un changement est intervenu². Et ce phénomène est à l'échelle mondiale³. Ce qu'il reste à évaluer est l'étendue de cette métamorphose, ses causes et, surtout, quelles sont les conséquences de cette transfiguration du juge sur la légitimation du droit.

À la différence des commentateurs qui ont décrié l'activisme judiciaire et fustigé ses débordements, il n'est pas question ici d'examiner ce phénomène pour déterminer s'il sape les fondements de la démocratie délibérative, ou s'il est possible de responsabiliser la justice constitutionnelle. Les politologues se sont déjà amplement prononcés sur cette problématique et il ne serait pas utile d'y donner suite en s'appuyant, comme eux le font, sur des bases idéologiques⁴.

¹ Robert BADINTER, Stephen BREYER (dir.), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard-Publications de la Sorbonne, 2003, p. 40.

² Dominique ROUSSEAU, « La montée en puissance du juge dans le constitutionnalisme contemporain : un phénomène à l'échelle mondiale », dans Ghislain OTIS, et Mary Jane MOSSMAN, *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 2.

³ Neal TATE et Torbjörn VALLINDER (dir.), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University, 1995. Philippe ROBERT et Amedeo COTTINO (dir.), *Les mutations de la justice. Comparaisons européennes*, coll. «Logique Sociales», Paris, L'Harmattan, 2001.

⁴ Christopher P. MANFREDI, *Judicial power and the Charter: Canada and the paradox of liberal constitutionalism*, 2nd édition, Toronto, Oxford University Press, 2001.

L'objectif de cette thèse est plutôt d'observer la place de la fonction de juger dans le système juridique à la lumière des remaniements historiques qui se sont opérés dans l'organisation des pouvoirs politiques et de la production du droit. En réponse aux critiques de l'impérialisme judiciaire, nous allons démontrer que la transformation de la fonction de juger est l'aboutissement d'un processus historique et évolutif, et non le produit d'un empiètement injustifié du domaine politique par le juge. La première ambition de cette thèse est donc de vérifier dans quelle mesure l'accroissement de la production judiciaire du droit, qui est l'une des conséquences visibles de ces transformations, peut coexister avec la légitimation démocratique des décisions juridiquement régulées. La seconde ambition est d'expliquer comment la fonction judiciaire instaure son propre procès de légitimation.

De façon étonnante, le rôle du juge dans la production du droit a peu intéressé les juristes. L'une des raisons pouvant expliquer ce manque d'intérêt est la peur inconsciente des juristes de regarder de trop près l'activité des interprètes du droit, de crainte qu'elle ne révèle ce qui se cache derrière la présumée neutralité des juges. Dans sa première sociologie du droit, le juriste et sociologue Luhmann déplorait l'absence d'études sociologiques sur le rôle des décisions judiciaires dans la production du droit, mis à part certaines analyses d'un intérêt limité portant sur l'impact des préjugés idéologiques et de classe dans le résultat du processus décisionnel⁵. De plus, alors que la sociologie s'est intéressée très tôt au rôle social des professionnels, la carrière dans la magistrature n'a pas beaucoup attiré les chercheurs de cette discipline.

Ce sont principalement les politologues qui ont voulu définir la fonction des tribunaux dans l'organisation étatique, qu'ils voyaient nécessairement restreinte, et mesurer l'impact des décisions judiciaires dans le champ politique. Les analyses politiques offrent, certes, un point de vue intéressant sur le sujet, car la fonction de juger possède des liens étroits avec les formes de pouvoir dans les sociétés modernes. Mais elles nous renseignent par ailleurs très peu sur le rôle du juge et du jugement dans la science juridique. La raison

⁵ NIKLAS LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, London. Routledge & Kegan Paul, 1985, p. 4.

en est assez évidente, car elle découle du but et de l'angle de vision essentiellement différents adoptés par l'observateur politique et le juriste, le premier examinant le droit de l'extérieur et s'intéressant avant tout aux conséquences de la décision juridique dans la sphère politique, tandis que le deuxième se sert du jugement comme matière première dans la construction du raisonnement juridique.

S'il est temps que la science juridique se penche sur la place du jugement dans la production du droit, il faut admettre que celle-ci présente des limites importantes au point de vue méthodologique. Dans l'état actuel des connaissances, la dogmatique juridique ne possède pas l'outillage conceptuel approprié pour étudier l'impact de la création judiciaire du droit sur les opérations et le fonctionnement du système juridique. Les théories positivistes, qui sont majoritaires dans la science du droit, ne peuvent pas non plus nous renseigner sur la manière dont le jugement agit sur la légitimation du droit. Outre les déficiences épistémologiques de la science juridique, le principal frein à la connaissance du droit dans ses rapports avec les autres faits sociaux dans les ouvrages de doctrines juridiques réside dans le caractère essentiellement technique des constructions de sens des juristes qui visent principalement à émettre des opinions instrumentales sur le droit.

C'est donc en raison de ces carences épistémologiques et des objectifs différents que poursuit la recherche dans le droit positif qu'il était nécessaire de chercher ailleurs les modèles appropriés à cette étude de la fonction de juger, ce qu'il fut possible de trouver dans la sociologie et l'histoire. Ces modes de connaissance sont, eux, pourvus de l'outillage méthodologique pour interroger les développements, passés et actuels, de la fonction de juger et de l'indépendance judiciaire. C'est d'abord dans la science dédiée à l'étude des sociétés que nous avons trouvé les outils permettant de faire le lien entre l'évolution de la structure sociale, le développement du droit et la place du jugement dans le système juridique. Comme la sociologie ne saurait se passer de l'histoire, dans la mesure où la science historique consolide le potentiel explicatif des analyses sociologiques sur l'évolution des rapports sociaux, l'analyse historique du droit accentue l'éclairage fourni

par la sociologie sur l'objet de cette thèse. La raison en est aussi que comme toute idée, l'indépendance judiciaire a une histoire, et qu'il est absolument nécessaire de la connaître pour comprendre la maturité à laquelle son développement actuel l'a mené.

La recherche d'un cadre théorique pour cette thèse fut laborieuse. Les limites de la contribution possible du droit positif sur le rôle du juge et la place du jugement dans le droit nous sont apparues assez rapidement. Alors que rien ne semblait vouloir nourrir cette quête désespérée pour trouver une perspective originale sur un sujet soulevant autant de questions importantes pour le droit et la justice, le hasard a mis sur notre route l'ouvrage de Niklas Luhmann intitulé *La légitimation par la procédure*⁶. Les théories développées par Luhmann dans ce livre ont constitué les premiers jalons de l'élaboration d'un cadre théorique pouvant expliquer la place de la justice dans le droit considéré comme système. Dans son essai, Luhmann utilise les concepts clés de la théorie systémique en sciences sociales – différenciation, attentes et rôles – afin d'expliquer les raisons pour lesquelles les participants à la procédure judiciaire acceptent les prémisses décisionnelles et les résultats, quels qu'ils soient. La lecture du chapitre sur la structure de programme et la responsabilité a été un moment décisif dans ma réflexion sur ce que pouvait être la conception de l'indépendance judiciaire dans le droit moderne. Luhmann y discute des mécanismes qui préservent l'incertitude sur l'issue de la procédure judiciaire, dont l'utilisation de programmes conditionnels, par opposition aux programmes de finalités, et le principe d'impartialité du juge, qui sert aussi à neutraliser la critique. Ce principe ne peut toutefois être garanti que dans la mesure où le juge est libéré des conséquences de ses décisions et la différenciation sociale est suffisamment développée.

La lecture de *La légitimation par la procédure* fut le début d'un processus d'apprentissage ardu, mais fructueux des travaux de Luhmann qui s'est terminé par la lecture de *Das Recht der Gesellschaft*⁷, la deuxième sociologie du droit de Luhmann. Les

⁶ Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001.

⁷ Traduite en anglais sous le titre *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University, 2004.

réflexions de Luhmann sur le droit de la société m'ont fait entrevoir le champ immense des possibilités offertes par la thèse de la différenciation sociale et la théorie des systèmes sociaux. Ces développements théoriques proposent des modèles d'analyse tout à fait adaptés à l'observation de la fonction du système judiciaire dans une société complexe. Grâce à la différenciation, il est facile d'expliquer le processus de diversification et de spécialisation des modes de production du droit. La thèse de la différenciation permet aussi de faire état des changements dans le rôle des tribunaux judiciaires, et de rattacher à la conception ancienne de la fonction de juger, la vision moderne de cette fonction qui s'exerce dans une société complexe caractérisée par un accroissement des possibilités et un pluralisme des valeurs morales et sociales.

Avec ces thèses sociologiques, c'est à une lignée de théoriciens de la société auxquels nous sommes remontés, dont Hebert Spencer, Émile Durkheim, Max Weber et Talcott Parsons. Au XIX^e siècle, le sociologue anglais Herbert Spencer est l'un des premiers à s'être appuyé sur ce qu'il voyait comme des similitudes entre le développement des ensembles organiques et superorganiques⁸. Selon Spencer, les agrégats organiques et non organiques ont évolué de la même manière, partant tous deux d'un stade indifférencié et simple pour évoluer vers un stade différencié et complexe. L'exposé de Spencer sur la différenciation des lois, de l'appareil judiciaire et de la profession juridique est d'un grand intérêt pour quiconque cherche à comprendre les étapes de l'évolution du système juridique dans la structure sociale. En fait, Spencer a repris certains thèmes développés par l'historien H. S. Maine dans son ouvrage *Ancient Law* pour leur donner une interprétation sociologique. Le compte rendu fait par Spencer des modulations de la structure « triple et une » du corps politique primitif, cette assemblée formée par le chef, les grands et le peuple, est particulièrement inspirant pour notre sujet. Spencer démontre comment cette structure a évolué au fil du temps et, en particulier, comment chaque partie de cette

⁸ Les sociologues modernes ont qualifié ces théories du 19^e siècle, comme celle de Spencer, de « perspectives organicistes », étant donné les rapprochements faits entre l'évolution du corps biologique et celle du corps social : Bertrand BADIE, Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, coll. « Pluriel », Paris, Editions Grasset & Fasquelle, 1979, p. 28.

structure a pris, selon le niveau de développement sociétal, plus ou moins d'importance dans l'exercice du pouvoir. Le chapitre sur la différenciation de l'appareil judiciaire est aussi fort pertinent, en raison notamment de la démonstration que fait Spencer de la particularité évolutive de cette partie de la « structure triple et une » dédiée à la justice. Spencer souligne notamment que la fonction de justice est rapidement déléguée à une classe de personnes en raison de leur connaissance spécialisée du droit, contrairement aux autres fonctions politiques qui sont, elles, confiées à l'une ou l'autre classe d'individus selon leur degré d'influence politique ou militaire.

Émile Durkheim, sociologue français du XIX^e siècle, figure lui aussi sur la liste de ces sociologues organicistes qui se sont fondés sur le développement des systèmes biologiques pour appuyer leur théorie du changement social. Pour Durkheim, les règles de la différenciation régissent l'ensemble des phénomènes sociaux: les éléments constitutifs de la société évoluent, se divisent et se spécialisent, comme le font les parties du corps biologique. Le droit, fait social par excellence, est soumis à la même pression vers la différenciation, et se modifie selon le type de solidarité qui existe dans la société. Dans les sociétés primitives, il est de type répressif, tandis qu'il prend une forme restitutive dans les sociétés modernes différenciées.

Bien que Durkheim ne se soit pas prononcé sur le type de justice associé au type de solidarité sociale, son compte rendu de l'évolution des types juridiques privilégie l'idée que plus la société se modernise, plus la justice s'éloigne aussi du type répressif et évolue vers le type restitutif. Un autre élément à retenir des thèses de Durkheim sur la différenciation est l'importance de l'autonomisation des systèmes différenciés, notamment en ce qui concerne l'État et le système administratif. Dans les sociétés évoluées, l'État se différencie des autres systèmes en centralisant l'ensemble des fonctions politiques et administratives: il devient ainsi le système cérébro-spinal de l'organisme social⁹. Ce

⁹ Émile DURKHEIM, *La division du travail social*, 10^e édition, Paris, Presses universitaires de France, 1978, p. 198.

processus d'autonomisation des systèmes à l'intérieur du système global affecte l'organisation interne de ces systèmes. Ainsi, dans l'État, les fonctions se divisent et se spécialisent comme dans les autres systèmes. À quelques différences près, les thèses de Spencer et de Durkheim se rejoignent sur la question de la différenciation, de l'autonomisation et de la spécialisation des fonctions sociales, notamment en ce qui concerne la justice.

Quelques décennies plus tard, Talcott Parsons reprend certains éléments des sociologies de Spencer et de Durkheim pour élaborer sa théorie de l'action sociale, et démontre le caractère systémique de celle-ci. Il a voué l'ensemble de ses travaux à la compréhension des modalités par lesquelles l'organisation sociale se structure et se transforme. Bien qu'il se soit intéressé au droit et à sa fonction dans la société, ses travaux n'ont pas permis de dégager une théorie d'ensemble du droit comme système social¹⁰. Parsons a par contre formulé des hypothèses extrêmement significatives sur les seuils évolutifs des sociétés modernes. Son compte rendu de l'institutionnalisation d'un système juridique universaliste a été l'un des points de départ de ma réflexion sur la différenciation du droit et de la justice dans la société moderne. Les deux caractéristiques du droit dans sa phase moderne – l'indépendance des composantes normatives au regard des intérêts matériels et la disponibilité d'une procédure distincte du droit substantif – ont été identifiées par Parsons en tant que développements évolutionnistes significatifs pour l'avancement des sociétés. Il se trouve que ces développements ont aussi eu des répercussions importantes sur la fonction de juger. C'est autour notamment de ces changements évolutifs que sera articulée la démonstration des transformations du système judiciaire. Les perspectives évolutionnistes de Parsons serviront aussi à faire le lien entre la différenciation du système juridique et le concept de primauté du droit sur lequel repose la garantie d'indépendance judiciaire.

¹⁰ Guy ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », (1989) 21 *Sociologies et sociétés* 143.

Niklas Luhmann, qui était l'élève de Parsons à Harvard, a poursuivi les travaux de son prédécesseur sur les systèmes sociaux. Dans le cours de ses recherches, Luhmann s'est aussi interrogé sur les changements dans la structure systémique des sociétés, et a postulé une transformation de l'organisation sociale par la succession de trois phases principales : segmentation, hiérarchisation et différenciation. Il a appliqué ce postulat à plusieurs autres champs de l'activité sociale, dont le droit. L'importance de l'œuvre de Luhmann pour la sociologie du droit est inestimable, car il a bâti une théorie dont l'effet est de démystifier la fonction du droit dans un monde où règnent la contingence et l'improbabilité de l'intégration sociale. L'outillage conceptuel de la théorie sociojuridique de Luhmann, qui comprend notamment l'autoréflexivité, la clôture organisationnelle, le couplage structurel, la complexité systémique et la reproduction autopoïétique¹¹, est explicité en vue de son application au droit comme système social et au système judiciaire en tant que sous-système différencié. Ces concepts seront réutilisés dans la troisième partie de la thèse pour expliquer les conséquences des transformations du droit sur la place de la fonction de juger dans le système juridique.

Avec celles de Niklas Luhmann, ce sont les théories de Max Weber qui ont le plus contribué à la construction du cadre théorique de la thèse. Si la théorie sociojuridique de Luhmann est le socle sur lequel repose l'ensemble de l'approche théorique, la sociologie compréhensive de Max Weber occupe une large place dans la démarche historique. L'exposé des phases de transformations historiques du droit est basé sur les typologies formulées par Weber à partir de ses connaissances historiques des changements dans les modes de création et de découverte du droit. Nous avons largement puisé dans la sociologie webérienne pour faire état des liens entre la rationalisation du droit et les changements dans les rapports de pouvoir, car c'est à Weber que l'on doit d'avoir établi une corrélation entre les formes de domination légitime et les types d'ordre juridique. La thèse propose, d'une

¹¹ L'«autopoïèse» est un terme emprunté à la terminologie conceptuelle de l'étude des systèmes vivants (*infra*, partie I, titre I, chapitre 3, section 2), qui est utilisé par Luhmann dans sa sociologie du droit pour décrire le processus de production autoréférentielle du système juridique.

certaine façon, de compléter l'analyse de Weber sur la justice formelle, qui est le type de justice rattaché au dernier stade du processus de rationalisation du droit identifié par Weber, la domination rationnelle légale. Grâce aux développements théoriques auxquels ont contribué les thèses de Luhmann sur le droit autopoïétique, on peut parler d'un nouveau type de justice, la justice autopoïétique. C'est, en quelque sorte, une étude du type de justice associé à ce stade de développement du droit qui sera faite dans la troisième partie de la thèse.

Outre l'identification des phases historiques de transformation du droit et des types de domination légitime, nous avons emprunté à Max Weber la distinction qu'il a établie entre le sens idéal du droit et son sens empirique. Weber a bien démontré que la validité empirique du droit différerait de la validité juridique, laquelle est déterminée à l'intérieur du système. Cette dichotomie des représentations sur le droit est utilisée pour démontrer notamment que le droit positif sur l'indépendance judiciaire exerce une influence relative, voire limitée, sur le degré d'indépendance judiciaire dont jouissent les juges des tribunaux judiciaires dans un système juridique et qu'en contrepartie, c'est la validité sociologique de l'indépendance judiciaire en tant que représentation empirique de la norme qui alimente l'interprétation positiviste et la validité juridique de l'indépendance judiciaire.

L'importance grandissante du jugement dans la production juridique soulève plusieurs questionnements dans les démocraties occidentales¹². C'est que la représentation démocratique apparaît toujours comme la seule source de légitimation du pouvoir et, en ce sens, l'idée d'un rapport de commandement hiérarchique entre la loi et l'interprétation judiciaire est une image réconfortante pour les défenseurs de la légitimité démocratique. Ce schéma est pourtant menacé par l'accroissement de création judiciaire des normes. Si la « crise du juge »¹³, comme certains l'appellent, s'est cristallisée principalement autour de la

¹² Jacques Yvan MORIN, « Le pouvoir des juges et la démocratie: *Sed quis custodiet ipsos custodes?* », (1994) 28 *R. J. T.* 799.

¹³ Jacques LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, coll. «La pensée juridique moderne», Bruxelles, L.G.D.J., 1990.

question de la légitimité de l'arbitre constitutionnel, c'est à une remise en question plus générale du rôle des institutions judiciaires à laquelle nous assistons aujourd'hui, du seul fait de l'importance des décisions rendues par les tribunaux dans nos systèmes juridiques. La contestation de l'activisme judiciaire est aussi une remise en cause de la légitimité des formes de pouvoir dans la société moderne¹⁴.

Pour justifier la présence de règles obligatoires et le respect voué à ces règles et aux institutions qui les ont créées, les philosophes ont cherché à fonder la légitimité du droit à l'extérieur du système juridique, invoquant des notions telles que la force, la tradition, le charisme, l'habitude ou la croyance en la légitimité de l'ordre établi. En dépit de ces tentatives visant à justifier le pouvoir du droit, sa légitimité ne semble pas acquise. Force est de constater que le principe démocratique ne peut toujours justifier les décisions législatives prises par les représentants élus, et qu'il faut chercher ailleurs la raison du consentement généralisé aux décisions juridiquement régulées.

Dans cette thèse, nous aurons recours à un concept de légitimité intrinsèque, lequel renvoie à la capacité d'un système à produire sa propre base de légitimité. C'est cette idée d'autolégitimation que Niklas Luhmann a défendue dans *La légitimation par la procédure*. Elle recouvre deux volets, la légitimation en tant qu'opération du système juridique, et la légitimité sociologique de la procédure comme lieu de création du droit. La légitimité considérée comme opération du système vise à expliquer la légitimation du droit, tandis que la légitimité sociologique est construite par les facteurs de légitimation qui s'activent dans la procédure judiciaire, dont le plus important est le maintien de l'incertitude quant au résultat du procès. L'impartialité ou indépendance du juge, tout comme la structure conditionnelle du droit et le code binaire légal/illégal, participe au maintien de cette incertitude. Dans le dernier chapitre de la thèse, il sera question de ce processus d'autolégitimation de la procédure judiciaire. Le but de l'analyse est de vérifier dans quelle

¹⁴ Guglielmo FERRERO, *Pouvoir : les génies invisibles de la cité*, Paris, Librairie Générale Française, 1988.

mesure le discours judiciaire sur la norme d'indépendance judiciaire concourt à la légitimation du droit.

La démarche opérationnelle qui sera empruntée pour exposer les transformations de la fonction de juger comporte deux niveaux, l'un historique, l'autre comparatiste. Il s'agit dans un premier temps de faire état des développements historiques qui ont eu un impact sur la différenciation du droit dans le système social, dans la mesure où elles mettent en évidence les forces impliquées dans cette différenciation. En dépit de l'ampleur de la tâche et des risques évidents associés à une telle démarche, ce retour aux origines du droit est nécessaire. La reconstruction historique est un long parcours parsemé de chemins de traverse où il est facile de dévier. Les écueils posés par les différences dans les conceptions et les schémas de référence des acteurs du passé nous empêchent souvent de mesurer avec précision l'écart entre les pratiques et les constructions juridiques du passé¹⁵. Comme le disait Rouland, la toile de l'histoire n'est pas une œuvre achevée et linéaire¹⁶.

L'examen des sources historiques des systèmes juridiques modernes révèle de manière particulièrement instructive que chaque époque entretient une idée sur l'origine, non seulement des êtres et des choses, mais aussi de l'autorité et des normes. Et ces idées n'évoluent pas en vase clos : elles s'influencent les unes les autres. Les systèmes juridiques se développent en interaction avec la structure sociale, c'est-à-dire en relation avec les conceptions dominantes sur les fondements du pouvoir. L'histoire sociale qui est représentée dans la normativité juridique témoigne aussi du fait que le droit se construit non seulement à partir de traditions qui se maintiennent envers et contre tous, mais aussi sur la base d'accidents et d'événements fortuits et contingents.

¹⁵ Patrick McHUGH, "Tales of Constitutional Origin and Crown Sovereignty in New Zealand", (2002) 52 *Univ. of Toronto L.J.* 69. J. G. A. POCKOCK, "Law, sovereignty and history in a divided culture: the case of New Zealand and the Treaty of Waitangi", (1998) 43 *McGill L.J.* 481

¹⁶ Norbert ROULAND, « L'histoire des institutions : du hasard à la nécessité », (1983) *Revue de la recherche juridique*.

L'histoire nous apprend aussi que la notion d'un droit qui émane d'une autorité préconstituée que le juge applique aux faits devant lui est assez récente dans l'histoire normative de l'humanité. Lorsque le rôle du juge est remis dans une perspective historique, il devient plus difficile d'affirmer que l'accroissement du pouvoir du juge est un phénomène nouveau résultant de l'impérialisme judiciaire. On peut alors dépasser l'idée reçue selon laquelle le jugement occupe une place inégalée dans le processus de création de la norme. Enfin, l'examen des transformations du droit accredit les postulats évolutionnistes de Parsons et le procès de rationalisation de Weber. Il valide aussi la thèse de Luhmann selon laquelle le droit a évolué en se différenciant de la même façon que la structure sociale, c'est-à-dire par la succession des trois états que sont la segmentation, la hiérarchisation et la fonctionnalisation.

Au début, notre projet de recherche se limitait à l'étude des sources historiques de l'indépendance judiciaire. Notre but était de comprendre le paradoxe de la fondation de la norme d'indépendance judiciaire dans une société démocratique sur une loi adoptée par le Parlement avant même la démocratisation du pouvoir en Angleterre¹⁷. Un autre de nos questionnements concernait les liens étroits des tribunaux canadiens avec la Couronne : comment en effet peut-on concilier l'indépendance judiciaire au Canada avec l'origine royale de la fonction de justice et les multiples prérogatives légales et judiciaires dont bénéficient les juges siégeant dans les tribunaux? Puisque le droit canadien reconnaît encore ces privilèges et leur donne force exécutoire¹⁸, il est on ne peut plus paradoxal d'invoquer la séparation des pouvoirs comme justification à l'indépendance des tribunaux¹⁹.

Ayant fait le constat que les sources du droit positif sur la norme d'indépendance judiciaire ne permettaient pas de répondre à ces interrogations, nous avons élargi notre champ de recherche à l'histoire du droit en général, et aux rapports qu'il a entretenus avec

¹⁷ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R. C. S. 3 (*Renvoi*).

¹⁸ *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R. C. S. 796.

¹⁹ *Renvoi*, préc., note 17, par. 125.

les formes du pouvoir et l'organisation sociale. Au fil de nos lectures, nous en sommes arrivés à la conclusion que ce sont précisément la théorie de la différenciation sociale et l'étude des rapports historiques de domination qui permettent d'accéder à la connaissance des facteurs qui ont contribué à la naissance du principe d'indépendance judiciaire. D'où notre hypothèse que l'indépendance judiciaire au sens moderne découle de l'interaction des trois éléments suivants : la différenciation du droit, la formation d'une classe de personnes spécialisées dans la connaissance du droit, et la bureaucratisation de l'administration patrimoniale.

Pour comprendre comment ces facteurs ont agi sur la transformation du rôle du juge, il est nécessaire d'examiner les rapports de causalité qui se sont établis, à un niveau plus général, entre la différenciation sociale et la différenciation du droit. Notre postulat est que la différenciation sociale constitue le moteur principal de l'évolution du droit occidental ; il s'agit de l'idée maîtresse de la thèse. La deuxième partie de la thèse est donc consacrée à l'articulation des différents moments de l'histoire sociale et politique du monde occidental avec ceux de l'évolution des systèmes juridiques. Cette étude fait ressortir les similitudes dans la genèse et le développement des systèmes juridiques occidentaux, en ce qu'elle démontre que l'accroissement de la complexité ambiante, l'augmentation des demandes en provenance de l'environnement, et les couplages structurels avec les autres sous-systèmes sociaux ont provoqué, à peu près aux mêmes époques et avec la même magnitude, des perturbations systémiques exogènes, auxquelles les deux principaux systèmes juridiques de l'Occident ont répondu par des variations systémiques endogènes similaires.

La progression de la différenciation du droit couvre deux grandes périodes, celle du droit immanent et celle du droit positif. La première période comprend le droit prémoderne, donné ou révélé. Ce droit est formé par les codes de droit primitif, qui sont essentiellement d'inspiration religieuse, et par le droit qui dérive des coutumes et usages. Lorsque posé, ce droit doit se mesurer à un ordre supérieur, religieux ou naturel. La validité

de ce droit dépend de son degré d'enracinement social, car la normativité n'est pas encore différenciée de la matrice sociale; elle se confond avec la structure sociale qui la supporte et la fonde. Le droit de la deuxième période est un droit édicté et variable. Il est indépendant de la structure sociale, car il s'élabore sans référence constante aux facteurs culturels de légitimation. Il s'agit essentiellement du droit positif dont la validité et la force obligatoire se vérifient par le fait d'avoir été créé par une autorité compétente. C'est la différenciation sociale qui a permis au droit de passer de la première période à la deuxième. C'est aussi par la différenciation sociale que le droit a brisé les liens qui l'enchaînaient à un ordre social segmenté puis stratifié, et dont les possibilités de variation étaient trop limitées pour répondre aux besoins normatifs créés par l'entrée dans la modernité. Le droit s'est émancipé du contrôle politique, tout en protégeant son autonomie dans le système social. Cette autonomisation du droit a scellé les conditions permettant au droit positif de se libérer des anciennes formes de légitimation.

Selon la thèse de Luhmann, la différenciation de la société a traversé trois phases principales : la segmentation, la différenciation hiérarchique ou stratifiée, et la différenciation fonctionnelle. Le système juridique a répondu à ces modifications de la structure sociale en modulant les formes de création et de découverte du droit suivant le même axe de différenciation. Dans la première phase, lorsque la structure sociale est fondamentalement segmentaire, le droit l'est aussi, car il s'élabore et s'applique différemment selon les segments : il est propre à un clan, une famille ou un groupe ethnique, et varie selon qu'il se rapporte à l'un ou l'autre groupe. Ce premier stade correspond aux premières phases de développement sociétal au cours desquelles les systèmes de parenté contrôlent l'organisation sociale.

Cette première phase de différenciation a aussi donné lieu à la séparation des prescriptions religieuses et du droit laïc. C'est au cours de cette période que le droit romain se développe. Ce droit constitue le premier effort de systématisation et de généralisation de l'ordre normatif dans l'histoire de l'humanité. La sécularisation du droit, qui était presque

complète sous la République, s'est consolidée dans la foulée de la Querelle des Investitures, qui a cimenté la politique de non-intervention dans les affaires séculières prônée par l'Église d'Occident. En contrepartie, la chrétienté a édifié un droit exclusivement religieux pour régler les questions intéressant l'Église, parachevant ainsi la sécularisation du droit civil. À la chute de l'Empire romain, l'ordre normatif hautement évolué mis en place par les Romains est laissé en déshérence. Pendant une très longue période, le droit, qui est déraciné de son appartenance à un groupe, une famille ou un clan, se transforme en objet d'appropriation que se disputent les pouvoirs politiques.

La redécouverte des compilations de Justinien et des autres textes juridiques de droit romain au XII^e siècle donne le coup d'envoi de la deuxième phase de différenciation du système juridique dans le système social. Grâce aux principes du droit romain, le droit empirique enraciné dans le corps social est réécrit et modernisé. Le champ de la création du droit est investi par les législations princières, ce qui fait reculer au deuxième rang la coutume et les autres modes traditionnels de découverte du droit. Les princes et les monarques rivalisent entre eux pour obtenir la mainmise sur l'établissement du droit. Tout en s'abstenant d'intervenir directement dans le droit privé et les coutumes, ils concentrent leurs interventions sur les affaires fiscales, l'unification du territoire et les autres domaines de la sphère publique.

Cette appropriation du droit est facilitée par les doctrines absolutistes puisées dans les enseignements des juristes romains. Dans cette deuxième phase de différenciation du droit, la *iurisdictio* est divisée, ce qui facilite la modification d'un droit auparavant réputé immanent et inaltérable dans sa forme fusionnée. Une fois séparée de la *iurisdictio* royale, la législation devient l'instrument privilégié du pouvoir monarchique qui l'utilise pour affirmer sa souveraineté territoriale. Cette séparation de la *iurisdictio* change la position des administrations judiciaires qui se détachent de l'autorité royale.

À la fin de la Renaissance, l'Europe est traversée par les guerres de religion. En Angleterre, cette période correspond à l'époque des rois Tudor et Stuart, aux XVI^e et XVII^e

siècles. Le règne des Stuart mène directement aux événements qui ont donné lieu à la première formulation d'un cadre normatif visant à soustraire les juges de la domination royale. Au cours de la même période, la Fronde parlementaire et les luttes entre la monarchie et les Parlements français pour le contrôle des droits privilégiés dominent le paysage politique et juridique. Les révolutions anglaise et française mettent fin à ces conflits et sonnent le glas des privilèges juridiques attachés aux ordres sociaux. Cette ère de grande transformation sociale, dite des « Lumières », introduit avec la fin du XVIII^e siècle ce que les sociologues ont qualifié de « modernité ».

Avec la différenciation hiérarchique de la structure sociale, l'ordonnement du droit se transforme pour se conformer à l'architecture sociale, et se module sur un schéma verticalement stratifié de production des normes. La position du système judiciaire dans le système juridique se modifie selon le même axe, et les deux centres principaux d'établissement et d'application du droit, le législateur et les tribunaux, se placent dans un rapport de commandement hiérarchique.

La révolution de 1789 est une cassure dans la tradition juridique française. Son effet sur la relation entre la législation et la justice est déterminant pour les siècles à venir en France, car elle a pour effet d'instaurer un rapport de commandement hiérarchique inflexible entre la loi et le jugement. Le siège de légitimité du droit, qui résidait auparavant dans le droit d'origine coutumière ou communautaire, se déplace vers la loi issue du corps politique représentant le peuple souverain. La souveraineté politique et la suprématie légale deviennent les formes ultimes de légitimation du pouvoir et du droit. Enfin, la hiérarchisation des sources du droit relègue au dernier rang les coutumes, après la loi et le jugement.

Dans la tradition britannique, la suprématie parlementaire fait reculer le *judge-made law* qui se subordonne à l'institution politique contrôlant la création du droit. Le XIX^e siècle est celui de la glorification de la *rule of law* anglaise. C'est l'époque des grandes codifications en France et en Allemagne. Les institutions démocratiquement élues affirment

leur hégémonie sur la création du droit. Le XX^e siècle inaugure une période de rationalisation et de différenciation extrême du droit et s'achève sur la constitutionnalisation de l'État de droit. L'enchâssement des droits fondamentaux et l'institution de recours judiciaires permettant aux individus de faire valoir leurs droits subjectifs sanctionnent pour ainsi dire la place particulière que prendra le jugement dans l'avenir de la production du droit.

Avec la multiplication et la complexification des rapports sociaux, les sociétés occidentales entrent dans une phase de différenciation fonctionnelle progressive. Cette phase de différenciation du droit consacre l'application d'un système juridique universaliste et la primauté du droit sur les institutions politiques. Le droit occidental se libère progressivement de la rigidité du modèle de production hiérarchique des normes. Le contrat prend toujours plus de place et l'État cède une partie de son pouvoir de création du droit. L'axe de différenciation du droit se calque sur la différenciation sociale et prend une allure fonctionnelle et systémique. La législation et le jugement se différencient encore plus à l'intérieur du système juridique pour former chacun un sous-système différencié, et entrent alors dans une relation fonctionnelle l'un avec l'autre.

Le droit positif s'aligne au mouvement de différenciation fonctionnelle par une restructuration de ses éléments, de façon à mieux répondre aux besoins des autres sous-systèmes sociaux - la religion, la moralité, la politique et l'économie - eux-mêmes nouvellement différenciés dans le système social global. Le droit est de plus en plus indépendant du système social, grâce notamment à sa capacité de différencier les attentes normatives des attentes cognitives. Les droits nationaux s'adaptent aux impératifs de l'économie de marché et aux nécessités de la mondialisation du commerce, et font une plus grande place au contrat, même si c'est encore la loi qui domine la production du droit. L'autonomisation du droit par la différenciation fonctionnelle est l'avant-dernière étape du processus menant à l'autopoïèse juridique. Le droit accède à ce stade ultime par une clôture opérationnelle indépendante du système social et par la reproduction autoréférentielle de

ses composantes systémiques. Le droit s'élabore non seulement de manière systémique, mais il s'autoreproduit de lui-même.

Dans la troisième partie de la thèse, nous analysons les conséquences de cette différenciation fonctionnelle du droit sur le statut des juges et l'indépendance judiciaire. Le premier chapitre traite de la justice dans l'Antiquité. La justice en Grèce et à Rome demeure peu institutionnalisée, car la vengeance privée et l'arbitrage entre clans prédominent sur la justice publique. Le deuxième chapitre porte sur les mutations de l'appareil judiciaire dans les deux systèmes de droit emblématiques de la tradition juridique occidentale, laquelle met en évidence plusieurs similitudes au niveau des effets de la différenciation fonctionnelle du droit sur la justice. C'est à même les institutions monarchiques et princières centralisées que se constituent les systèmes judiciaires de l'Europe occidentale. Au début du second millénaire, le chef devenu prince reçoit de Dieu la mission de faire régner la paix et la justice dans son royaume. Le monarque est la source de toute justice, fonction qu'il exerce avec ses barons, les grands, qui composent la *curia regis*. La justice médiévale est le berceau de l'État moderne. La naissance d'un système distinct de tribunaux spécialisés qui rend la justice au nom du roi opère une première différenciation du système judiciaire.

Les juges anglais et français sont mus par un objectif commun, qui est de préserver le droit de l'absolutisme monarchique. S'autorisant de leur érudition et de l'autorité qui en résulte, les juges des cours royales revendiquent l'exclusivité de l'interprétation des lois fondamentales qui gouvernent les rapports entre la monarchie et ses sujets. C'est donc sans surprise qu'ils se retrouvent au milieu des tensions entre le roi, les nobles et la bourgeoisie, cette nouvelle classe sociale formée à même la masse populaire grâce à l'essor de l'économie de marché. L'intransigeance de leur position et les opinions juridiques qu'ils rendent seront en partie responsables des conflits politiques qui surviendront au XVII^e en Angleterre et en France, et qui se continueront au XVIII^e siècle dans ce dernier pays jusqu'à y entraîner la chute de la monarchie.

Tant au niveau des symboles que du droit positif, la justice anglaise demeure profondément marquée par ses origines patrimoniales, puisqu'elle est encore liée à la Couronne, du moins symboliquement, et bénéficie à ce titre des nombreuses prérogatives relatives à l'administration de la justice. Toutefois, et ceci constitue un autre paradoxe, selon les critères de l'analyse fonctionnelle, la justice anglo-saxonne est plus différenciée que la justice du droit continental français. Bien que formant une classe spécialisée par son savoir, les juges français sont entièrement neutralisés dans la nouvelle structure juridique postrévolutionnaire et réduits au rang de serviteurs de la loi, expression de la volonté générale. Les lendemains de la « *Glorious Revolution* » sont moins douloureux pour les juges anglais, qui bénéficieront des limitations générales de la prérogative royale par le Parlement. Avec l'aide d'une seule phrase contenue dans une loi visant à régler la succession au trône de l'Angleterre en faveur de l'Électrice de Hanovre²⁰, la charge judiciaire est mise à l'abri des soubresauts de l'humeur royale²¹.

L'étude comparative des étapes de la différenciation de la fonction judiciaire dans les deux systèmes emblématiques de la tradition juridique occidentale valide le modèle de la différenciation sociale. Dans sa dernière phase de différenciation, la *iurisdictio* médiévale se place au centre du système juridique. Dans cette position stratégique, la justice autopoïétique exerce un rôle clé dans la régulation des opérations du système juridique, alors que les autres sous-systèmes, notamment la législation et le contrat, se tiennent en périphérie du système juridique, dans la zone de contact (couplage) avec les sous-systèmes sociaux, tels que le système politique et le système économique.

²⁰ *An Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject.* 12 & 13 Will. III. Dans la thèse, cette loi sera désignée par son appellation française d'Acte d'Établissement.

²¹ Sur le statut des juges, cette loi prévoit ce qui suit:

« That after the said Limitation shall take Effect as aforesaid Judges Commissions be made Quam diu se bene Gesserint and their Salaries ascertained and established but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawfull to remove them ».

Les analyses historiques et sociologiques des effets de la différenciation du droit et de l'appareil judiciaire imposent une remise en question complète du modèle de commandement hiérarchique entre le législateur et le juge, alors que ce modèle jouit toujours d'un degré élevé de légitimité dans les sociétés modernes. Au milieu du XX^e siècle, H.L. Hart écrivait que le concept de droit ne pouvait absolument pas être compris dans toute sa signification par l'évocation simpliste d'un droit législatif appliqué par les tribunaux²². Le théoricien le plus connu du droit anglais avait déjà compris que la division du droit en deux processus immuables et mutuellement exclusifs, l'édiction et l'application, était dépassée et ne permettait pas d'expliquer la fonction réelle du système juridique dans l'ordre social. Cette conception anachronique du rapport hiérarchique entre la loi et le jugement obscurcit les débats sur le droit et la société, et constitue un obstacle à la recherche de nouvelles épistémologies qui pourraient aider à mieux appréhender la réalité du droit dans le système social, et le rôle des juges par le fait même. Dans la même veine, il est aussi nécessaire de déconstruire l'idéologie qui a fait du droit un instrument au service du pouvoir politique. C'est d'ailleurs en vertu de ce système d'idées reçues qu'est dénoncé l'activisme judiciaire, considéré comme un renversement du rapport hiérarchique entre la loi et le jugement. Une des ambitions de cette thèse est de lever le voile qui masque la réalité de la différenciation du droit et de la politique, ainsi que celle de la place des tribunaux dans le système juridique.

Si la différenciation sociale a été le moteur de la différenciation fonctionnelle du droit, la formation d'une classe de juristes ayant des connaissances spécialisées a été l'un des facteurs déterminants de la rationalisation du droit. Le rôle historique des professionnels du droit a été souligné par Max Weber, qui les surnommait les « porteurs spécialisés »²³. Weber s'est surtout attardé à analyser l'impact sur le droit de la formation des légistes et juristes ayant étudié dans les universités occidentales. Ce qui nous intéresse plus particulièrement dans cette thèse est le rôle historique des juges considérés en

²² H. L. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 128.

²³ Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, coll. « Quadrige », Presses Universitaires de France, 2007.

tant que classe spécialisée de fonctionnaires. Ce sont eux qui obtiennent les premiers un statut différencié dans les états patrimoniaux de l'Occident.

Ce facteur est d'une importance majeure pour comprendre les liens entre la naissance de l'idée d'indépendance judiciaire et le développement de la bureaucratie en tant que routinisation de l'administration patrimoniale. Ce n'est pas une simple coïncidence que le concept d'indépendance judiciaire en droit anglais soit associé aux modifications apportées par l'Acte d'Établissement au statut des juges, lesquelles ont conféré au Parlement le pouvoir exclusif de fixer la rémunération des juges nommés par le roi. Avec cet amendement, le droit anglais introduisait une séparation entre la charge publique et son mode de financement, condition *sine qua non* de la modernisation de l'État²⁴. Une autre condition relative à l'implantation de l'organisation bureaucratique selon le modèle wébérien est l'indépendance du titulaire de l'office par rapport aux individus qui ont un intérêt direct dans les décisions prises par l'office. En soumettant le pouvoir de révocation du juge à l'adresse parlementaire, l'Acte d'Établissement enlevait justement au monarque son contrôle de la production du droit.

Dans toutes les sociétés complexes et différenciées socialement, des forces de même nature s'exercent sur les systèmes juridiques pour qu'ils reconnaissent les codes de valeurs appartenant aux réseaux de communications des autres sous-systèmes sociaux. À cause de leur obligation de juger, et malgré leur position de repli au centre du système juridique, les tribunaux judiciaires sont régulièrement placés devant des demandes pour introduire des codes de valeurs qui sont étrangers au système juridique. Malgré des structures décisionnelles distinctes, les systèmes judiciaires occidentaux s'activent avec plus ou moins de succès à freiner cet envahissement des demandes fonctionnelles issues des autres sous-systèmes.

²⁴ Talcott PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", (1964) 29 *American Sociological Review* 339, p. 347.

Du fait de la prohibition du déni de justice, les tribunaux judiciaires sont placés dans la situation où ils doivent réguler les communications sur le droit, en même temps qu'ils sont tenus de maintenir leur mission immunitaire en regard aux demandes de modification de l'ordre social par le droit. La justice autopoïétique oriente d'ailleurs ses opérations en fonction de cet objectif, qui est celui de préserver le rôle de la fonction judiciaire dans la mise à distance du droit vis-à-vis des systèmes culturels de légitimation. D'un point de vue sociologique, on peut conclure que les particularités des systèmes juridiques nationaux sur les modalités du recours aux juges ont une importance toute relative lorsque vient le temps de poser la question de la garantie d'indépendance judiciaire.

Ce qui ne signifie pas que le droit positif ne peut rien nous apprendre sur le sujet. Le discours de la Cour suprême du Canada sur la norme d'indépendance judiciaire reflète d'ailleurs la perception qu'ont les juges de la validité sociologique de la norme et prouve bien que celle-ci précède sa validité juridique. Ce qui veut dire, en d'autres termes, que l'agir orienté significativement par l'idée d'indépendance judiciaire s'est construit bien avant la formulation d'une règle juridique posée en tant que norme obligatoire. Car, en l'absence de normes de droit positif sur l'indépendance judiciaire, c'est dans la tradition que les juges canadiens en ont puisé les fondements²⁵.

Dans son arrêt phare sur la norme d'indépendance judiciaire, la Cour suprême a énoncé trois conditions essentielles au respect de la garantie d'indépendance des juges. Ces trois conditions que sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle forment ce qu'on pourrait qualifier de « minimum vital » pour la protection de l'indépendance judiciaire dans un système de droit positif²⁶. Ainsi, du point de vue du droit positif, l'indépendance judiciaire est une question qui concerne principalement le statut juridique et institutionnel des juges; une fois ce statut garanti, l'indépendance judiciaire est protégée. Or, le maintien d'un statut protégé pour les juges ne dit rien sur les

²⁵ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, par. 34 à 36.

²⁶ *Id.*, par. 27, 40 et 47.

moyens dont ceux-ci disposent pour faire prévaloir le droit sur les autres considérations matérielles dans les décisions qu'ils rendent. Autrement dit, bien que la protection juridique du statut des juges soit essentielle pour le maintien de l'indépendance judiciaire, le système social doit aussi préserver les conditions qui permettent aux tribunaux de résister aux pressions de l'environnement qui se faufilent jusqu'au juge du fait de la prohibition du déni de justice.

Notre ambition est de démontrer que la différenciation sociale, la structure conditionnelle de programmes juridiques et la limitation de la responsabilité des juges pour l'effet de leurs décisions dans le système social sont les trois conditions sociologiques de l'indépendance judiciaire. La primauté du droit, qui justifie et fonde en même temps l'indépendance judiciaire, ne peut être garantie que dans la mesure où ces conditions existent.

PARTIE I

TITRE I
PERSPECTIVES THÉORIQUES ET CONCEPTS

De façon générale, l'interprétation juridique des normes ne nous apprend rien de l'effet social du droit. En d'autres mots, la validité juridique, celle qui peut être déduite de l'observation scientifique du droit, bien qu'essentielle au juriste qui travaille à « l'intérieur du droit », ne nous informe pas sur la manière dont le droit irradie vers l'extérieur, c'est-à-dire là où il est censé produire des effets, confirmer des ententes, valider des habitudes, changer des comportements ou tout simplement assurer l'ordre social général.

Aussi, pour connaître les effets du droit dans le système social et, à l'inverse, les conséquences des mutations politiques, sociales et économiques dans le système juridique, l'analyse provenant de la science du droit n'est pas suffisante. L'effectivité des règles juridiques ne peut être mesurée sans le recours aux grilles d'analyse qui relèvent d'autres sciences de la société. De plus, sans l'éclairage provenant des autres modes de connaissance de la réalité sociale, il n'est pas possible de comprendre les phénomènes qui sont à l'origine des transformations du droit. C'est pourquoi nous proposons dans cette thèse de se placer, d'abord et avant tout, du point de vue de l'observateur extérieur au droit.

Cet angle de vision différent par l'entremise duquel nous entendons examiner les effets sociaux du droit est celui de la sociologie, une sociologie que nous qualifierons d'historique, à cause du sujet choisi et de l'ancienneté de l'institution étudiée. D'ailleurs, l'une des vertus de l'épistémologie historique est qu'elle nous aide à comprendre le droit actuel par l'examen des formes qu'il a prises dans le passé. L'approche utilisée dans la thèse est donc essentiellement constructiviste. Elle implique que la connaissance juridique est déduite du processus par lequel le champ d'expérience juridique est reconstruit à partir d'un schéma conceptuel prédéterminé qui colore la matière observée²⁷. La réalité juridique

²⁷ Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Presses universitaires de France, 1994. Peter BERGER et Thomas LUCKMAN, *La construction sociale de la réalité*, coll. « Individu et Société », Armand Colin, 2006, p. 304-305.

est reconstruite à travers un regard qui n'est pas normatif, mais empirique²⁸. Suivant l'approche constructiviste, le droit est un produit normatif et interprétatif qui est historiquement et socialement situé²⁹. En revanche, le droit construit lui aussi sa propre vision de la réalité sociale qui n'a pas de correspondance « out there ». De plus, le droit étant un processus communicationnel, il produit lui-même, par l'entremise de ses opérations juridiques, les acteurs humains en tant qu'« artéfacts sémantiques »³⁰. Enfin, le discours juridique est un peu malgré lui, engagé dans un mouvement continu de va-et-vient entre l'autonomie et l'hétéronomie cognitive avec les autres discours sociaux. L'approche constructiviste permet de tisser des liens entre les communications juridiques et les valeurs ou conditions sociales de l'époque où elles s'établissent, et fait ressortir les positions idéologiques qui s'infiltrèrent dans les communications sur le droit.

Le cadre d'analyse que nous privilégierons est la théorie des systèmes sociaux. Ce modèle est fondé sur le principe axiomatique que la réalité sociale possède les attributs d'un système³¹. L'analyse systémique est utilisée lorsque la réalité sociale présente des caractéristiques qui ne peuvent s'expliquer par un simple lien causal en raison de la multitude de variantes et de facteurs intervenant dans la composition des phénomènes sociaux étudiés³². La théorie générale des systèmes sociaux pose qu'il existe, pour chaque

²⁸ Guy ROCHER, Le « regard oblique » du sociologue sur le droit, dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre – In the eye of the beholder*, Montréal, Thémis, 2007, p. 60.

²⁹ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 171-204.

³⁰ *Id.*

³¹ Guy ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, 3^e édition, Montréal, Éd. Hurtubise HMH, 1992, p. 309-310. Du fait de ce postulat, la réalité sociale présente les traits suivants :

« ... elle est constituée d'éléments ayant entre eux des rapports d'interdépendance – la totalité formée par l'ensemble des éléments n'est pas réductible à la somme de ces éléments — les rapports d'interdépendance entre les éléments, et la totalité qui en résulte sont régis par des règles qui peuvent s'exprimer en termes logiques ».

³² L'analyse systémique est constituée par « toute recherche, théorique ou empirique, qui, partant du postulat que la réalité sociale présente les caractères d'un système, interprète et explique les phénomènes sociaux par les liens d'interdépendance qui les relient entre eux et qui en forment la totalité » : *id.*, p. 349.

système, une distinction entre celui-ci et son environnement. Cette distinction entre le système social et son environnement est ce que la théorie sociologique appelle la « différenciation », c'est-à-dire l'établissement d'une frontière entre le système et son environnement³³. Cette frontière entre le système et son environnement ne signifie pas l'isolement du système; il s'agit plutôt pour celui-ci de constituer une « sphère de sens » qui lui est propre « de manière à ce que les processus sélectifs de traitement des informations provenant de l'environnement puissent être régulés par des décisions et des règles propres au système, afin que les structures et les événements de l'environnement ne deviennent pas automatiquement valides dans le système »³⁴.

Fonction et autonomie sont les deux paramètres d'analyse de la théorie des systèmes sociaux. Dans le grand schéma de la différenciation fonctionnelle, la société se différencie en systèmes qui se constituent eux-mêmes en vue de leur fonction. Cette fonction est déterminée par le problème à résoudre ou le besoin à satisfaire dans le système social. L'autonomie est la conséquence inévitable de la différenciation fonctionnelle puisque chaque système est constitué en vue d'une fonction qui lui est propre. Cette autonomie est une condition essentielle pour le maintien du système, car celui-ci doit faire lui-même la sélection des communications qui se trouvent dans son environnement et qui relèvent de sa fonction, tout en excluant celles qui ne le sont pas.

Le modèle systémique permet de tirer des conclusions scientifiques en évitant l'écueil du particularisme et de contourner la difficulté d'analyser des phénomènes réels complexes. Ainsi, au lieu d'entreprendre une description des phénomènes sociaux dans leur multitude et leur variabilité, ce qui mènerait inévitablement à la confusion et à l'éparpillement, la méthode systémique permet d'élaborer des modèles théoriques abstraits qui simplifient l'objet étudié — la réalité sociale —, de façon à en dégager les principaux modes de fonctionnement. L'analyse systémique permet aussi d'étudier la structure de toute

³³ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 51.

³⁴ *Id.*; N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982, p. 139.

interaction sociale et d'isoler conceptuellement les fonctions des éléments de cette interaction. En raison de la complexité et de l'étendue de notre objet de recherche, la théorie des systèmes sociaux est la méthode tout indiquée. C'est donc à l'aide de cette théorie que nous étudierons l'influence grandissante des décisions judiciaires sur la production du droit et la place de la fonction de juger dans le système juridique.

CHAPITRE 1 L'ANALYSE SOCIOLOGIQUE

Le projet de la sociologie en est un « d'intelligibilité »; il veut jeter un éclairage signifiant sur la réalité sociale qu'il observe³⁵. Comme mode de connaissance, la sociologie couvre un vaste territoire conceptuel et théorique et offre de nombreuses grilles d'analyse permettant d'appréhender la réalité sociale, non pour la dépeindre comme le ferait un miroir réflécheur, mais pour l'interpréter et en faire ressortir les aspects signifiants. La sociologie compréhensive et l'analyse fonctionnelle ou systémique forment quelques-uns des procédés qui peuvent être mobilisés dans cette quête de connaissance de la réalité sociale.

L'intérêt de la sociologie pour les institutions sociales a conduit les sociologues à faire l'étude des formes antérieures de ces institutions, puisque nombre d'entre elles portent encore l'empreinte de ce qu'elles ont été dans le passé. Dans leurs recherches, les sociologues ont examiné le passé et le présent de ces institutions, tentant même quelquefois de définir ce qu'elles deviendront dans l'avenir³⁶. Car, comme l'écrivait Luhmann, « toute interprétation de la société est historiquement conditionnée »³⁷. La compréhension des phénomènes sociaux qui se déploient dans le temps nécessite une interpénétration des modèles d'analyse historique et sociologique. Cette démarche peut être qualifiée de « sociologie historique ». Dans la prochaine section, nous décrivons l'interrelation entre la sociologie compréhensive et l'analyse historique, en faisant état des liens étroits entre la sociologie et l'histoire considérés comme modes de connaissance de la réalité sociale. Dans cet exposé, les thèses wébériennes sur la sociologie compréhensive et son insistance sur l'explication causale seront à l'honneur.

³⁵ Guy ROCHER, *Le « regard oblique » du sociologue sur le droit*, préc., note 28, p. 61.

³⁶ G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 83.

³⁷ Niklas LUHMANN, *Politique et complexité*, coll. « Humanités », Paris, Éditions du Cerf, 1999, p. 37. Donald R. KELLEY, *History, Law and the Human Sciences*, London, Variorum Reprints, 1984, p. 134: « Human society is in its very essence historical, and so are the sciences thereof ».

Section 1 La sociologie et l’histoire

En tant que disciplines scientifiques de la connaissance, la sociologie et l’histoire ont beaucoup d’affinités, même si certains traits les distinguent. Du point de vue des similitudes, ce sont toutes deux des sciences compréhensives et causales. Compréhensives, parce qu’elles visent à identifier le sens subjectif donné par les acteurs à leur conduite, et causales, parce qu’elles cherchent à expliquer les circonstances ayant provoqué les événements qu’elles étudient.³⁸ Sur la connaissance du droit, la sociologie juridique et l’histoire du droit présentent également des ressemblances dans la démarche scientifique. Tout comme les historiens du droit, les sociologues juridiques profitent de l’étude des systèmes juridiques du passé pour mieux apprécier les relations entre les transformations juridiques et l’évolution sociale³⁹. De plus, comme nous allons le voir plus loin, ces deux sciences sociales s’intéressent de près aux lois évolutives de l’histoire. Comme cette thèse fait grand usage de la différenciation sociale historique, nous utilisons les théories évolutionnistes pour établir les liens entre les développements historiques du droit et la place de la fonction judiciaire dans le système juridique.

Au compte des différences, si la sociologie commence généralement son étude d’un phénomène historique en posant une question dans le but de comprendre les raisons d’être du phénomène ou de l’évènement en question, l’analyse historique, elle, se penche sur le passé pour lui-même⁴⁰. La sociologie s’intéresse de façon principale aux lois générales qui peuvent être déduites de la régularité avec laquelle certains phénomènes historiques surviennent ou de la concomitance de certaines variables, alors que la science historique ne vise pas nécessairement à identifier la récurrence des faits autour des phénomènes historiques ou la régularité des faits sociaux qui préparent à l’apparition des

³⁸ Raymond ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 511.

³⁹ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, p. 27.

⁴⁰ Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e édition, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 280.

événements. Un autre trait distinctif de certaines ambitions de la sociologie est la recherche de lois évolutives dans l'histoire. Ainsi, des sociologues comme Herbert Spencer, Émile Durkheim, Talcott Parsons et aussi Niklas Luhmann, ont tenté de démontrer la nature évolutive des institutions comme le droit. L'analyse historique ne cherche pas principalement à établir une courbe évolutive dans la survenance des phénomènes sociaux; l'histoire s'intéresse plutôt aux faits historiques pour ce qu'ils représentent en eux-mêmes.

De plus, bien que plusieurs historiens aient fait l'historiographie des institutions normatives, peu d'entre eux ont cherché à comprendre les mécanismes par lesquels ces institutions se transforment. Les historiens du droit s'intéressent plus aux formes anciennes du droit qu'aux causes du changement normatif. Le nouveau virage pris par l'historiographie du droit ancien est dû principalement aux changements de paradigmes dans la démarche épistémologique des historiens du droit, qui ont pris conscience des dangers qu'il y avait à utiliser des concepts modernes pour interpréter des normes anciennes.

La sociologie est vouée à la compréhension des mécanismes du changement social. C'est donc cette science sociale qui peut nous aider à identifier les causes de l'évolution des formes juridiques. La sociologie et l'histoire offrent une complémentarité indéniable aux fins de la démonstration scientifique du développement d'une institution à la fois juridique et sociale comme le système judiciaire. La combinaison des analyses historiques et sociologiques permet d'accroître notre connaissance de l'évolution du droit et de la structure sociale dans le temps. L'exemple suivant illustre bien notre propos. Les manuels d'histoire du droit nous apprennent que certaines lois des peuples barbares fixaient un prix compensatoire à titre de dommages-intérêts pour chaque membre mutilé, et que ce prix était différent selon qu'il s'agissait d'un homme libre ou d'un serf, d'un homme ou d'une femme. En situant ces règles dans le temps, l'analyse historique démontre que ces règles qui apparaissent archaïques aux yeux des modernes représentaient un réel progrès à l'époque, car elles remplaçaient un système de vengeance privée qui entretenait les luttes

claniques, sources de guerres infinies. Le point de vue sociologique sur ces règles nous renseigne quant à lui sur la structure de classe de l’époque, ainsi qu’elle se révèle par le fait du prix différent pour la perte d’un membre ou la mort d’un homme ou d’une femme de noble extraction, par rapport à un serf.

La sociologie compréhensive du juriste et sociologue allemand Max Weber est l’une de ces théories sociologiques qui font appel à l’histoire. L’ambition de Weber était d’ailleurs « de comprendre son temps à la lumière de l’histoire universelle ou encore de rendre intelligible l’histoire universelle dans la mesure où celle-ci tend à la situation présente comme à son aboutissement »⁴¹. Par son utilisation de types idéaux, cette méthode sociologique permet d’interpréter des événements historiques importants pour ensuite les réintégrer dans l’histoire et élaborer les « règles sociologiques » qui expliqueront le « devenir »⁴². La sociologie compréhensive webérienne a ainsi réussi à rendre plus clair un aspect de la réalité sociale qui avait été vécu de manière obscure par les acteurs historiques⁴³.

Le sociologue Raymond Aron a bien exposé les méthodes de recherches historiques utilisées par Weber dans son histoire de la pensée sociologique. Il a identifié deux éléments principaux de la recherche causale webérienne : la causalité historique et la

⁴¹ R. ARON, préc., note 38, p. 554-556.

⁴² Max WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, t. I, p. 17 :

« L’élaboration de concepts propres à la sociologie prend ses matériaux, sous la forme de paradigmes, dans les réalités de l’activité qui sont également importantes pour les points de vue de l’histoire. Elle élabore ses concepts et en recherche les règles avant tout également du point de vue de la possibilité de rendre service à l’imputation causale historique des phénomènes importants pour la culture. Comme pour toute science généralisante les abstractions qui lui sont propres font que ses concepts ne sauraient être que relativement vides en contenu par rapport à la réalité concrète d’ordre historique. En compensation elle fournit une univocité accrue des concepts ».

⁴³ R. ARON, préc., note 38, p. 520.

causalité sociologique⁴⁴. La première vise les événements singuliers et cherche à déterminer les circonstances uniques qui ont provoqué un événement précis. La deuxième a pour objectif de déterminer la régularité dans la relation entre deux phénomènes, puisque la sociologie s'efforce avant tout « d'établir des rapports de consécution qui se sont répétés ou qui sont susceptibles de se répéter »⁴⁵. C'est notamment en se fondant sur ce rapport de régularité des conduites sociales que Weber a pu établir que la coutume vient d'un rapport social régulier et que les mœurs naissent de la longue accoutumance de ce rapport social régulier⁴⁶.

Comme le soulignait Aron, la compréhension de l'histoire nécessite l'utilisation de propositions générales qui ne peuvent être établies qu'à partir d'analyses et de comparaisons historiques⁴⁷. Les méthodes de Weber étaient d'ailleurs essentiellement comparatistes. Il a justement utilisé la comparaison entre les développements historiques de plusieurs civilisations pour démontrer la spécificité de la civilisation occidentale. C'est ainsi qu'il a pu établir que le procès de rationalisation était unique à cette civilisation qui seule pouvait voir naître le capitalisme. Isolant les principales dimensions de l'activité sociale, telles que la religion, le droit et l'économie, Weber a utilisé les types idéaux qu'il a construits comme outils pour interroger l'histoire, ce qui lui a permis de mesurer la distance ou l'adéquation entre les faits historiques et les caractéristiques principales de chaque type idéal. Il a fait ressortir les particularités évolutives propres à chaque dimension, tout en démontrant comment les développements historiques de ces champs sont interreliés⁴⁸. C'est

⁴⁴ *Id.*, p. 517-518. Le degré de causalité suffisant pour établir un lien de cause à effet est pour Weber celui de la probabilité. Autrement dit, la causalité est adéquate entre une situation et un événement s'il est très probable que la situation en question provoque l'événement dont on cherche à établir la cause. Puisqu'elles sont probables et analytiques, les relations ne peuvent donc pas être unilatérales ou globales. Pour cette raison, Weber refusait de suivre les théories matérialistes de l'histoire, suivant lesquelles un seul des éléments de la réalité était considéré comme déterminant du devenir historique, au mépris des autres aspects de la réalité.

⁴⁵ *Id.*, p. 522.

⁴⁶ *Id.*, p. 551.

⁴⁷ *Id.*, p. 519.

⁴⁸ David M. TRUBEK, «Max Weber on Law and the Rise of Capitalism», (1972) *Wis. L. Rev.* 720, 732.

ainsi qu’il a pu tracer les traits déterminants de certaines périodes historiques, en ce qui a trait notamment au type juridique correspondant à chaque époque.

La sociologie historique de Weber aurait été grandement influencée par la philosophie historique de Hegel, pour qui l’histoire, à la différence de la nature, n’était pas faite de processus cycliques et récurrents, mais de faits isolés et contingents⁴⁹. Dans son entreprise de comprendre l’histoire universelle, Weber a aussi fait une distinction importante entre les jugements de valeur et le rapport aux valeurs. C’est ce dernier type, le rapport aux valeurs, qui est l’objet d’étude de la sociologie compréhensive, laquelle ne s’intéresse pas aux jugements de valeur des individus pour ce qu’ils sont, mais plutôt pour les conflits sociaux que le rapport des individus à l’égard de ces valeurs a générés, et pour l’explication qu’on peut tirer des luttes faites en leur nom⁵⁰. Nous allons maintenant examiner plus en profondeur les éléments-clés de cette sociologie compréhensive.

Section 2 La sociologie compréhensive

L’objectif de la science formée par la sociologie est de « comprendre par interprétation l’activité sociale et de là, expliquer causalement son déroulement et ses effets »⁵¹. Pour Weber, l’activité est un comportement humain qui communique un sens subjectif⁵². Le comportement humain devient une activité si l’individu peut lui attribuer un sens, une signification. Quant à l’activité « sociale », c’est « l’activité qui, d’après son sens visé [*gemeinten Sinn*] par l’agent ou les agents, se rapporte au comportement d’*autrui*, par

⁴⁹ Reinhard BENDIX, *Max Weber, an Intellectual Portrait*, Berkeley, University of California Press, 1977, p. 387.

⁵⁰ R. ARON, préc., note 38, p. 507. Weber aurait aussi énoncé que ce ne sont pas les idées qui gouvernent la conduite des individus, mais plutôt les intérêts matériels et idéels. C’est donc derrière la façade des gestes posés et des activités poursuivies qu’il faut chercher les motivations des individus : R. BENDIX, préc., note 49, p. 387.

⁵¹ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 4; Max WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 11.

⁵² M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 4.

rapport auquel s'oriente son déroulement»⁵³. L'activité sociale s'organise en relation sociale dans la mesure où les actions des individus sont orientées significativement les unes par rapport aux autres. La sociologie de Weber vise donc à comprendre les phénomènes sociaux selon la signification subjective qui leur est accordée par les acteurs⁵⁴.

Contrairement à certaines autres conceptions sociologiques contemporaines de celles de Weber, la sociologie compréhensive a pour objectif de dresser le tableau général de la société en partant du point de vue subjectif des acteurs et des orientations significatives de leurs actions. La sociologie wébérienne part des conduites individuelles et les classe en types d'action pour établir ensuite une typologie des conduites sociales. Weber ne peut être inclus dans la catégorie des fonctionnalistes, car sa sociologie ne vise pas à comprendre l'agir social sur la base des fonctions que remplissent les activités sociales. Toutefois, en postulant que la rationalisation progressive du monde a conduit les sphères de l'agir social (comme le droit, la religion et l'économie) vers l'autonomie et la spécialisation, l'analyse sociologique de Weber renvoie implicitement à la différenciation fonctionnelle comme mode dominant de l'évolution des sociétés. La différenciation sociale est donc au cœur de sa sociologie compréhensive. Comme le soulignait un auteur, la théorie wébérienne du procès de rationalisation, de même que sa typologie des ordres juridiques⁵⁵ acquièrent tout leur sens lorsqu'ils sont mis en juxtaposition avec les concepts sous-jacents de différenciation, de généralisation et d'universalisation⁵⁶. Selon notre analyse, il paraît difficile d'examiner le développement du droit moderne occidental sans référer à ces trois

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Roger COTTERRELL, *The Sociology of Law: an introduction*, London, Butterworths, 1984, p. 13.

⁵⁵ *Infra*, partie I, titre II, chapitre 3, section 2.

⁵⁶ D. M. TRUBEK, *préc.*, note 48, p. 728. Les recherches historiques de Max Weber à propos des développements parallèles des principales civilisations de l'histoire lui ont permis d'établir les raisons qui expliquent les différences dans l'évolution de ces civilisations. Le plus faible niveau de différenciation et de rationalisation des institutions sociales des civilisations autres que la civilisation occidentale explique pourquoi seule la civilisation occidentale a été le terreau fertile du capitalisme et de la bureaucratie envahissante.

concepts qui expliquent la transformation historique d’un droit possédant aujourd’hui les caractères d’universalité, de généralité et d’autonomie qui nous lui connaissons.

La sociologie compréhensive offre aussi un très grand potentiel explicatif du point de vue de l’analyse des transformations historiques d’une institution comme le système judiciaire. C’est d’ailleurs ce que nous nous proposons de réaliser dans cette thèse : faire l’histoire sociologique de la fonction de juger pour comprendre la réalité historique sous-jacente et expliquer le « devenir » de ce mode de production du droit dans le système juridique. Notre ambition est également d’expliquer les raisons d’être de l’expansion du champ d’intervention de la fonction judiciaire et de conceptualiser la place du système judiciaire dans le droit hautement différencié de la société du XXI^e siècle. Enfin, la connaissance de la sociologie compréhensive de Max Weber est essentielle pour bien saisir les thèses sociologiques de Niklas Luhmann. Comme nous le verrons plus loin, le concept de sens, qui est si important dans la sociologie de Luhmann, est également déterminant dans l’analyse par Max Weber du concept de relation sociale⁵⁷. Weber a de même beaucoup insisté sur la complexité toujours grandissante des sociétés modernes, notion dont on devait tenir compte selon lui pour comprendre les particularités du développement de ces sociétés, soit la rationalisation progressive et le polythéisme des valeurs. Nous verrons dans la prochaine section en quoi consiste le type idéal d’une activité sociale, et comment Weber s’en est servi pour établir des typologies du droit et des ordres sociaux légitimes.

Section 3 L’idéaltype de la sociologie wébérienne

Pour Weber, l’une des façons de comprendre la réalité sociale est par l’interprétation de la causalité dans les phénomènes sociaux, et l’instrument privilégié dans cette tentative est l’idéaltype. Il est donc important de décrire ici l’instrument

⁵⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 45. Aussi, dans la définition wébérienne des « attentes juridiquement garanties » des détenteurs de droits subjectifs, on peut déjà entrevoir le germe de la définition de la fonction du droit chez Luhmann qui est de stabiliser les attentes normatives individuelles et collectives dans le temps : *infra*, partie I, titre II, chapitre 2, section 4.

épistémologique dont Weber s'est servi pour étudier l'activité sociale réelle et dont dépend l'ensemble des classifications conceptuelles de sa sociologie juridique et de sa sociologie de la domination.

On obtient le type idéal correspondant à une activité sociale particulière « en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchainant une multitude de phénomènes isolés, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre, par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement pour former un tableau de pensée homogène »⁵⁸. Le type idéal n'est pas une moyenne concernant un agir social particulier; il s'agit plutôt d'une « image mentale » correspondant à une rationalisation utopique qui permet de substituer un ensemble cohérent et rationnel à la confusion présentée par la réalité⁵⁹.

Cet instrument conceptuel qu'est le type idéal est donc une hypothèse, une construction de l'activité rationnelle. Weber a distingué deux types d'action rationnelle : l'action rationnelle en finalité et l'action rationnelle en valeur. L'orientation de l'activité selon un mode rationnel en finalité utilise les attentes de comportement des autres individus du monde extérieur comme moyens pour parvenir à des fins « mûrement réfléchies » que l'on veut atteindre⁶⁰. L'activité orientée selon une rationalité en valeur ne vise aucun but précis, n'utilise aucun moyen réfléchi pour atteindre un but; c'est la croyance dans la « valeur » d'un comportement déterminé, au point de vue éthique, moral, esthétique ou autre, qui oriente l'activité sociale⁶¹. Ici encore, la classification des deux types de

⁵⁸ Max WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Ste-Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001.

⁵⁹ Jacques GROSCLAUDE, « Introduction », dans Max WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 16.

⁶⁰ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 22.

⁶¹ *Id.*

rationalité est un idéaltype. Il est très rare qu'une activité sociale soit uniquement rationnelle en finalité ou rationnelle en valeur; le plus souvent, elle combine les deux⁶².

Selon Aron, on peut classer les types idéaux de Weber dans trois catégories⁶³. Dans la première, le type idéal vise une réalité historique singulière et globale qui est reconstituée à travers les traits importants de cette réalité. Il s'agit par exemple du capitalisme ou des trois types de domination légitime (charismatique, traditionnelle et légale-rationnelle)⁶⁴. Dans la deuxième catégorie, le type idéal est construit avec l'aide d'éléments abstraits de la réalité historique qui se retrouvent dans un grand nombre de situations. Un exemple de ce deuxième genre est le type idéal de la bureaucratie, dont les éléments-clés se retrouvent à plusieurs époques et dans plusieurs types de régimes politiques. Dans la troisième catégorie, le type idéal est constitué par les reconstructions rationnelles de conduites particulières.

L'idéal type n'est donc aucunement une représentation exacte d'un type de relation sociale, d'une institution ou d'une période historique particulière; l'idéaltype sert plutôt à identifier le trait dominant d'un phénomène social, à en isoler les causes et les effets pour enfin arriver à l'interpréter et à le comprendre⁶⁵. Comme le souligne Weber, il s'agit (en parlant de la « règle idéale ») d'un « principe heuristique visant à la connaissance de l'activité empirique [...] dans son conditionnement causal factuel »⁶⁶. L'idéal type n'est

⁶² M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 23.

⁶³ R. ARON, préc., note 38, p. 521.

⁶⁴ *Infra*, titre II, chapitre 3.

⁶⁵ La théorie scientifique de Weber et son utilisation des types idéaux reposent nécessairement sur le postulat qu'il n'existe aucune méthode scientifique permettant d'étudier la réalité dans sa globalité ou une épistémologie permettant d'embrasser la réalité objective dans toutes ses dimensions : Andréa BUSS, « Les rationalités du droit et de l'économie », (2005) 39 *R.J.T.* 111, p. 117-118.

⁶⁶ M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, préc., note 58, p. 129.

donc qu’un instrument qui sert à vérifier la distance entre le modèle et la réalité⁶⁷. D’ailleurs, pour Weber, la qualité euristique de l’idéaltype sera inversement proportionnelle à son degré de conformité à la réalité. Cette distance entre l’idéaltype et la réalité permet à la science de l’histoire de comprendre l’écart entre les événements historiques tels qu’ils ont été vécus par les acteurs selon leur sens subjectif, et ce qu’ils seraient advenus s’ils avaient agi selon une rationalité idéale en finalité⁶⁸. Puisque la réalité sociale est complexe, il sera souvent nécessaire d’avoir recours à la combinaison de plusieurs types idéaux pour être en mesure d’en donner une image la plus signifiante possible.

Enfin, la méthode de l’idéal type a aussi pour objectif de trouver derrière des concepts scientifiques, tels que celui d’État, les activités humaines qui les composent. Ces concepts font partie du vocabulaire juridique et du langage courant; ils désignent des « structures collectives » qui sont en fait des représentations de choses qui font partie de ce qui est et de ce qui devrait être, et d’après quoi les individus orientent leurs activités⁶⁹. Dans le cas de l’agir juridique, l’idéaltype est la « maxime normative » qui représente le sens « idéal » de la conduite⁷⁰. C’est dans le chapitre 1 du titre II de la présente partie que nous étudierons les types idéaux de l’agir juridique qui ont été formulés par Weber pour comprendre la diversité et le développement des ordres juridiques.

⁶⁷ G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l’éthique*, préc., note 36, p. 128. Weber a toujours insisté pour dire que l’idéaltype n’existe pas dans la réalité; il s’agit d’un outil analytique qui permet notamment, et c’est à cette tâche que nous l’emploierons, d’étudier de manière comparative une institution, comme le système judiciaire, dans des contextes historiques différents.

⁶⁸ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 18. :

« Plus la construction des idéaltypes est rigoureuse, c’est-à-dire plus elle est étrangère à la réalité en ce sens, mieux elle remplit son rôle du point de vue de la terminologie et de la classification aussi bien que de celui de la recherche. Les imputations causales concrètes d’événements historiques qu’élabore l’histoire ne procèdent pas autrement ».

⁶⁹ *Id.*, p. 13.

⁷⁰ M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, préc., note 58, p. 135.

Section 4 La sociologie juridique ou le regard de la sociologie sur le droit

Au cours du XX^e siècle surtout, la science sociologique s'est différenciée en plusieurs domaines d'étude spécifiques touchant tous les aspects de l'activité sociale : religion, politique, histoire, économie, travail, organisation, et droit. En dépit de l'importance du droit comme source d'inspiration de la sociologie⁷¹, peu de sociologues se sont penchés sur le phénomène de la normativité juridique pour comprendre l'organisation et l'évolution des sociétés. Comme le soulignera Talcott Parsons à la fin de sa carrière, le droit est pourtant un fait social déterminant, puisqu'il est le moteur de l'intégration sociale⁷².

Le juriste français Carbonnier est l'un des premiers à s'être intéressé à la sociologie juridique, qu'il définit comme une branche de la sociologie générale ayant pour objet l'étude d'une « variété de phénomènes sociaux : les *phénomènes* juridiques ou *phénomènes* de droit »⁷³. La sociologie juridique propose d'analyser le droit dans sa dimension sociale, c'est-à-dire en tant qu'élément de la réalité sociale. Les deux « sociologies » s'intéressent donc au même phénomène qu'elles vont cependant interroger de façon différente. La sociologie générale abordera un phénomène de droit, tel le mariage, par ses aspects relationnels, démographiques et économiques, pour ensuite analyser son fondement juridique. La sociologie juridique partira de l'aspect juridique pour ensuite

⁷¹ La sociologie a toutefois hésité longtemps à reconnaître cette paternité dans le développement de sa science. Le sociologue français Durkheim considérait par ailleurs les règles de droit comme l'indice par excellence des faits sociaux, objet d'étude de la sociologie, et recommandait par conséquent aux sociologues de bien étudier les règles juridiques : É. DURKHEIM, préc., note 9. Pour le professeur Kelley, la principale source d'inspiration de la science sociologique est la tradition juridique : D. KELLEY, préc., note 37, p. 135-136.

⁷² *Infra*, titre II, chapitre 2, section 1.

⁷³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 39, p. 16.

rechercher les facteurs économiques, démographiques ou les éléments de la moralité sociale qui se cachent derrière les mutations de l’institution juridique⁷⁴.

On peut aussi dire que la sociologie s’intéresse au droit, non pas pour connaître l’interprétation et l’application des normes juridiques aux cas particuliers, mais pour appréhender les répercussions des règles normatives dans les conduites sociales⁷⁵; ce sont les « usages du droit »⁷⁶ qui intéresse le sociologue, plus que la définition et l’interprétation des concepts juridiques. Le contenu des lois et la validité objective des normes ont moins d’importance pour le sociologue que pour le juriste, car c’est la conduite sociale qui découle de la normativité juridique qui mobilise la sociologie en tant que discipline de la connaissance sociale⁷⁷.

L’objet d’étude de la dogmatique juridique et de la sociologie juridique est donc le même, ce n’est que le point de vue, « l’angle de vision » qui diffère, car les deux disciplines se rencontrent à plusieurs croisées de chemin de leur parcours épistémologique. Les deux disciplines étudient les rapports sociaux et les institutions selon leur optique propre, la sociologie pour comprendre les valeurs et les idées qui sont transmises dans et par l’agir social, le droit pour définir et réguler les attentes normatives individuelles et collectives⁷⁸.

⁷⁴ *Id.*, p. 17-18.

⁷⁵ M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 15.

⁷⁶ Romain MELOT, « La conception wébérienne des droits subjectifs : un parcours de l’histoire économique au débat sur la légitimité politique », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l’État et du droit*, Saint-Nicolas, Presses de l’Université Laval, 2005, p. 143. Il s’agit

« ... plus précisément [aux] différentes actions individuelles qui concourent par des comportements légaux ou illégaux, par des menaces, par des procès, à tracer le contour de ce qu’est le droit “dans les faits”, c’est-à-dire les comportements adoptés en fonction de la règle ».

⁷⁷ J. GROSCLAUDE, préc., note 59 , p. 19; Comme l’exprime si bien l’auteur d’une introduction à la sociologie du droit de Weber, « ... la sociologie tentera de comprendre les significations subjectives de la norme en étudiant les chances des conduites sociales d’après ces significations ».

⁷⁸ R. COTTERRELL, préc., note 54, p. 5.

Le droit est examiné de l’intérieur par les juristes aux fins de la connaissance du sens proprement normatif de la règle juridique; il est observé du dehors par la sociologie juridique⁷⁹. Ce recul dans la position de l’observateur en ce qui a trait à l’objet de son observation est fondamental pour la sociologie, ce qui n’est absolument pas le cas pour le juriste qui peut très bien appréhender le droit sans prendre ses distances vis-à-vis de son objet d’étude. D’ailleurs, la dogmatique juridique, c’est-à-dire la science qui étudie l’organisation, la logique et le contenu des systèmes juridiques, qu’elle soit d’inspiration positiviste ou autre, s’intéresse avant tout au sens idéal de la norme juridique dans le but de situer celle-ci dans la cohérence du système juridique auquel elle appartient. On peut alors parler d’une conception hylétique de la norme, qui vise uniquement à déterminer la prescription qu’elle contient⁸⁰. Une conception de la norme comme entité idéale n’est pas très utile pour la sociologie juridique qui s’intéresse avant tout aux effets sociaux de la norme, encore que l’herméneutique du discours juridique peut s’avérer fort pertinente pour l’étude des effets sociaux du droit.

Max Weber a bien exprimé la distinction fondamentale qui existe entre les deux méthodes de questionnement sur le droit, celle utilisée par le juriste et celle dont se sert le sociologue. Ainsi, selon Weber, l’intérêt du juriste est de connaître « la signification, autrement dit le *sens normatif* qu’il faut *attribuer logiquement* à une certaine construction

⁷⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 39, p. 22; G. ROCHER, *Le « regard oblique » du sociologue sur le droit*, préc., note 35, p. 59. Pour représenter cette différence d’angle de vision, Guy Rocher écrit que le juriste

« ... regarde le droit dans les yeux : il cherche à savoir ce qu’il dit, c’est-à-dire ce qu’il permet ou défend, ce qu’il enlève ou donne, ce qu’il autorise, impose ou prohibe. Le sociologue, quant à lui, regarde avant tout “l’environnement” du droit : comment, par qui, et pour qui il a été voulu et produit, la signification qu’on lui accorde, l’utilisation qui en est faite, les effets attendus ou imprévus qu’il engendre ou qu’on en tire, les attitudes entretenues ou créées à son endroit, les rapports entre le droit et les autres normativités. Le regard du sociologue glisse en quelque sorte sur le droit, pour “obliquer” vers les contextes sociaux, économiques, politiques, culturels dans lesquels il prend naissance et en rapport avec lesquels il agit. ».

⁸⁰ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l’état*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 6.

de langage donnée comme norme de droit »⁸¹. Autrement dit, la dogmatique juridique considère les normes juridiques pour elles-mêmes⁸², tandis que pour le sociologue, ce qui importe de savoir est ce qu’il « advient *en fait* » de la norme de droit dans la communauté. Puisque l’objectif de l’analyse du droit est différent, c’est au moyen d’une méthode d’observation distincte que celle employée par la dogmatique juridique que la sociologie juridique va appréhender le droit pour en connaître les effets sociaux. Le regard posé sur le droit par le sociologue procèdera des méthodes empiriques et inductives, contrairement à celui du juriste qui relèvera plus de procédés déductifs et discursifs. Comme l’exprime clairement le sociologue Guy Rocher :

« [L] e droit, réalité normative, est donc regardé et d’une certaine manière reconstruit par le sociologue sur le mode empirico-inductif, c’est-à-dire d’une manière non normative »⁸³.

Après avoir distingué les angles de vision de la sociologie et du droit, il est temps maintenant d’établir ce qui rapproche ces deux disciplines. Tant le droit que la sociologie s’intéressent à certains types de relations sociales significatives. Ces deux sciences considèrent ces relations sociales comme faisant partie d’une structure sociale intégrée. La grande connexité existant entre les deux sciences humaines vient également du fait qu’elles visent toutes les deux l’ensemble de la vie, mais selon la perspective particulière à chacune d’elle⁸⁴. Enfin, le droit et la sociologie sont concernés par la légitimation de l’autorité, le

⁸¹ M. WEBER, *Économie et Société*, préc., note 42, t. I, p. 321; J. GROSCLAUDE, préc., note 59, p. 8 (les mots sont en italique dans le texte).

⁸² J. CARBONNIER, préc., note 39, p. 21 : Il ne faut pas sous-estimer, comme le souligne Carbonnier, l’influence de la sociologie pour la dogmatique juridique. Le recours à l’historique législatif et à la « *mischief rule* » dans l’interprétation législative, constituent une forme d’emprunt à la sociologie pour les besoins de l’interprétation proprement juridique.

⁸³ G. ROCHER, *Le « regard oblique » du sociologue sur le droit*, préc., note 28, p. 60.

⁸⁴ R. COTTERRELL, préc., note 54, p. 6. Savigny aurait déclaré, en parlant du droit, que c’était l’ensemble de la vie, mais considéré selon une perspective précise. On peut en dire autant de la sociologie, ce qui n’est certainement pas le cas des autres sciences sociales comme l’économie et la politique.

contrôle social, la protection des droits et libertés fondamentales, l’égalité sociale, et les relations entre les sphères privée et publique⁸⁵.

L’objectif de cette thèse est de comprendre le phénomène de la montée en puissance du juge. L’étude du sens idéal des normes juridiques n’est pas d’une grande utilité à ce titre, quand bien même il s’agirait des règles qui président à l’exercice de la fonction de juger ou des normes qui garantissent le statut des juges. D’autre part, le changement bien réel opéré dans la place réservée à la production judiciaire des normes doit être observé si nous voulons comprendre non seulement les effets sociaux de ce changement, mais aussi la restructuration implicite que cette mutation a pour effet d’imposer en ce qui concerne l’ordonnancement et de la cohérence du droit. Le défi était donc de trouver cet angle de vision différent au travers duquel il serait possible d’observer le phénomène de la montée en puissance du juge.

La sociologie compréhensive webérienne, la différenciation fonctionnelle et la théorie des systèmes sociaux nous ont fourni les grilles d’analyse pour mener à bien cet objectif. Pour ce qui est de la sociologie compréhensive de Weber, c’est surtout en raison de l’approche historique et comparatiste par laquelle ce sociologue a abordé le droit et tenté d’établir la causalité des facteurs économiques, politiques et religieux sur l’évolution des pratiques juridiques et des formes du droit. En ce qui concerne la différenciation fonctionnelle, cette thèse permet de lier l’évolution de la structure sociale avec les formes du droit et la transformation de la position de la fonction de juger dans le droit. Enfin, la théorie des systèmes sociaux est un apport inestimable à la compréhension de la réalité sociale complexe des sociétés modernes.

Les trois méthodes d’analyses de la réalité du droit élaborées par Weber, Parsons et Luhmann seront utilisées dans cette thèse. Nous avons déjà esquissé le pourtour de

⁸⁵ *Id.*

PARTIE I – TITRE I – PERSPECTIVES THÉORIQUES ET CONCEPTS
CHAPITRE 1 – L'ANALYSE SOCIOLOGIQUE

l'élément conceptuel unique à Weber, l'idéaltype. La différenciation sociale fonctionnelle sera étudiée au Chapitre 2, suivie des thèses de Talcott Parsons sur le système des sociétés modernes. Nous terminerons avec les raffinements apportés par Niklas Luhmann à la théorie des systèmes sociaux.

CHAPITRE 2 LA DIFFÉRENCIATION SOCIALE

L'origine de la théorie sociologique de l'évolution sociale par la différenciation est d'abord identifiée, dans les milieux anglo-saxons, à Herbert Spencer, et pour ce qui est de la sociologie française, à Émile Durkheim, auteur d'un traité sur la division du travail social à la fin du XIX^e siècle⁸⁶. Le premier sociologue à avoir étudié la différenciation fonctionnelle des sociétés est sans doute Herbert Spencer⁸⁷. Son étude de la différenciation sociale est d'autant plus intéressante pour notre thèse, puisque Spencer y fait une esquisse de la différenciation des lois, de l'appareil judiciaire et de la profession juridique. Émile Durkheim a aussi étudié la différenciation fonctionnelle des sociétés et son effet sur la division du travail social. L'intérêt de ces thèses sociologiques pour le développement du droit tient notamment à sa classification des deux types de droit qui se sont succédés dans le processus de différenciation progressive des sociétés⁸⁸.

L'un des modèles d'analyse utilisés pour démontrer l'impact de l'évolution du droit sur l'indépendance judiciaire est tiré de la théorie développée par Niklas Luhmann sur le droit comme système social. Niklas Luhmann a édifié sa propre conception du fonctionnement des sociétés modernes complexes. Grâce à lui et à d'autres sociologues du XX^e siècle, la différenciation fonctionnelle est devenue l'un des thèmes majeurs des analyses sociologiques de la modernité. Cette thèse a d'ailleurs été qualifiée de « matrice interprétative de la modernité »⁸⁹.

⁸⁶ É. DURKHEIM, préc., note 9.

⁸⁷ Herbert SPENCER, *Principes de sociologie*, Paris, Germer Baillière, 1883 (traduction de *Principles of Sociology*, New York, N.Y., Appleton, 1877). Dans son traité de sociologie générale, Spencer a appliqué aux systèmes sociaux les principes généraux de la connaissance énoncés dans son ouvrage *First Principles* (New York, N. Y., Collier, 1902).

⁸⁸ Suivant l'analyse de Durkheim, le droit des sociétés peu différenciées est essentiellement de type répressif. À mesure que les sociétés se différencient, la solidarité organique se substitue à la solidarité mécanique. Dans la structure sociale différenciée, le droit prend une forme restitutive : *infra*, partie II, titre I, chapitre 1, section 2.

⁸⁹ Danilo MARTUCELLI, *Sociologies de la modernité*, Paris, Gallimard, 1999, p. 29.

Section 1 *Spencer* et l'évolution superorganique

Spencer a été l'un des premiers sociologues à établir un lien entre le développement des organismes vivants et le développement des sociétés⁹⁰. Selon un auteur⁹¹, il fut également le premier théoricien à formuler les principes généraux de la théorie des systèmes et à démontrer leurs applications à plusieurs des systèmes de l'univers, que ce soit les systèmes inorganiques (solaires), les systèmes organiques (biologiques) ou superorganiques (les relations sociales)⁹². Dans son traité de sociologie, Spencer s'attaque à l'évolution superorganique, c'est-à-dire celle des sociétés humaines considérées dans leurs développements, leurs structures et leurs fonctions.

Les sociétés, tout comme les organismes vivants, présentent une structure analogue, dont la principale caractéristique est constituée par la permanence des relations entre les parties et l'entité globale. Tel un organisme vivant, la société est une entité qui peut être distinguée des parties qui la composent. Dans les agrégats sociaux, les parties sont unies dans un rapport de dépendance qui est aussi essentiel que celui qui existe entre les parties des corps vivants. Par conséquent, dans les agrégats sociaux comme dans les agrégats organiques, les changements au niveau des parties s'influencent mutuellement et s'accusent de plus en plus à mesure que progresse l'évolution. Enfin, dans les organismes sociaux comme dans les organismes vivants, il existe une vie de l'ensemble qui est distincte de celle de ses parties, encore que l'entité globale en soit le produit. La survie de

⁹⁰ Dans *First Principles*, Spencer a montré comment les systèmes organiques (la vie biologique), inorganiques (le système solaire), et superorganiques (les sociétés humaines) présentent des similitudes évidentes en ce qui concerne le progrès de leur évolution et obéissent aux mêmes lois générales. Dans les trois systèmes notamment, l'hétérogénéité définie et cohérente succède à l'homogénéité indéfinie et incohérente : Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 52-53.

⁹¹ Jonathan H. TURNER, *Herbert Spencer. A renewed Appreciation*, Beverly Hills, California, Sage Publications, 1985.

⁹² On a donné aux théories de Spencer sur l'évolutionnisme social le nom de « darwinisme social », en raison des analogies qu'il a faites entre l'évolution organique et l'évolution sociale (superorganique) : *id.*, p. 11.

l'ensemble est ainsi assurée malgré la possibilité d'une disparition de certaines unités qui seront peut-être remplacées.

Spencer a démontré que la formation, le développement, et même la disparition des trois types de systèmes suivaient des processus similaires pouvant être regroupés en trois phases principales : l'évolution, l'équilibre et la dissolution. Dans la première phase qu'est l'évolution, le système construit sa structure, ce qui lui permet d'accroître sa complexité et de mieux résister aux forces de l'environnement; la masse homogène existant antérieurement se différencie en unités hétérogènes. À la différence des masses homogènes, les unités hétérogènes sont dans une relation d'interdépendance mutuelle, ce qui les rend moins fragiles aux pressions extérieures. À l'opposé, les masses homogènes, qui n'ont pas développé de liens d'interdépendance mutuelle, sont facilement perturbées par les forces de l'extérieur. Bien que Spencer soit connu pour avoir développé une théorie de l'évolution linéaire des sociétés allant du plus simple au plus complexe, ses travaux ne font pas moins état de la précarité de l'équilibre dans la structuration des systèmes et de l'alternance entre l'intégration et la désintégration des systèmes, la formation et la dissolution.

Selon Spencer, les phénomènes d'évolution sociale sont déterminés à la fois par les actions externes auxquelles l'agrégat social est exposé et par la force interne de ses unités⁹³. Pour ce sociologue, le domaine de la sociologie a justement pour objet d'expliquer

⁹³ Au début du développement social, les facteurs externes (systèmes organiques et inorganiques) exercent une influence plus grande sur l'agrégat social. Les facteurs internes, eux, orientent le développement des organisations politique et religieuse de l'agrégat. Après avoir fait l'analyse des facteurs extrinsèques (sol, climat, flore et faune) et intrinsèques (caractères physiques, émotionnels) qui influencent les « agrégats d'homme », Spencer fait état des facteurs secondaires ou dérivés des phénomènes sociaux. Parmi ces facteurs secondaires figurent les modifications progressives du milieu physique (changements dans le climat, la faune et la flore), l'accroissement du volume de l'agrégat social (sans quoi la division sociale du travail ne peut progresser et à défaut de quoi la différenciation des classes n'est pas possible), le développement social (au niveau du nombre des unités sociales) considéré à la fois comme cause et conséquence du progrès, l'influence réciproque de la société et de ses unités, l'influence du milieu superorganique (interaction avec les sociétés voisines) et l'accumulation de produits superorganiques, tels les instruments matériels, le langage, les connaissances toujours plus avancées, les coutumes qui deviennent des systèmes de législation, les croyances et superstitions qui imposent des codes de conduite, et les produits esthétiques. Tous ces facteurs constituent des forces qui modifient l'individu et la société : H. SPENCER, préc., note 87, t. II, chapitre 1.

les phénomènes qui résultent de l'action combinée des unités sociales. Ces actions combinées vont notamment orienter le développement des systèmes de parenté et celui des organisations religieuses et politiques⁹⁴.

Tout comme pour les agrégats organiques et inorganiques, la croissance des agrégats sociaux est le résultat d'une intégration. De plus, et ceci est une autre des lois générales qui gouvernent l'évolution des corps vivants et des corps sociaux, lorsqu'elle se produit, l'augmentation du volume et du nombre des parties du corps vivant et du corps social entraîne une différenciation progressive de la structure de l'agrégat qui devient plus compliquée⁹⁵. La différenciation structurelle s'accompagne, elle, d'une différenciation de fonction puisque l'une ne va pas sans l'autre : avant de pouvoir former un système possédant sa propre autonomie, l'unité sociale autrefois amalgamée à un autre agrégat se différencie pour mieux répondre à un besoin de spécialisation fonctionnelle. Lorsque les parties d'un agrégat sont peu différenciées, chacune d'elles peut facilement accomplir les fonctions de l'autre. À mesure que les parties se différencient, ces échanges ne sont plus possibles puisque chaque partie est affectée à une fonction plus limitée qu'elle remplit mieux en raison de la spécialisation qui en découle. L'assistance mutuelle que les parties spécialisées se prêtent entraîne alors une dépendance mutuelle des parties; plus les organisations sociales sont avancées, plus les parties deviennent interdépendantes⁹⁶.

⁹⁴ H. SPENCER, préc., note 87, t. I, p. 585. Aux premiers stades de développement, les forces religieuses et les forces politiques sont unies. Dans l'Antiquité par exemple, le gouvernement civil et le gouvernement religieux ne font qu'un. Par la suite, ces forces se séparent puis, alors que les forces ecclésiastiques diminuent, les forces politiques deviennent plus importantes. Les changements structurels qui ne tarderont pas à se manifester au sein des organisations ecclésiastiques auront une influence directe sur les organisations existantes environnantes. On peut citer comme exemple de ce phénomène les changements de structures parallèles entre l'Église chrétienne à la fin du XI^e siècle et celle des principaux royaumes de l'Europe occidentale. Enfin, au fur et à mesure du développement, les systèmes des règles civiles et celles des systèmes religieux s'écartent progressivement; les règles ecclésiastiques se divisent elles-mêmes en deux types de codes, celui relié au cérémonial religieux et celui édictant les préceptes éthiques.

⁹⁵ H. SPENCER, préc., note 87, t. II, p. 33.

⁹⁶ *Id.*, p. 52.

L'unité sociale divisée résultant de la différenciation structurelle et fonctionnelle doit donc établir un rapport d'interdépendance avec les autres unités de l'organisation sociale si elle veut préserver son autonomie et survivre dans un environnement différencié : c'est l'intégration des systèmes. Le processus primaire de l'intégration devrait donner lieu à la formation de sociétés de plus en plus grandes soumises à une fédération qui exercerait l'autorité, ce qui devrait entraîner des « bienfaits encore plus considérables » pour l'humanité⁹⁷.

La différenciation sociale obéit donc aux mêmes lois générales que la différenciation de l'agrégat vivant : chaque partie différenciée se divise elle-même en parties dissemblables qui doivent s'intégrer, à défaut de quoi l'agrégat ne pourra survivre. Le « progrès » de l'intégration sociale fait naître des différences de fonction et de rang. Dans l'agrégat social, la différenciation de structure et de fonction entraîne la formation d'une classe dominante qui se distingue du reste de la société et en prend le commandement : c'est la première différenciation sociale⁹⁸. La deuxième différenciation opère quant à elle une division entre les parties régulatrices et les parties opératrices de la masse sociale. La troisième différenciation donne naissance au chef des chefs.

Spencer a aussi utilisé les théories évolutionnistes propres à la biologie pour classer les sociétés selon leur degré de différenciation sociale⁹⁹. Sa première typologie

⁹⁷ Herbert SPENCER, *Les institutions professionnelles et industrielles*. Fin des *Principes de Sociologie*, Paris, Guillaumin, 1898, p. 522 :

« Comme lorsque de petites tribus furent fondues dans des tribus plus grandes, le chef principal arrêta la guerre entre tribus; et comme lorsque de petits gouvernements féodaux furent soumis à un même roi, les guerres féodales furent rendues impossibles par celui-ci; de même dans l'avenir une fédération des nations de premier rang, exerçant l'autorité suprême (qu'on pressent déjà dans les ententes occasionnelles qui se font entre "les puissances"), pourrait, en défendant les guerres entre les nations constituant cette fédération, mettre fin à cette "rebarbarisation" qui défait continuellement l'œuvre de la civilisation ».

⁹⁸ H. SPENCER, préc., note 87, t. II, p. 34.

⁹⁹ G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, préc., note 31, p. 223.

renvoie à quatre types de sociétés classées suivant un degré croissant de complexité de l'organisation sociale : les sociétés simples, les sociétés composées, les sociétés doublement composées et les sociétés triplement composées. Spencer utilise enfin une seconde classification qui englobe la première, soit celle de la division des sociétés entre la société militaire, dont font partie généralement les sociétés simples et les sociétés composées, et la société industrielle qui regroupe les sociétés doublement composées et les sociétés triplement composées. Spencer identifie quatre types sociaux correspondant aux stades d'évolution de l'agrégat social qui sont, dans cet ordre, les états nomade, sédentaire, militaire et industriel¹⁰⁰.

En comparant la société militaire et la société industrielle, on constate que la différenciation des fonctions augmente avec l'évolution sociale. Dans la société militaire, les différents pouvoirs (religieux, politique et militaire) sont très peu différenciés; la fonction militaire domine toutes les autres, notamment la fonction de production, car l'organisation sociale est orientée principalement sur la défense du territoire et du groupe social. Dans ce type de société, les liens sociaux sont fondés sur la coopération obligatoire. À l'opposé, dans la société industrielle, l'évolution sociale mène à l'accomplissement de plusieurs fonctions sociales. On fait aussi une large place dans cette société à l'autonomie et à la liberté des individus. L'organisation sociale de la société industrielle est construite sur la base de la coopération volontaire, du contrat social, et est orientée vers la fonction de production à laquelle est soumise la fonction militaire. C'est dans la société industrielle que

¹⁰⁰ Une des critiques souvent formulées à l'égard de la thèse évolutionniste de Spencer porte sur sa conception par trop linéaire du développement social, laquelle suivrait une courbe ascendante menant inexorablement vers le progrès. Or, cette idée a été rejetée par Spencer lui-même :

« L'évolution n'implique pas une tendance latente à l'amélioration qui serait partout à l'œuvre. Il n'y a pas d'ascension uniforme de l'inférieur au supérieur, mais seulement production occasionnelle d'une forme qui, parce qu'elle est mieux adaptée à des conditions plus complexes, devient capable d'une vie plus longue, d'un genre plus varié. » : H. SPENCER, préc., note 97, t. I, p. 520.

la relation contractuelle devient le lien social le plus généralisé¹⁰¹ et qu'apparaît le droit positif.

Section 2 *Durkheim* et les deux types de solidarité sociale

L'analyse sociologique de Durkheim comporte certaines similitudes avec celle de Spencer. À l'instar de ce dernier, Durkheim est d'avis que l'autonomie individuelle a progressé avec l'évolution de la société¹⁰². Malgré les critiques parfois très dures portées par Durkheim à l'endroit des analyses sociologiques de Spencer, les thèses du sociologue français furent fortement inspirées par les théories de ce dernier. Ainsi, alors que Spencer utilise le concept de « coopération » pour différencier le type de relations entre les sociétés archaïques et les sociétés avancées ou modernes, Durkheim introduit quant à lui le concept de solidarité sociale. Comme Spencer, Durkheim conclut que l'origine de la différenciation fonctionnelle remonte à « l'avènement de la vie dans le monde » et qu'elle touche aux conditions essentielles de la matière organisée puisqu'elle s'applique à tout le monde vivant¹⁰³. Comme Spencer enfin, Durkheim constate que dans les sociétés archaïques, le sentiment religieux domine de manière absolue l'ensemble des relations sociales et détermine entièrement le code de conduite des membres de ces sociétés¹⁰⁴. Par ailleurs, Durkheim récuse un certain nombre des thèses de Spencer. Il conteste aussi la position de Spencer en ce qui concerne le moment où est apparue la première phase de

¹⁰¹ G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, préc., note 31, p. 225-226.

¹⁰² É. DURKHEIM, note 9, p. 170.

¹⁰³ *Id.*, p. 4.

¹⁰⁴ Résumant l'étude qu'il a faite des croyances en vigueur dans l'ensemble des sociétés primitives, Spencer a écrit que la crainte des vivants est, dans l'unité sociale primitive, le point de départ du gouvernement politique, tandis que la crainte des morts est à l'origine du gouvernement religieux : H. SPENCER, préc., note 97, t. I, p. 582.

l'individualisation¹⁰⁵. De plus, selon Durkheim, la progression de l'individualisme n'a pas rendu l'individu moins dépendant de la société.

Dans le développement des sociétés, la solidarité sociale, dont Durkheim a fait le point central de sa sociologie, a revêtu deux formes successives : mécanique et organique. Ce qui a différencié les sociétés primitives des sociétés plus complexes, ce n'est pas tant le degré de centralisation de l'organisation sociale, mais plutôt le type de solidarité sociale que l'on y trouvait. L'évolution sociale s'est faite à partir d'un modèle de société fondé sur l'égalité entre les différents segments pour en arriver à un système social basé sur un haut niveau de spécialisation professionnelle. Les segments autrefois unis par des affinités spécifiques sont devenus des organes ayant chacun des fonctions spécialisées. Les sociétés ainsi formées sont composées de systèmes d'organes différents qui sont eux-mêmes formés de parties différenciées. L'organisation familiale s'est mélangée avec l'organisation professionnelle, faisant éclater les anciennes formes d'organisations sociales fondées principalement sur les liens familiaux ou de clans. Les milieux professionnels ont pris de plus en plus de place et ont supplanté en nombre tous les autres types de groupements¹⁰⁶. En conséquence de ces changements, l'organisation sociale a dû changer son modèle de solidarité : d'un paradigme de solidarité fondé sur l'égalité, qui est l'essence de la « solidarité mécanique », la société s'est modifiée en intégrant un nouveau type de solidarité basé sur l'inégalité, la « solidarité organique ».

Dans les sociétés archaïques où la division du travail est très peu développée, la solidarité sociale est mécanique; il s'agit d'une solidarité par ressemblance ou similitude.

¹⁰⁵ Pour Durkheim, l'absence de centralisation des sociétés archaïques est incompatible avec l'individualisme, parce que l'état d'homogénéité qui caractérise les sociétés archaïques ne constitue pas un terreau fertile pour l'émergence d'un pouvoir centralisateur. À l'opposé donc de Spencer, Durkheim estime que l'institution d'un pouvoir despotique constitue la première phase de l'individualisation : É. DURKHEIM, préc., note 9, p. 170-171.

¹⁰⁶ Selon Durkheim, il est possible de prévoir que ce mouvement ira en s'amplifiant, « et qu'un jour viendra où toute notre organisation sociale et politique aura une base exclusivement ou presque exclusivement professionnelle » : *id.*, p. 167.

Le degré de cohésion de ces sociétés est grand, parce que les individus qui les composent sont semblables : ils ont les mêmes besoins et professent les mêmes valeurs. En d'autres termes, ils ne sont pas différenciés. Durkheim qualifie le type de solidarité dans ces sociétés de « mécanique », parce que les membres de la société agissent les uns envers les autres de façon mécanique, comme les corps bruts par opposition aux corps vivants; ils n'ont pas de mouvements propres, car la conscience individuelle ne fait que suivre le mouvement collectif¹⁰⁷.

Dans les sociétés modernes où la division du travail est très avancée, la solidarité sociale est qualifiée par Durkheim de solidarité « organique ». Ces sociétés modernes sont composées d'individus plus différenciés; elles sont plus complexes et leur cohésion est assurée non pas par la similitude entre les individus, mais par la différenciation. La cohérence des unités collectives de ces sociétés doit s'exprimer par un autre type de solidarité, qui est de type « organique »¹⁰⁸. Les relations sociales dans les sociétés différenciées ont un caractère de réciprocité qui est produit par la division du travail. Cette division du travail social est par ailleurs incompatible avec une quelconque notion de « contrat social », car pour créer une telle rencontre des volontés, il faudrait postuler que le contenu des consciences individuelles est identique à la conscience commune; or, la division du travail social produit justement l'effet contraire¹⁰⁹. On peut donc dire comme Raymond Aron que l'individualité est le résultat du développement historique¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 100. Dans les sociétés primitives, la liberté personnelle et l'autonomie de la conscience individuelle sont limitées, car la dissemblance et la digression avec la conscience collective ne peuvent être admises.

¹⁰⁸ La solidarité est dite organique en ce que, suivant l'analogie avec les organes de l'être vivant, elle est fondée sur la différenciation de chaque unité qui remplit une fonction propre et différente, mais indispensable. L'unité de l'organisme est d'autant plus grande que chaque partie dispose de son autonomie, puisque « l'individualité du tout s'accroît en même temps que celle des parties » : *id.*, p. 101.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 179 :

« Aussi bien la conception du contrat social est-elle aujourd'hui bien difficile à défendre, car elle est sans rapport avec les faits. L'observateur ne la rencontre, pour ainsi dire, pas sur son chemin. Non seulement il n'y a pas de sociétés qui aient une telle origine, mais il n'en est pas dont la structure présente la moindre trace d'une organisation contractuelle. Ce n'est

Ayant énoncé les caractéristiques des deux types de solidarité et des conditions de leur apparition, Durkheim s'est affairé à trouver les causes du phénomène de la différenciation sociale qui produit la solidarité organique. Selon Durkheim, c'est la combinaison de l'augmentation du volume, de la densité matérielle et de la densité morale qui cause la division du travail social. L'accroissement du volume et de la densité matérielle des individus d'une collectivité donnée et l'augmentation de l'intensité des communications et des échanges (densité morale) provoquent la différenciation sociale. Comparant ce phénomène social au phénomène biologique étudié par Darwin à travers l'évolution des espèces, Durkheim énonce que la différenciation sociale est la solution pacifique de la lutte pour la vie qui résulte de l'augmentation du nombre d'individus essayant de vivre ensemble. En se différenciant, les individus survivent à l'augmentation de leur nombre, chacun pouvant tenir un rôle et remplir une fonction différente, mais nécessaire. Qui plus est, cette différenciation sociale est génératrice de la liberté individuelle, car il n'est plus essentiel d'être semblable aux autres pour survivre. La conscience individuelle prend le dessus sur la conscience collective¹¹¹, dont le maintien sera par ailleurs assuré (et un degré minimum de cohésion sociale) par un système de valeurs collectives permettant de relier les individus au corps social.

Durkheim constate que la division du travail ne s'est pas réalisée seulement au plan économique et industriel, puisque la société tout entière s'est spécialisée en différentes fonctions : politiques, administratives, judiciaires, voire artistiques et scientifiques¹¹². Selon Durkheim, pour comprendre le développement de la division du travail social, il est

donc ni un fait acquis de l'histoire, ni une tendance qui se dégage du développement historique ».

¹¹⁰ R. ARON, préc., note 38, p. 320.

¹¹¹ Cette conscience collective consiste dans un « ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une même société ». La conscience collective forme un système distinct qui a sa vie propre : É. DURKHEIM, préc., note 9, p. 46.

¹¹² *Id.*, p. 2.

nécessaire de trouver qu'elle est sa fonction, c'est-à-dire à quel besoin social elle correspond¹¹³. À cette question fondamentale, Durkheim répond que la fonction de la division du travail est de créer « entre deux ou plusieurs personnes un sentiment de solidarité »¹¹⁴. La division du travail est donc la source principale de la solidarité sociale. C'est en effet à cause de la solidarité sociale que des sociétés peuvent se former et évoluer¹¹⁵. Cette solidarité sociale, lorsqu'elle existe, provoque les rapports entre les individus, de même qu'elle relie les individus et la collectivité dans laquelle ils vivent. Selon le sociologue français, puisque la division du travail social suscite un accroissement des interactions sociales entre les individus, c'est cette division qui est le moteur de la solidarité sociale.

La division du travail social qui crée la solidarité est le principal facteur d'intégration du corps social dont elle assure l'unité¹¹⁶. Aussi, plus les membres de la société sont solidaires, plus leurs rapports sont fréquents. Le nombre de relations entre les membres de la société est, selon Durkheim, proportionnel à celui des règles juridiques qui les déterminent : « En effet, la vie sociale, partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis »¹¹⁷. C'est donc dans le droit que l'on trouve la preuve que la solidarité sociale contribue à l'intégration générale de la société; car le droit est le « symbole visible » de la solidarité

¹¹³ *Id.*, p. 8.

¹¹⁴ *Id.* p. 19.

¹¹⁵ Pour prouver ses dires, Durkheim donne l'exemple de la société conjugale, qui ne peut exister que si des dissemblances fonctionnelles existent entre les personnes du sexe féminin et celles du sexe masculin. Dans les sociétés où il n'y avait pas de division du travail sexuel, les relations conjugales étaient « éminemment éphémères » : *id.*, p. 19-24.

¹¹⁶ Durkheim souligne que Comte avait déjà exprimé le même point de vue : « C'est donc la répartition continue de différents travaux humains qui constitue principalement la solidarité sociale et qui devient la cause élémentaire de l'étendue et de la complication croissante de l'organisme social » : *id.*, p. 27.

¹¹⁷ *Id.*, p. 29.

sociale¹¹⁸, même si, par ailleurs, toutes les relations sociales ne sont pas déterminées ou réglées par le droit¹¹⁹.

L'analyse fonctionnelle de Durkheim, bien que critiquée pour la simplicité logique et la rigidité des modèles sur lesquels elle s'est basée (notamment la théorie darwinienne de l'évolution des espèces), possède toujours des vertus explicatives¹²⁰. Plusieurs des concepts durkheimiens sont encore utilisés dans la théorie des systèmes. De plus, l'histoire des sociétés modernes a démontré que le système des rôles sociaux se différencie toujours plus avec la division du travail social, ce qui entraîne des changements dans le système des normes et des valeurs. L'analyse de Durkheim a le mérite également de ne pas imposer de vocation téléologique à la division du travail et à l'évolution des systèmes sociaux. Enfin, Durkheim a vu juste lorsqu'il a prédit que le développement de l'individualisme et de l'égoïsme était inéluctable avec l'augmentation de la densité morale et matérielle des sociétés. Cette tendance a pour effet d'entraîner des effets de rétroaction négatifs sur la solidarité sociale elle-même (que l'individualisme montant tend à dissoudre), ce qui peut provoquer des crises économiques et sociales.

Les théories durkheimiennes sont donc toujours utiles pour l'analyse fonctionnelle et historique du développement sociétal, surtout lorsqu'il s'agit de comprendre une institution sociale en fonction de son origine et de son processus évolutif. Pour Durkheim, en effet, la sociologie doit s'efforcer de trouver les causes qui sont à l'origine de sa formation et la fonction qui lui permet de se maintenir¹²¹. En ce sens, les thèses

¹¹⁸ *Id.*, p. 28.

¹¹⁹ Durkheim évoque le cas ici des relations qui ne sont pas soumises à des règles juridiques, mais à celles touchant les mœurs. Il arrive même, précise-t-il, que les relations sociales qui relèvent des mœurs ne s'accordent pas avec le droit qu'elles devancent. Lorsque ces relations sociales entrent en conflit avec le droit, l'antagonisme éclate. Mais, selon Durkheim, il s'agit de cas « rares et pathologiques », car les mœurs ne sont pas contraires au droit, « mais au contraire en sont la base » : *id.*, p. 29-30.

¹²⁰ R. BOUDON et F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., note 40, p. 201.

¹²¹ *Id.*, p. 262.

durkheimiennes accréditent la méthodologie que nous avons choisie de suivre pour démontrer l'évolution et la permanence des tribunaux judiciaires dans les systèmes juridiques occidentaux. Durkheim étant aussi l'un des premiers fonctionnalistes, il serait pour le moins surprenant de traiter des fonctions du droit et de la procédure judiciaire sans d'abord faire état des premiers travaux sociologiques incorporant une analyse fonctionnelle de l'évolution sociale.

Enfin, un autre élément de la sociologie durkheimienne, celui sur l'avenir des groupes professionnels, revêt un intérêt particulier pour notre sujet. Durkheim avait prédit que l'avenir de la société passait par le regroupement de tous les individus dans des groupements professionnels¹²². La Cour suprême a bien compris l'importance de l'organisation professionnelle des juges dans ses décisions sur la norme d'indépendance judiciaire¹²³. C'est par le regroupement de tous les juges des tribunaux judiciaires, quelle que soit leur position hiérarchique dans l'administration judiciaire, que les associations professionnelles de juges pourront cimenter leur position stratégique dans la régulation du système juridique. Nous allons maintenant voir comment les sociologues de la modernité ont utilisé la notion de différenciation pour rendre compte de la complexité grandissante de l'organisation sociale des sociétés modernes.

Section 3 La matrice de la modernité

Pour bien saisir l'application de la théorie des systèmes à la compréhension de l'activité sociale, il faut expliquer en quoi consiste le processus de différenciation fonctionnelle sociale. En sociologie, la différenciation fonctionnelle est comprise comme une opération par laquelle des unités remplissant une ou plusieurs fonctions se divisent en sous-unités. Ces sous-unités nouvellement créées vont remplir, chacune de façon unitaire,

¹²² É. DURKHEIM, préc., note 9, Préface à la seconde édition, p. I.

¹²³ *Infra*, partie III, titre II, chapitre 6, section 3.

l'une des fonctions de l'unité globale d'origine¹²⁴. Lorsqu'elle se produit, la différenciation exige un réaménagement du mode d'intégration des unités subdivisées. Un nouvel ordre doit s'établir entre les unités et les sous-unités, ce qui implique une plus grande complexité du processus d'intégration de l'organisation sociale. Cette intégration sociale est le but ultime des opérations du système social. La différenciation fonctionnelle est un phénomène qui se manifeste lorsqu'une partie du système social se détache pour former, de manière récursive, un sous-système qui fonctionnera dorénavant suivant un mode opérationnel distinct de celui de son environnement et qui lui sera entièrement propre :

« Les entités sociales sont à penser comme des structures et des processus en formation et reformation continues autour de performances fonctionnelles qui, elles-mêmes, peuvent se désintégrer, se remembrer ou s'insérer dans d'autres ensembles systémiques. Cette vision est issue d'une théorie générale des systèmes où les entités sociales ne représentent qu'une variante systémique. »¹²⁵

La différenciation se produit lorsqu'il est nécessaire de résoudre un problème social particulier ou de satisfaire un besoin fonctionnel spécifique¹²⁶. Une société est fonctionnellement différenciée lorsqu'« elle forme ses sous-systèmes principaux dans la perspective des problèmes spécifiques qui devront dès lors être résolus dans le cadre de chaque système fonctionnel correspondant »¹²⁷. Le sous-système différencié doit ensuite agir de manière récursive et fermée, afin de pouvoir sélectionner les communications de son environnement qui ont trait à l'une des fonctions qu'il doit remplir. Et puisqu'une

¹²⁴ On peut mentionner à titre d'exemple, la famille, qui constituait dans la société paysanne à la fois l'unité de résidence et l'unité de production. Lorsqu'est apparue la société industrielle, la division du travail a provoqué la scission de cette unité fonctionnelle représentée par la famille paysanne en au moins deux sous-unités différentes, celle de la résidence et celle de la production, qui elle s'est déplacée à l'usine ou au bureau : G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, préc., note 31, p. 235.

¹²⁵ Jean CLAM, *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : fondés en contingence*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 21.

¹²⁶ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 283.

¹²⁷ N. LUHMANN, *Politique et complexité*, préc., note 37, p. 43.

communication peut être traitée par plusieurs systèmes à la fois¹²⁸, le sous-système doit, tout en fonctionnant de manière fermée, garder une « fenêtre »¹²⁹ ouverte afin de permettre les interactions entre les différents sous-systèmes de l'environnement.

Dans le schéma de la société fonctionnellement différenciée, il n'y a pas de hiérarchie de fonctions puisqu'il n'est plus possible d'assigner une importance plus grande à l'un des sous-systèmes fonctionnels. La différenciation système/environnement remplace l'ancien ordre sociétal hiérarchique : chaque système fonctionnel considère le reste de la société (et les autres sous-systèmes qui la composent) comme faisant partie de son environnement. L'organigramme de la société différenciée ne présente donc pas une structure hiérarchique; il montre plutôt une image où figurent des sous-systèmes fonctionnels. L'unité de la société ou plutôt sa représentation est complètement changée, car l'angle de vision est modifié selon qu'elle est considérée du point de vue de l'un ou l'autre des sous-systèmes fonctionnels.

L'analyse de la société par la différenciation fonctionnelle s'inscrit en rupture avec les concepts d'essence et de fondements des choses et de l'agir¹³⁰. Contrairement à la dialectique qui essaie de réconcilier les opposés, l'analyse fonctionnelle reconnaît que la contradiction ne doit pas être absorbée par le système pour lui permettre de survivre dans son environnement. La contradiction est au contraire ce qui permet au système d'accroître sa complexité et de transformer sa structure interne. Complexité et différenciation sont donc au cœur de ce modèle d'analyse sociologique du fonctionnement des sociétés modernes.

¹²⁸ Luhmann donne comme exemple de communication relevant de plusieurs sous-systèmes le jugement ordonnant le paiement d'une somme d'argent. Une telle communication sera traitée par le système juridique et par le système économique, chacun suivant sa fonction sociale et son code particulier : N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 282.

¹²⁹ *Id.* Luhmann utilise le vocable « viewpoint » : *id.*

¹³⁰ J. CLAM, *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : fondés en contingence*, préc., note 125, p. 21.

Selon certaines critiques, la sociologie a abusé de la notion de fonction pour expliquer l'existence et le rôle des institutions sociales¹³¹. Il est vrai que la société globale ne peut être expliquée totalement par l'analyse fonctionnelle, notamment parce que certains sous-systèmes ne sont pas dans une relation organisée avec les autres sous-systèmes sociaux. De plus, une institution sociale ne peut être étudiée uniquement par la fonction qu'elle remplit dans le système social. Néanmoins, la notion de fonction a une valeur euristique indéniable lorsqu'il s'agit d'expliquer le maintien d'une institution malgré les changements sociaux qui la bouleversent et les crises qu'elle traverse. L'analyse fonctionnelle demeure donc pertinente, malgré ses avatars, pour expliquer la persistance d'un phénomène social, dans la mesure où elle permet de définir le ou les besoins sociaux qui demandent à être satisfaits sur une base continue¹³².

Dans le domaine normatif, le processus de différenciation fonctionnelle a eu un impact majeur. Au fur et à mesure que ce processus de différenciation s'est déployé dans l'histoire, des sphères d'activité autonomes ont été créées qui ont entraîné dans leurs sillages des tensions évidentes entre les sous-systèmes présentant des impératifs fonctionnels différents. La diversification des groupes sociaux, des rôles et des attentes normatives à la suite de la différenciation fonctionnelle a complexifié les relations sociales, ce qui a grandement interpellé le droit comme système d'intégration des processus sociaux aux buts fonctionnels différents. Les nouvelles exigences fonctionnelles ainsi créées ont exercé des pressions énormes sur le droit pour qu'il se différencie à son tour. La différenciation du droit, que Talcott Parsons a rangée parmi les universaux de l'évolution, a permis sa généralisation au niveau des systèmes culturels de légitimation. Nous y reviendrons plus loin dans l'analyse des schémas évolutionnistes exposés par Parsons¹³³.

¹³¹ R. BOUDON et F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., note 40, p. 259.

¹³² *Id.*, p. 261.

¹³³ *Infra*, chapitre 3, sous-section 1.4.

En résumé, bien qu'elle ne puisse offrir une explication globale sur les phénomènes sociaux en général, l'analyse fonctionnelle, surtout lorsqu'elle est combinée à l'analyse historique et génétique, permet de donner des réponses intelligibles aux questionnements sur le rapport qu'entretient une institution sociale avec le reste de la société. Par-dessus tout, l'analyse fonctionnelle peut fournir des explications très éclairantes sur l'évolution d'une institution sociale comme le droit, notamment en regard des relations constantes qu'elle entretient avec le reste du système social.

CHAPITRE 3 LES SYSTÈMES SOCIAUX

Les termes « système juridique » et « système judiciaire » sont des expressions usuelles utilisées par les juristes pour désigner dans le premier cas, un ensemble de règles légales et dans le deuxième, l'organisation des tribunaux judiciaires¹³⁴. Dans la théorie des systèmes sociaux, ces termes font plus qu'évoquer l'idée d'un groupe de normes : ils désignent la forme des interactions entre les communications sur le droit et le reste du système social. Avant de démontrer comment la théorie des systèmes sociaux peut expliquer le fonctionnement du droit dans la société, il convient d'abord de faire la synthèse des théories élaborées de manière successive par Talcott Parsons et Niklas Luhmann.

Section 1 Le système social des sociétés modernes de Talcott Parsons

1.1 La théorie de l'action sociale

Talcott Parsons a été l'un des premiers théoriciens de la société à utiliser l'analyse systémique pour expliquer les mécanismes de l'action sociale. Avec son cadre conceptuel, Parsons a prétendu couvrir tous les champs de l'action humaine¹³⁵. L'une des postures fondamentales de ce théoricien de la société était d'ailleurs de prétendre qu'il est essentiel d'étudier les liens unissant l'action humaine dans l'ensemble des sciences humaines, même si chaque science doit conserver son autonomie épistémologique¹³⁶. La démarche scientifique de Parsons est « analytique » en ce sens qu'elle se sert de représentations symboliques et conceptuelles qui se démarquent de la réalité sociale pour expliquer les phénomènes sociaux¹³⁷. Ces symboles ne sont pas des images parfaites de la réalité

¹³⁴ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 78.

¹³⁵ Guy ROCHER, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris, Les Presses universitaires de France, 1972, p. 31 : Parsons était d'avis que l'unité de la connaissance scientifique, que ce soit dans les sciences naturelles et les sciences humaines, était réalisée dans la notion universelle de système.

¹³⁶ *Id.*, p. 64.

¹³⁷ *Id.*, p. 29.

objective qu'ils sont censés représenter, puisqu'ils sont construits uniquement dans le but de structurer la connaissance de la réalité sociale, et non pas de la refléter dans toute sa complexité insaisissable¹³⁸. Parsons qualifiera lui-même sa position épistémologique de « réalisme analytique »¹³⁹. Pour ce sociologue, il est indéniable que la réalité ne peut être construite mentalement qu'à l'aide du concept de système, c'est-à-dire, par la reconnaissance de l'interdépendance des éléments formant un ensemble dans lequel les mouvements et changements se produisent non pas de manière désordonnée, mais dans un rapport d'interaction complexe d'où résultent des structures et processus¹⁴⁰.

Alors que le modèle systémique est le postulat fondamental de la méthode scientifique de Parsons, la notion d'action sociale est à la base de sa théorie sociologique. Suivant la définition que lui donne Parsons, l'action sociale comprend toute conduite humaine qui est motivée par les significations dont elle tient compte et auxquelles elle réagit¹⁴¹. Aussi, cette notion ne se réduit pas à la conduite individuelle puisque l'action sociale englobe également la conduite collective et les significations qui en découlent. Du moment où l'on relie le modèle épistémologique de connaissance scientifique adopté par Parsons au fondement de sa théorie sociologique, il faut conclure que pour connaître l'action humaine, on doit postuler qu'elle présente les caractéristiques d'un système. Dans la théorie de Parsons, ce système d'action représente l'organisation des rapports d'interaction entre l'acteur et sa situation. Ce système d'interaction sociale forme un quatrième système d'action, le système social, qui est indépendant, au point de vue analytique, des systèmes personnel et culturel, et de celui de l'organisme¹⁴². Aussi, dans la théorie parsonienne, toute action sociale évolue dans quatre cadres contextuels principaux,

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*, p. 30.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*, p. 37. Ces significations sont celles que l'acteur découvre dans le monde qui l'entoure.

¹⁴² Talcott PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, Paris, Montréal, Dunod, 1973, p. 9.

qui sont aussi identifiés comme des « systèmes ». Ceux-ci sont, le contexte biologique (les exigences de l'organisme neurobiologique de l'être humain), le contexte psychique (la personnalité, telle que définie par la psychologie), le contexte social (formé par les interactions entre les acteurs et les groupes) et le contexte culturel (normes, valeurs et idéologies)¹⁴³.

Selon Parsons, l'objet spécifique de la sociologie est l'étude de l'action sociale considérée dans le cadre du sous-système social¹⁴⁴. L'analyse de l'action sociale par la notion de système requiert l'entrée en jeu d'une autre notion essentielle, celle de fonction. Pour Parsons, cette notion est fondamentale à la compréhension des systèmes vivants puisque chaque système possède une fonction qui lui permet de répondre à deux types de besoins du système, l'un externe (du côté des rapports entre le système et son environnement) et l'autre, interne (besoin de différenciation interne du système)¹⁴⁵. Un système d'action qui se maintient est un système qui a su répondre à ces deux ordres de besoins. Les quatre fonctions primaires attribuées aux systèmes d'action sont : la fonction d'adaptation (*adaptation*), la fonction de poursuite de buts (*goal-attainment*), la fonction d'intégration (*intégration*) et la fonction de latence (*latence*). L'ensemble de ces quatre fonctions est désigné par l'abréviation AGIL¹⁴⁶.

Pour analyser un système d'action, Parsons établit un point de départ qu'il identifie comme étant celui de l'équilibre. Ce point de départ est toujours problématique, parce que le système d'action ne l'atteint en définitive jamais. Il est presque impossible en

¹⁴³ À chacun de ces quatre contextes correspond, d'un point de vue analytique, un système par lequel toute action sociale peut être étudiée. Ces quatre systèmes, biologique, psychique, culturel et social, sont différenciés suivant leur fonction primaire : G. ROCHER, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, préc., note 135, p. 56.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 63.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 49.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 52.

effet de concevoir un équilibre parfait dans le rapport d'un acteur à sa situation¹⁴⁷. Un autre concept central de la théorie parsonienne est celui de la « double contingence » (*double contingence*). Ce concept représente la double possibilité offerte à l'occasion de toute communication sociale, chaque acteur étant libre de répondre à une demande de communication par l'acceptation ou le refus. La double contingence naît de l'interdépendance existant entre les rôles : *Ego* adopte une conduite en fonction de ce qu'il croit qu'*Alter* attend de lui et des sanctions que ce dernier peut exercer à son égard. De façon similaire, l'action d'*Alter* est conditionnée par ce qu'il croit qu'*Ego* attend de lui. Cette double contingence est le principal problème identifié par Parsons en ce qui concerne l'intégration sociale¹⁴⁸.

1.2 Le système social

Dans la théorie parsonienne, le système social est formé par les interactions entre les acteurs agissant dans des rôles à l'intérieur d'un groupe ou d'une collectivité donnée. L'action sociale dans ce système se définit par l'action des acteurs (individus, groupes et collectivités) sous l'angle de leur interaction avec les autres acteurs¹⁴⁹. Parsons va s'attarder à l'étude de l'interaction sociale et des trois éléments qui la composent : des attentes réciproques entre les acteurs, des normes et valeurs qui régissent ces attentes et l'existence des sanctions. Ces trois éléments se manifestent dans la prise de « rôles » par les acteurs sociaux. Ces rôles sont la définition institutionnalisée des attentes, normes et sanctions qui conditionnent la conduite d'un acteur suivant la position qu'il occupe dans la structure sociale.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 58.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 66; N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 12.

¹⁴⁹ G. ROCHER, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, préc., note 135, p. 65.

L'interaction sociale se définit donc par les rapports qu'entretiennent tous les acteurs qui agissent dans et par des rôles¹⁵⁰. La base de la théorie sociologique est justement « la pluralité de rôles assumés par une [seule] personne »¹⁵¹, qui tend à augmenter dans toutes les sociétés selon leur évolution. La principale question posée dans l'étude du système d'action est celle des facteurs qui structurent les rapports d'interactions et leur permettent de durer et de conserver une certaine stabilité. Cette dernière qualité est fort pertinente à la théorie du droit : comment l'ordre peut-il s'installer dans les rapports d'interaction, au lieu et place du chaos¹⁵²?

Parsons a divisé analytiquement le système social¹⁵³ en quatre sous-systèmes primaires, lesquels correspondent aux quatre fonctions primaires de tout système d'action : 1) la communauté sociétale, dont la fonction primaire est l'intégration, et les normes, les composantes structurelles; 2) le maintien des modèles culturels, dont la fonction primaire est justement le maintien des modèles culturels, et les valeurs, les composantes structurelles; 3) le système politique, qui a pour fonction primaire la réalisation des fins collectives, et dont les composantes structurelles sont les collectivités et, enfin; 4) le système économique, dont la fonction primaire est l'adaptation, et les rôles, les composantes structurelles¹⁵⁴. Ces sous-systèmes sont ouverts, car ils sont engagés dans un processus d'échange continu¹⁵⁵. Trois de ces quatre sous-systèmes de la société sont particulièrement importants pour le reste de notre analyse : la communauté sociétale, siège de l'intégration sociale, le maintien des modèles culturels et le système politique.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 66.

¹⁵¹ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 25.

¹⁵² G. ROCHER, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, préc., note 135, p. 42.

¹⁵³ Il faut souligner ici, comme le rappelle Parsons, qu'il n'y a pas de correspondance entre la réalité sociale et la description analytique du système social. D'ailleurs, ni les systèmes sociaux ni les systèmes de personnalité ne sont des « entités concrètes » T. PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, Paris, Dunod, 1973, p. 5.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 11.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 12.

1.3 L'intégration sociale

Dans la pensée politique, les problèmes d'intégration qui pèsent sur le système social ont été identifiés notamment par Hobbes, qui les subsumait sous celui de l'ordre¹⁵⁶. Tout au long de sa carrière, Parsons s'est intéressé à l'intégration sociale dans les sociétés modernes, ce qui lui a permis d'élaborer une théorie de la société qui permettrait de comprendre comment l'organisation sociale réussit son intégration malgré l'accroissement de la complexité des rapports sociaux. C'est d'ailleurs dans sa formulation de la structure des sociétés modernes que réside l'originalité de sa théorie sociologique.

Selon Parsons, la différenciation sociale s'est réalisée grâce à un accroissement de la capacité d'intégration de l'organisation sociale. Dans la théorie de Parsons,

« ...le noyau central d'une société examinée en tant que système est l'ordre normatif qui organise collectivement la vie d'une population. En tant qu'ordre, il contient des valeurs et des normes différenciées et particularisées, qui toutes requièrent des références culturelles afin d'avoir un sens et une légitimité »¹⁵⁷.

La communauté sociétale « dépend d'un système d'orientation culturelle prioritaire qui est surtout la source principale de légitimation de son ordre normatif »¹⁵⁸. Les systèmes de légitimation fournissent les raisons qui justifient les droits et les interdictions qui composent l'ordre normatif¹⁵⁹. Cette légitimation est réalisée par un « système de symboles qui fonde l'identité et la solidarité de la communauté », basé sur des « croyances,

¹⁵⁶ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 9.

¹⁵⁷ *Id.*, p. 13.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 21.

¹⁵⁹ Dans les sociétés prémodernes, la légitimation est de nature religieuse, car il y a peu de différenciation entre les structures de la société et son organisation religieuse. Dans les sociétés plus avancées, où les mécanismes structurels et culturels sont plus différenciés et affichent un degré d'indépendance plus élevé, l'interrelation entre le système social et le système culturel implique, du point de vue de la fonction de légitimation, des structures de plus en plus complexes et spécialisées : *id.*, p. 14.

rituels et d'autres composantes culturelles »¹⁶⁰. La légitimation de l'ordre normatif est donc la principale fonction du système culturel, car l'ordre normatif ne peut se légitimer lui-même, surtout lorsqu'il est question de l'emploi de la force, qui « a le plus grand besoin de légitimation »¹⁶¹. Dans les sociétés modernes hautement différenciées et complexes, le système culturel doit être suffisamment généralisé et intégré pour assurer la légitimation de l'ordre normatif.

Nous pouvons déjà apercevoir comment ces concepts et fonctions élaborés autour des notions d'action sociale et de système social peuvent être hautement pertinents dans la construction d'un schéma conceptuel sur la place et la fonction du droit dans la société. Cette description préliminaire de la démarche scientifique parsonnienne est essentielle pour comprendre l'évolution de la pensée analytique sur la place du droit dans le système social. Avant de passer à l'analyse de Parsons sur le droit dans le système social, il importe de définir les processus de changement du système des sociétés à travers le temps.

1.4 Le schéma évolutionniste des systèmes sociaux

Parsons s'est inspiré des thèses organicistes en postulant que l'évolution sociale a procédé de la même manière que l'évolution organique, c'est-à-dire par variation et différenciation à partir de formes simples jusqu'à des formes plus complexes¹⁶². Ce processus de variation et de différenciation ne s'est pas effectué de façon unidirectionnelle et linéaire. Chaque niveau de différenciation a connu des formes et des types de

¹⁶⁰ *Id.*, p. 22.

¹⁶¹ *Id.*, p. 13; Selon Luhmann, qui est en désaccord avec Parsons sur ce point, le système juridique autopoïétique ne peut trouver une source de légitimation en dehors de lui-même, et doit donc recourir à des stratégies d'autolégitimation, comme nous le verrons plus loin au titre II, chapitre 3.

¹⁶² *Id.*, p. 2.

développements très variés, et certains niveaux de développement n’ont pas progressé de la même manière et avec le même potentiel que d’autres¹⁶³.

Le schéma évolutionniste des systèmes sociaux comprend plusieurs phases ou niveaux généraux de développement qui peuvent être subsumés dans trois principaux stades d’évolution : primitif, intermédiaire et moderne¹⁶⁴. Certains développements critiques ont permis la transition entre le premier et le deuxième stade, de même qu’entre le deuxième et le troisième. L’avènement de l’écriture fut le critère distinctif du passage de la société primitive à la société intermédiaire¹⁶⁵.

Le cycle évolutif du changement social commence par la différenciation, processus par lequel « une unité, un sous-système ou une catégorie d’unités ou de sous-systèmes ayant une place unique et relativement bien définie dans une société se divise en unités ou en systèmes (ordinairement deux) qui diffèrent à la fois structurellement et fonctionnellement dans leur rôle vis-à-vis du système général »¹⁶⁶. De plus, pour que la différenciation produise un système plus évolué, chaque nouvelle structure différenciée « doit avoir une capacité d’adaptation accrue dans l’accomplissement de la fonction primaire, lorsqu’on la compare à l’accomplissement de la même fonction dans la structure

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ Il importe de mentionner toutefois qu’il peut exister à l’intérieur de chaque stade des différences importantes quant au niveau de progrès ou d’atteinte de cette capacité adaptative généralisée. Le schéma évolutionniste du système social n’est pas une perspective foncièrement linéaire ou continue, bien que le concept de la différenciation fonctionnelle implique une direction de l’évolution qui soit celle d’un progrès dans la capacité adaptative généralisée des systèmes sociaux.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 34. Le langage écrit fut le développement critique qui a permis la différenciation du système social et du système culturel et la diffusion des contenus culturels symboliques C’est grâce à l’écriture que les contenus symboliques d’une culture peuvent être « formulés indépendamment des contextes où s’exercerait concrètement une interaction ». Le langage écrit permet également de stabiliser les relations sociales puisqu’il permet de contourner les difficultés inhérentes à la faillibilité des mémoires, comme dans le cas d’un différend au sujet des termes d’un contrat. LUHMANN, *The Law as a Social System*, préc., note 7, p. 236.

¹⁶⁶ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 28 : Parsons donne l’exemple du foyer familial organisé selon les liens de parenté dans la société paysanne, qui est à la fois l’unité de résidence et l’unité de production agricole. Dans les sociétés urbaines, l’unité de résidence est différente de l’unité de production, cette dernière se trouvant à l’usine ou au bureau.

primitive plus diffuse »¹⁶⁷. Cet aspect du processus d'évolution est appelé « amélioration adaptative »¹⁶⁸. L'accroissement de la capacité d'adaptation d'un système est, selon Parsons, le processus de changement social le plus important. Ce processus peut survenir à l'intérieur de la société par la création de structures nouvelles ou par une diffusion culturelle dans d'autres sociétés, voire à des époques ultérieures¹⁶⁹.

La différenciation, lorsqu'elle se produit, soulève le problème de l'intégration des nouvelles unités exerçant leurs nouvelles fonctions dans le système. Les unités créées par la différenciation doivent être coordonnées entre elles en tenant compte des changements structurels apportés au système. Les unités plus spécialisées issues de la différenciation fonctionnelle doivent également être libérées de leurs liens plus diffus avec les anciennes unités structurelles¹⁷⁰. En résumé, la différenciation fonctionnelle est un processus évolutif qui mène à la division des sous-systèmes de l'action sociale selon des axes fonctionnellement plus spécialisés, et à l'instauration de mécanismes d'intégration pour relier ces sous-systèmes entre eux. Une différenciation des normes et des modèles de valeurs doit suivre la différenciation des unités afin que les premières s'adaptent à la situation ainsi créée, car tout processus de changement sociétal entraîne avec lui une modification des relations avec le système de valeurs de la société. Le sous-système différencié doit trouver un modèle de valeurs adapté à ses nouvelles fonctions. Étant donné le niveau de complexité généralement plus élevé du sous-système différencié, le système de valeurs de la société « doit être établi à un niveau de généralité plus élevé afin de légitimer la nouvelle ampleur des buts et des fonctions de ses sous-unités »¹⁷¹. Cette dernière étape du

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ Dans l'exemple que nous avons donné plus haut, il est évident que la production économique réalisée en usine est plus grande que celle réalisée dans le foyer familial.

¹⁶⁹ Parsons cite les cas de la Grèce Antique et d'Israël qui ont fourni des éléments essentiels aux sociétés modernes longtemps après qu'elles aient cessé d'exister comme sociétés distinctes : *id.*, p. 28.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 29.

¹⁷¹ *Id.*, p.30.

processus de changement évolutif amène souvent des conflits provoqués par la résistance de certains groupes « fondamentalistes » qui voient dans la généralisation du système de valeurs une menace à des modèles particuliers appliqués dans les sous-unités¹⁷².

Dans un article qu'il a publié sur les mécanismes de l'évolution sociale¹⁷³, Parsons a établi des seuils historiques déterminants qu'il a appelés des « universaux de l'évolution »¹⁷⁴. Ces seuils sont un ensemble complexe de structures et de processus connexes dont le développement accroît tellement la capacité d'adaptation du système considéré que les systèmes dotés de cet ensemble de structures et de processus peuvent atteindre les niveaux les plus élevés de leur capacité adaptative¹⁷⁵. Deux universaux de l'évolution auront joué un rôle majeur dans le passage du stade primitif¹⁷⁶ au stade archaïque : le développement d'un système social basé sur la stratification et celui d'un système de légitimation culturelle explicite indépendant de la structure sociale — notamment des relations de parenté¹⁷⁷ — et ayant pour objet principal la fonction politique. Dans le processus évolutif, c'est la différenciation verticale par la stratification qui a permis

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24.

¹⁷⁴ David, SCIULLI, « Comment relire Parsons aujourd'hui en sociologie politique comparée », (1989) 21 *Sociologie et sociétés* 97, p. 104.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ Parsons a démontré qu'un très bas niveau de différenciation est le propre des sociétés primitives. À l'opposé, les sociétés modernes ou avancées affichent une très haute complexité des systèmes qui implique un degré élevé de différenciation des sous-systèmes selon des fonctions spécifiques et une grande capacité d'intégration des sous-systèmes différenciés.

¹⁷⁷ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 342. Selon le schéma évolutionniste basé sur la différenciation fonctionnelle, plus la société est primitive, plus les bases de différenciation sont limitées. Dans les sociétés dites primitives ou archaïques, le fondement du système social se situe au niveau de la parenté, car la société entière est formée par une collectivité d'alliances entre groupes de filiation qui sont liés par le mariage de leurs membres. L'organisation sociale de ce type de société est caractérisée par l'égalitarisme entre les groupes et la nature fusionnelle de la relation entre les croyances et pratiques religieuses d'une part, et la structure sociale d'autre part : François CHAZEL, *La théorie analytique de la société dans l'oeuvre de Talcott Parsons*, Paris, Mouton, 1974, p. 142.

de contourner la rigidité d'une structure sociale reposant sur le système de parenté¹⁷⁸. Le processus de différenciation verticale a aussi favorisé la centralisation des fonctions politiques et des responsabilités collectives entre les mains de la classe supérieure, ce qui a permis d'accroître l'efficacité dans la poursuite des buts collectifs¹⁷⁹.

Cette phase de l'évolution sociale constituait une étape décisive qui devait être soutenue par une différenciation des bases de légitimation. Il ne pouvait en effet y avoir d'arrangements sociaux privilégiant les membres d'un groupe par rapport à un autre sans que ce changement de structure soit accompagné de mécanismes explicites de légitimation faisant l'objet de fonctions socialement différenciées¹⁸⁰. Ainsi, sans le développement d'un système « spécialisé » de légitimation culturelle pour accompagner la différenciation par stratification, il n'aurait pu y avoir de passage du stade primitif au stade intermédiaire, c'est-à-dire de transition d'une société fondée sur l'égalitarisme entre les groupes unis par un réseau de liens de parenté, à une société différenciée et hiérarchisée qui doit justifier le prestige, les privilèges et le pouvoir dont bénéficie une classe dominante.

Les autres universaux ou seuils historiques qui jalonnent le cycle évolutif menant à la modernité, et que les sociétés occidentales ont franchis à un moment ou à un autre, sont

¹⁷⁸ Le point décisif de l'évolution des sociétés primitives se situe ainsi au moment où la fonction politique se différencie de la parenté et des autres liens avec le statut prescrit. La stratification sociale rompt l'égalitarisme de la société primitive et autorise l'émergence d'un système social composé d'au moins deux classes principales, une classe hiérarchiquement supérieure qui assume des fonctions politiques et de prestige, et une classe inférieure formée de l'ensemble de la population, puis, plus tard, de quatre classes : supérieure, inférieure, urbaine, rurale.

¹⁷⁹ Selon Parsons, le processus de stratification sociale est extrêmement important dans le développement de l'efficacité politique, car ce n'est qu'au moment où la classe supérieure est suffisamment assurée de sa position dominante dans la société qu'elle est en mesure d'assurer pleinement les risques qui sont associés à la réalisation des buts collectifs : T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 345.

¹⁸⁰ Selon Parsons, les modèles culturels de légitimation, de même que les agences de légitimation doivent donc être différenciés socialement. Dans les sociétés prémodernes, la légitimation n'est pas différenciée socialement puisqu'elle est, comme la structure sociale qu'elle appuie, essentiellement « religieuse », c'est-à-dire qu'elle s'incarne dans la dimension sacrée des relations entre les membres de la classe supérieure avec les divinités religieuses. Les membres de cette classe se verront accorder une aura de supériorité en raison de leur beauté physique, de leurs exploits guerriers ou de leur statut comme gardien des traditions religieuses.

l'organisation bureaucratique, l'économie de marché, le système légal universaliste et l'association démocratique, tant gouvernementale que privée. Parmi ces autres universaux de l'évolution, deux présentent un intérêt particulier pour notre thèse. Il s'agit de l'organisation bureaucratique et de l'institutionnalisation d'un ordre normatif sociétal indépendant de la structure sociale générale. Nous examinerons en détail ces deux seuils évolutifs dans les parties II et III de la thèse¹⁸¹.

Section 2 La théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann

Luhmann a poursuivi la quête de connaissance des facteurs et conditions ayant conduit à l'émergence de la société moderne entreprise par les sociologues qui l'ont précédé, dont les plus importants sont sans nul doute Max Weber et Talcott Parsons. L'influence des thèses de Parsons sur la sociologie de Niklas Luhmann est indéniable, ainsi que le reconnaît Luhmann lui-même. Il faut toutefois convenir que ce dernier a fait avancer la théorie générale des systèmes sociaux vers des horizons beaucoup plus denses que ne l'avait fait Parsons, en insistant notamment sur la communication en tant qu'opération primaire des systèmes sociaux, au lieu et place de l'action.

Luhmann a grandement contribué au développement de la théorie des systèmes et de l'analyse fonctionnelle en sociologie. Dans *Social Systems*, il reprend les concepts fondateurs de la théorie générale des systèmes et de l'analyse fonctionnelle, soit la différenciation, la fonction, la distinction système \ environnement, le sens et la complexité. C'est dans cet ouvrage qu'il élabore sa propre théorie du fonctionnement de la société, qui doit être considérée comme un ensemble de systèmes fonctionnellement différenciés. Selon lui, aucune autre théorie sociologique ne permet maintenant de comprendre la société moderne. S'inspirant des éléments de la sociologie compréhensive de Max Weber, notamment sur l'interprétation de l'activité sociale orientée par le sens, et des thèses de

¹⁸¹ Le développement de l'ordre normatif universaliste sera étudié dans le titre I de la deuxième partie, tandis que celui de l'administration bureaucratique sera analysé dans le titre II de la troisième partie.

Talcott Parsons sur le système général de l'action et le système social, Luhmann a fait évoluer la connaissance et la compréhension des relations entre les différents systèmes sociaux modernes, jusqu'à faire voler en éclat les conceptions classiques héritées du Siècle des Lumières concernant le fonctionnement des sociétés modernes¹⁸². Alors que Parsons définit les sociétés modernes par les systèmes d'action qui les composent, Luhmann a construit sa propre théorie générale des systèmes sociaux sur la base des systèmes de communication. Pour Luhmann, en effet, le système social est formé de communications utilisant un mode de reproduction autoréférentiel¹⁸³.

Dans la théorie de Talcott Parsons, les systèmes d'action présupposent la formulation préalable de fins dans l'action. Or, les travaux de Luhmann démontrent qu'il n'est plus possible dans nos sociétés modernes complexifiées de concevoir les actions comme des entreprises possédant toutes des objectifs bien définis et immuables, ainsi qu'une finalité dans l'accomplissement. Pour Luhmann, ce qui caractérise nos sociétés modernes, ce n'est pas l'unité ou la finalité des systèmes sociaux d'action progressant dans un même mouvement vers l'intégration, mais bien la contingence et la sélection aléatoire. Luhmann a également dépassé Weber et Parsons dans la qualification de la rationalité de l'action sociale qui ne peut plus être autre chose que « systémique »¹⁸⁴.

L'une des thèses principales de Luhmann en ce qui concerne le fonctionnement de tout système social est la distinction système /environnement qui s'opère par la clôture opérationnelle du système. Ce mécanisme permet au système de limiter les dérangements de l'environnement et par conséquent, de conserver l'équilibre fonctionnel de la structure

¹⁸² Jacob SCHMUTZ, « Présentation », dans *Politique et complexité*, préc., note 37, p. 11.

¹⁸³ Juan Antonio GARCIA AMADO, « Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann », (1989) 11-12 *Droit et société* 15, p. 17.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 16.

interne du système¹⁸⁵. La différenciation du système et de son environnement, ainsi que la clôture opérationnelle, ont aussi pour objectif la réduction de la complexité ambiante, celle-ci étant alors gérée à l'intérieur du système. De cette façon, le système est à même de remplir sa fonction précise au niveau du système social tout entier. Car, dans la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, « plus rien n'est substantiel, mais tout est fonctionnel »¹⁸⁶. C'est grâce à la fonction spécifique qui lui est attribuée que chaque sous-système arrive à réduire une partie de la complexité du système social (celle qui le concerne en tant que sous-système) afin de la rendre plus supportable.

Le fonctionnalisme luhmannien en est un d'équivalence : si la contingence et l'afflux de possibilités improbables ou invraisemblables sont le propre de la société complexe et différenciée, on ne peut plus en effet parler de fonction unique, mais d'équivalent fonctionnel¹⁸⁷. La société doit donc être analysée comme un monde de possibilités infinies, qui peut se réinventer au gré de l'exploration de possibilités « meilleures » au titre d'équivalents fonctionnels mieux adaptés¹⁸⁸.

2.1 Réduction de la complexité et évolution sociale

Depuis la révolution industrielle, la différenciation fonctionnelle de la société a entraîné une augmentation de la contingence, du nombre de possibilités offertes, et par le fait même, de la complexité de la société. L'accroissement de la complexité sociale est de fait l'une des conséquences les plus importantes de la différenciation sociale extrêmement poussée des sociétés occidentales modernes. Cette complexité accrue est causée par l'intensification appréciable du nombre d'expériences et d'actions possibles dans les

¹⁸⁵ On peut définir la notion de système comme « une entité qui se maintient dans un environnement complexe et changeant par la stabilisation d'une différence mouvante entre intérieur et extérieur, connu et inconnu, et il devient par là même constitutif de sens » : *id.*, p. 21-22.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 21.

¹⁸⁷ Il dépasse ainsi le fonctionnalisme classique conceptualisé par Spencer et Durkheim.

¹⁸⁸ Jacob SCHMUTZ, préc., note 37, p. 21.

sociétés différenciées, que ce soit en matière économique, politique ou éthique. Le système social peut survivre et progresser dans la mesure où sa complexité n'excède pas sa capacité à traiter les choix et les informations. Pour éviter qu'une telle surchauffe ne se produise, le système social doit instaurer des mécanismes internes réflexifs qui auront pour fonction de réduire de manière continue cette complexité¹⁸⁹.

Pour arriver à saisir la complexité du système social global, chaque sous-système doit établir une sélection des communications qui se trouvent dans leur environnement respectif, et traiter « de manière réflexive » les communications ainsi sélectionnées, c'est-à-dire selon les programmes propres au sous-système en question. Chaque sous-système élabore en effet dans son ordre interne des programmes décisionnels lui permettant de produire des décisions suivant le code qui lui est attribué et ce faisant, d'accomplir sa fonction¹⁹⁰. Cette tâche de « réduction de la complexité » est la fonction ultime de tous les systèmes sociaux complexes¹⁹¹. Les opérations des systèmes complexes sont donc complètement tournées vers cette tâche.

La réduction de la complexité est aussi l'une des conditions de l'évolution sociale par l'effet de stabilisation qu'elle permet d'établir à l'intérieur du système. Le moteur de l'évolution est en effet l'ensemble des pressions qui se font sentir sur les structures de la société, dont le droit est une composante déterminante. La différenciation fonctionnelle est un mécanisme qui permet l'évolution structurelle, grâce à la réduction de la complexité de

¹⁸⁹ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 101. Cette réduction de la complexité est le moteur de l'évolution des systèmes sociaux : J. A. GARCIA AMADO, préc., note 183, p. 16.

¹⁹⁰ Le système scientifique, par exemple, est formé d'une structure de programmes dédiée à l'affirmation des vérités qui peuvent être établies empiriquement et son code binaire est formé de l'opposition vrai/faux. Le système économique est lui aussi formé des programmes qui assurent l'attribution d'une valeur à toute marchandise ou à tout service.

¹⁹¹ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. 80.

l'environnement et l'augmentation parallèle de la complexité interne qu'elle entraîne¹⁹². La différenciation permet une adaptation des sous-systèmes face aux nouvelles demandes et possibilités qui surgissent dans le système social, et ce, dans des conditions optimales et riches en possibilités¹⁹³. Ce processus de changement des systèmes sociaux n'est pas réductible à une forme ou à une direction particulière que pourrait prendre l'évolution, même si le progrès continu de la différenciation fonctionnelle ne peut qu'entraîner une complexité accrue du système social. Il n'est toutefois pas possible de prédire quelles solutions seront apportées aux problèmes fonctionnels provoqués par cette augmentation de la complexité et quels changements de structures en résulteront.

2.2 La société moderne dans la conception luhmanienne

La théorie sociologique de Luhmann conçoit la société moderne en tant que système fonctionnellement différencié¹⁹⁴. Cet aboutissement est le fruit d'un processus de différenciation en trois phases principales : segmentation, stratification et différenciation fonctionnelle. La première phase est celle de la différenciation segmentaire. Dans cette phase, les groupements sociaux qui se forment sont égaux entre eux et fonctionnent de manière indépendante les uns par rapport aux autres. Chaque agrégat a sa propre structure interne et entretient des rapports égalitaires avec les autres agrégats. Dans la deuxième phase, l'organisation sociale basée sur la coexistence de plusieurs segments égalitaires se différencie par l'addition de strates qui se superposent. Certains segments deviennent subordonnés à d'autres qui se positionnent de manière hiérarchique. Dans la troisième phase, la société se différencie fonctionnellement. La tendance hiérarchique stagne ou diminue progressivement, pendant que certains segments se réorganisent selon la fonction

¹⁹² Certains sous-systèmes sociaux peuvent réagir à ces pressions par l'indifférence, plutôt que par l'évolution. On peut penser, comme le suggère Luhmann, aux systèmes religieux dans la société moderne : N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. 107.

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. xii.

qu'ils remplissent dans l'organisation sociale. Celle-ci se transforme par voie de conséquence et acquiert peu à peu les caractéristiques d'un système global.

Les principales formes de différenciation mentionnées par Luhmann sont : 1) la privatisation de la religion; 2) la naissance des États-nations bureaucratifiés ayant la raison d'État pour principale maxime politique; 3) la séparation du droit de propriété des privilèges résultant des fonctions ecclésiastique, militaire et politique, l'émergence du capitalisme rationnel et l'acceptation sociale de la poursuite du profit individuelle; 4) l'approbation de la curiosité comme justification légitime à l'acquisition des connaissances; 5) l'affranchissement de l'art de ses fonctions civiques et religieuses; 6) l'imposition de limites constitutionnelles à l'exercice du pouvoir politique et l'inclusion de la totalité de la population adulte sur les listes électorales; 7) le remplacement des considérations religieuses, économiques ou institutionnelles justifiant le mariage par des motifs purement passionnels ou romantiques, de même que le fractionnement de l'unité familiale et la naissance de la famille nucléaire formée de membres d'une ou de deux générations uniquement; 8) l'accès universel et obligatoire à l'éducation et, 9) la naissance du droit positif ou le remplacement du droit naturel immuable comme fondement de la validité du droit par un droit formel instituant des procédures ordonnées pour la modification du droit.

La logique de la différenciation de la société en plusieurs sous-systèmes fonctionnels et autonomes, comme le système de la politique, du droit, de la science, de l'économie, de la religion, de l'art ou de l'éducation, pour ne nommer que quelques-uns, oblige le chercheur à changer sa méthode d'analyse du système social, car celui-ci ne peut plus être étudié selon une vision unitaire globale. Ceci implique également, comme nous l'avons vu, qu'il y a renoncement à une hiérarchie de fonctions¹⁹⁵. La société moderne doit maintenant être analysée en tant qu'« univers dans lequel la communication s'accomplit

¹⁹⁵ *Supra*, chapitre 2, section 3.

dans des systèmes fonctionnellement différenciés et opérationnellement clos »¹⁹⁶. Par conséquent, l'étude du système social de la société moderne doit s'attarder à observer chacun de ces sous-systèmes fonctionnant de manière autonome dans son environnement (lequel est composé des autres sous-systèmes fonctionnels).

Dans nos sociétés fortement différenciées, les sous-systèmes sociaux s'approprient chacun un champ de la communication sociale qui est spécifique à leur fonction. Un système de communication ne peut se constituer autrement que par la sélection dans l'environnement des communications qui lui permettent d'accomplir sa fonction¹⁹⁷. Chaque système reproduit ses opérations, se distingue de son environnement et stabilise ses frontières¹⁹⁸. Le système agit de manière réflexive et autonome, traitant les informations du système selon son propre code et ses propres programmes. Le code attribué par chaque sous-système social est binaire. Ainsi, à chaque fois que le système juridique sélectionne une communication, il ne peut lui attribuer que l'une ou l'autre des qualifications de son code binaire. À titre d'exemples, le système scientifique attribuera le code vrai/faux aux communications qu'il aura sélectionnées, le système économique celui du payé/non payé, tandis que le système politique imputera le code gouvernement/opposition aux communications qui seront traitées par ce système dans le cadre de ses opérations. En ce qui concerne le droit, le code binaire est celui du légal/illégal; la communication dans le système juridique sera donc légale ou illégale.

Luhmann s'est aussi attardé à expliquer le phénomène de « couplage structurel » entre les systèmes sociaux (système juridique, politique, scientifique, religieux) et leur environnement, lequel est composé des autres sous-systèmes sociaux. Dans la théorie des systèmes clos, ce processus de couplage structurel a remplacé le modèle d'interactions

¹⁹⁶ Jean CLAM., « Une nouvelle sociologie du droit? Autour de Das Recht der Gessellschaft de Niklas Luhmann », (1996) 33 *Droit et Société* 405, p. 407.

¹⁹⁷ Puisque chaque fois qu'un système est formé, un environnement est également constitué.

¹⁹⁸ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. xviii.

entre les sous-systèmes défini par un échange par *input* et *output*. Le nouveau concept de couplage structurel renvoie à un processus de connexions hautement sélectives entre les systèmes qui convient mieux à la notion de clôture organisationnelle¹⁹⁹. Un système ne peut être à la fois fermé, autoréférentiel et ouvert à tout processus d'échange avec les autres systèmes. Si la clôture organisationnelle ne signifie pas isolation, il n'en demeure pas moins que c'est le système lui-même qui détermine la nature des interactions qui pourront intervenir avec l'environnement en sélectionnant uniquement les communications pertinentes à ses opérations internes.

2.3 L'autoréflexivité et l'autopoïèse

Niklas Luhmann et Gunther Teubner font partie, avec Spencer et Durkheim, des sociologues ayant utilisé les métaphores biologiques pour expliquer la formation et l'évolution des systèmes sociaux. Luhmann a puisé dans les travaux des biologistes Varela et Maturana les concepts-clés de sa nouvelle théorie de la société²⁰⁰. Ces scientifiques ont décrit le mode de reproduction des organismes cellulaires vivants par l'autopoïèse (en anglais, *autopoiesis*²⁰¹), en le distinguant de l'allopôïèse. C'est ainsi que le processus

¹⁹⁹ Niklas LUHMANN, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", (1991-1992) 13 *Cardozo L. Rev.* 1419, p. 1432 :

« The structural coupling of system and environment does not contribute operations (or any other components) for the reproduction of the system. It is simply the specific form in which the system presupposes specific states or changes in its environment and relies on them. [...] Structural couplings are forms of simultaneous (and therefore, not causal) relations. They are analogical, not digital, co-ordinations ».

²⁰⁰ Milan ZELENY (dir.), *Autopoiesis, A Theory of Living Organization*, New York, Oxford, North Holland, 1981. Au début des années 1970, le paradigme autopoïétique constitua une percée majeure dans le domaine de la science des organismes vivants. Luhmann a tôt fait de saisir l'importance de ce nouveau concept pour la théorie des systèmes sociaux.

²⁰¹ Le terme anglais « autopoiesis » serait une traduction du mot « αὐτόσ » (qui signifie « self »), et de « ποιεῖν » (qui veut dire « production ») : *id.*, p. 21.

d'autopoïèse dans la reproduction des cellules vivantes a été transposé dans la sociologie juridique²⁰².

Dans le domaine de la biologie moléculaire, les systèmes autopoïétiques sont des systèmes vivants existant dans un espace physique et dont l'organisation interne définit les conditions de reproduction. Cette organisation interne est invariable, mais pas nécessairement la structure du système qui peut se modifier, à condition que ce changement ne touche pas l'organisation interne du système. L'organisation autopoïétique reste telle quelle, même lorsque la structure se modifie à la suite des interactions du système avec son environnement. Le système autopoïétique peut faire l'objet d'une adaptation ontogénique; on dit alors que le système « apprend ». L'adaptation du système peut aussi prendre la forme de variations structurelles successives; chaque modification ouvre alors la voie à d'autres changements et chaque stade constitue une génération différente. Ce type d'adaptation est qualifié de « phylogénétique » et le résultat est l'évolution du système. L'autopoïèse implique la fermeture organisationnelle du système, mais l'ouverture du point de vue matériel et énergétique. L'unité du système ne se définit pas par la qualité de ses éléments, mais par son organisation. C'est cette organisation qui permet aux observateurs de toujours distinguer le système dans son environnement²⁰³. Un système est reconnu comme autonome seulement si les relations qui conditionnent l'unité du système impliquent le système lui-même, et aucun autre.

Dans la théorie générale des systèmes, le paradigme autopoïétique a supplanté la thèse des systèmes ouverts sur leur environnement, laquelle représentait elle-même une

²⁰² Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

²⁰³ M. ZELENY (dir.), préc., note 200, p. 32 :

« Thus, autopoiesis in physical space characterizes living systems because it determines the distinctions that we can perform in our interactions with them, but we know them only as long as we can both operate with their internal dynamics of states as composite unities and interact with them as simple unities in the environment in which we behold them » :

révolution théorique vis-à-vis l'ancien modèle des systèmes fermés. Teubner qualifie la thèse autopoïétique de « nouvelle autoréférentialité »²⁰⁴. Ce nouveau paradigme constitue un pas majeur dans la théorie systémique, car il permet de dépasser la thèse des systèmes sociaux adaptateurs et ainsi de comprendre l'échec relatif des tentatives de régulation directe des systèmes en apparence ouverts sur leur environnement et autoadaptateurs.

Cette autoréférentialité²⁰⁵ des systèmes implique une clôture organisationnelle comme condition *sine qua non* de l'existence et de la survie des systèmes. C'est grâce à cette clôture que le système résout les problèmes qui lui sont propres de façon récursive et à partir de son réseau exclusif d'éléments, de structures et d'unités. Un tel système est forcément indépendant de son environnement et ne peut être influencé par lui. Cette indépendance « est vitale » écrit Teubner, « car sinon sa continuation et sa reproduction propres dépendraient de l'environnement, et donc d'accidents »²⁰⁶. Pour cet auteur, les processus autoréférentiels sont présents à des degrés divers, selon la nature du système. L'autopoïèse serait ainsi la phase ultime de l'autoréférentialité et ne serait accomplie que lorsqu'il y a *autoreproduction* tant de la structure du système que de ses éléments constituants²⁰⁷.

²⁰⁴ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, Chapitre II.

²⁰⁵ Il existe une multitude de termes utilisés par les théoriciens des systèmes pour désigner la circularité ou la récursivité de la production systémique (la sphère « auto »). Dans ses écrits, Luhmann fait souvent référence à l'autopoïèse, tandis que Teubner préfère utiliser le terme autoréférence comme outil conceptuel de base, puisque ce théoricien identifie plusieurs degrés entre l'autoréférence et l'autopoïèse, contrairement à Luhmann pour qui un système est autopoïétique, ou il ne l'est pas. Selon Teubner, l'autopoïèse est la dernière phase de l'autoréférence; elle implique non seulement l'autoobservation, l'autodescription et l'autoorganisation du système, mais également l'autoproduction des éléments : *id.*, p. 32.

²⁰⁶ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 29.

²⁰⁷ Gunther TEUBNER, « Evolution of Autopoietic Law », dans Gunther TEUBNER (dir.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1988, p. 224:

“Self-reproduction of law emerges only when legal rules produce legal acts and vice versa and legal procedure and legal doctrine reproduce each other mutually”:

Dans le champ conceptuel de l'autoréférence, *l'autoobservation* constitue la première étape. Il s'agit du processus par lequel le système fait la jonction de ses éléments dans un enchaînement d'opérations qui lui sont propres. La deuxième étape est constituée par *l'autodescription*; cette phase est acquise lorsque l'autoobservation prend une valeur structurelle et perdure dans l'ordre systémique. L'autoobservation et l'autodescription font accéder au niveau dit de « cybernétique de second degré »²⁰⁸. La description de l'identité du système est une condition essentielle de l'autoréférence (dans le système juridique, ce rôle est exercé par la dogmatique juridique)²⁰⁹.

Puis survient *l'auto-organisation*, par laquelle le système peut mettre sur pied des structures systémiques propres. Ces structures systémiques sont les normes secondaires produites par un système juridique. *L'autorégulation* est le processus par lequel, après avoir édifié ses propres structures, le système peut les modifier. Dans le système juridique, ces deux processus permettent d'introduire des normes secondaires composées de trois types de règles : des règles de reconnaissance (*rules of recognition*), des règles de changement (*rules of change*) et des règles de décision (*rules of adjudication*)²¹⁰. Avant que des normes primaires puissent être produites par les normes secondaires (*autoreproduction*), il faut que le système soit suffisamment autonome pour produire lui-même ses composantes primaires. Cette autoproduction n'exclut aucunement l'apport de l'environnement, mais le présuppose, car c'est le système qui a fait sa propre sélection des communications de l'environnement avant d'y appliquer ses mécanismes internes.

L'autopoïèse porte donc sur l'ensemble des composantes systémiques : structures, éléments, unités, et même l'identité et l'unité systémiques. C'est par des jonctions

²⁰⁸ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 34.

²⁰⁹ Selon Teubner, la dogmatique ou doctrine juridique ne produit pas des opérations (du droit valide), mais structure les opérations qui le rendent possible : *id.*, p. 35.

²¹⁰ H. L. A. HART, préc., note 22, chapitre V « Le droit conçu comme l'union de règles primaires et secondaires ».

d'épisodes dans un hypercycle que le système devient parfaitement autopoïétique. Cette jonction d'épisodes de manière hypercyclique se traduit notamment par l'application de précédents judiciaires à des cas particuliers. Enfin, la thématization du droit, c'est-à-dire la capacité de fixer le droit dans le système social et de produire un contexte d'argumentation interne au droit, rend le système juridique autoréflexif dans la mesure où le droit peut « faire fructifier ce travail de thématization dans sa pratique décisionnelle et en tirer des conséquences opérationnelles »²¹¹.

2.4 La reproduction du système

Tout comme les systèmes vivants, les systèmes sociaux se reproduisent de façon autocontrôlée, sur la base de leur propre organisation interne. Dans le cas des systèmes sociaux, les relations sont remplacées par des communications²¹². Le système social autopoïétique est autonome; il définit ses propres frontières par l'entremise d'un médium de communication²¹³. Chaque système social utilise son propre médium de communication; le système économique utilise la monnaie, le système politique, le pouvoir. Les systèmes sociaux reproduisent eux-mêmes, non seulement leur structure organisationnelle, mais également les éléments qui les composent, c'est-à-dire les communications. Ces communications véhiculent un sens.

Dans la sociologie luhmannienne, l'élément de base du système social n'est pas l'action ou l'individu, mais la communication de sens; la société n'existe qu'à cause de la communication entre les individus, puisque seulement la communication – et non

²¹¹ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 36.

²¹² NIKLAS LUHMANN, «Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System», préc., note 199, p. 1422.

²¹³ M. ZELENY (dir.), préc., note 200, p. 20.

l'action²¹⁴ — est intrinsèquement sociale. La société est donc un « système de significations », et les unités produites par le système sont des communications ou des significations²¹⁵. Chaque système social utilise son propre réseau de communications de sens et en dehors de ce réseau, il n'y a point de communications²¹⁶.

L'une des conséquences de cette exclusivité au niveau du sens est que le système ne peut « communiquer » avec les autres systèmes ou avec son environnement; l'interaction entre les systèmes se fait d'une autre manière (par l'entremise du couplage structurel que nous examinerons plus loin). Suivant cette théorie donc, le système de communication formé par la société est un système clos qui ne peut communiquer avec son environnement, car toutes les communications font partie de son système. La société peut par contre communiquer au sujet de son environnement qui est celui du monde physique. Cette fermeture de la société comme système doit s'entendre comme un procédé récursif et autoréférentiel; la communication effectuée dans le système est un procédé interne dont le sens ne peut être compris que parce qu'il est identifié comme tel par les opérations passées et continues du système. Par la communication, chaque système limite ou étend ses frontières. Considérant ce nouveau schéma théorique, l'instabilité des éléments devient la règle, en raison notamment de la dissolution continue des systèmes comme condition de la reproduction autopoïétique²¹⁷.

²¹⁴ NIKLAS LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, p. 6 : Le remplacement du concept d'action par celui de communication constitue selon Luhmann une véritable révolution théorique.

²¹⁵ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 50 : « Le substrat dont se nourrissent les systèmes sociaux (interaction, organisation, société en général) est la signification ».

²¹⁶ La communication du sens est basée sur la synthèse de trois sélections : l'information, le message, et la compréhension (ce qui comprend l'incompréhension) : N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, préc., note 214, p. 3. Teubner écrit aussi « En tant qu'unités de message, d'information et de compréhension, les communications constituent les systèmes sociaux, dans la mesure où elles reproduisent récursivement des communications » : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 50).

²¹⁷ N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, préc., note 214, p. 9.

L'évolution conceptuelle qui a fait passer la théorie de l'autoréférentialité de la structure d'intégration des systèmes à celle de l'autoréférentialité de la constitution des éléments exige donc de repenser la question du maintien des systèmes. Ceux-ci continuent à exister seulement s'ils reproduisent eux-mêmes leurs éléments. Sur ce point, il n'y a, pour Luhmann, pas de demi-mesure : les systèmes se reproduisent autopoïétiquement ou non²¹⁸. Lorsqu'ils cessent leur autopoïèse, les systèmes disparaissent²¹⁹. Cette capacité du système de se maintenir par la reproduction autopoïétique n'est pas un choix idéologique axé sur le conservatisme. Il ne s'agit pas, comme le souligne Luhmann, d'une préférence du système envers le *statu quo*, mais plutôt d'une nécessité systémique motivée par le besoin ou la fonction que remplit le système et d'une condition essentielle pour continuer à réduire la complexité externe et maintenir, voire augmenter la complexité interne.

Dans le titre II de cette première partie, nous verrons que les éléments conceptuels des sociologies de Weber, de Parsons et de Luhmann que sont la rationalisation, la différenciation et de l'autopoïèse systémique peuvent expliquer l'évolution historique du droit et le fonctionnement des systèmes juridiques modernes.

²¹⁸ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 51-52.

²¹⁹ Les thèses de Teubner sont quelque peu différentes de celles de Luhmann, notamment sur ce point. Pour Teubner, il est possible d'envisager une différence de degrés dans la reproduction autopoïétique des systèmes qui serait compatible avec la notion d'évolution : *id.*, p. 46.

TITRE II
LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ

Les sciences sociales n'ont pas encore déterminé avec certitude la nature des liens qu'entretiennent le droit et la société. Les questions les plus souvent soulevées concernent le degré d'influence du droit sur l'ordre social ou, inversement, comment le droit est modifié par les changements dans la structure sociale? Les théoriciens qui se sont penchés sur ces questions ont offert des réponses variables, du fait notamment des regards différents qu'ils ont posés sur le droit dans la société et des degrés de raffinements variables des perspectives théoriques qu'ils ont utilisées.

Pour Weber, le droit a progressé vers une rationalisation toujours plus poussée de ses modes de création et de découverte. Au niveau matériel et formel, le droit a évolué vers des formes plus rationnelles pour atteindre son état actuel, celui du droit moderne logiquement cohérent et systématisé. Selon Parsons, le droit est l'élément intégrateur par excellence du système social des sociétés modernes. Il joue un rôle important dans l'intériorisation des valeurs et des facteurs de légitimation qui sont reflétés par l'ordre normatif. Dans sa première sociologie juridique, Niklas Luhmann concevait le droit en tant que structure de la société. Sans renier tout à fait ce postulat, Luhmann délaisse dans son deuxième traité de sociologie du droit l'analyse structuraliste et se tourne vers une théorie fonctionnaliste du droit comme système social, utilisant les nombreuses avancées que la théorie générale des systèmes peut apporter à la compréhension du rôle du droit dans la société.

Lorsque le droit s'interpose dans les relations sociales, il met en question la légitimité de sa force obligatoire. Pendant la période où le droit n'est pas encore tout à fait dissocié de l'organisation sociale, la légitimité de la force juridique se confond avec celle des formes de domination qui structurent cette organisation. Dans la domination rationnelle légale, la légitimité du droit est laissée en suspens. Sans aucune autre base que la valeur intrinsèque des normes obligatoires qu'il impose, le droit est constamment mis en demeure de prouver sa légitimité. Le défi du droit repose alors dans sa capacité de demeurer contrefactuel.

CHAPITRE 1 LA RATIONALISATION DU DROIT

Section 1 Le procès de rationalisation en Occident

L'une des thèses majeures de l'œuvre intellectuelle de Max Weber réside dans la démonstration qu'il a faite du « procès de rationalisation » du monde occidental. Ses recherches historiques sur l'économie, la religion et le droit l'ont mené à formuler ce postulat que le développement des sociétés occidentales est le fruit de la rationalisation des sphères d'activité sociales qui est devenue une valeur universelle²²⁰. Toutefois, bien que la rationalisation se soit accentuée de manière fulgurante depuis la Renaissance grâce au développement des sciences naturelles et physiques, elle n'est pas le propre que de la société moderne; la rationalisation des formes de la vie a en effet existé avant la modernité. De la même façon, il serait aussi faux de prétendre que les formes irrationnelles ont disparu avec l'avènement de la modernité, même dans les civilisations occidentales²²¹.

Pour Weber, la rationalisation est une tentative d'insuffler de la cohérence dans l'agir. Ainsi, même la magie peut être le fruit d'une rationalisation puisqu'elle remplace un procédé thérapeutique fondé sur l'empirisme, quand bien même sa cohérence serait basée sur une abstraction²²². La rationalisation implique l'augmentation, la spécialisation et la systématisation des connaissances accessibles pour tous²²³. L'une des difficultés d'appréhension de la thèse du procès de rationalisation est la pluralité des significations

²²⁰ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 26. Face à cette évolution, Weber ne porte pas de jugement de valeur, tout en faisant état du désenchantement que cette progression de la rationalité a entraîné. C'est en effet sur une note plutôt pessimiste que Weber décrit l'aboutissement de ce processus de rationalisation : « ... le destin de notre époque caractérisée par la rationalisation, par l'intellectualisation et surtout par le désenchantement du monde, a conduit les humains à bannir les valeurs suprêmes les plus sublimes de la vie publique » : *id.*

²²¹ Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », (1978) 23 *Archives de philosophie du droit* 69.

²²² *Id.*, p. 70.

²²³ A. BUSS, préc., note 65, p. 119.

utilisées par Weber en ce qui a trait au concept de rationalité (ou d'irrationalité)²²⁴ et la signification essentiellement subjective de ce concept²²⁵.

Le procès de rationalisation signifie que les sociétés ont, au fur et à mesure de leur développement, appris à contrôler leur environnement par des procédés et techniques de plus en plus raffinés et systématisés. Bien que cette rationalisation se soit faite de manière progressive dans toutes les sphères de la société, il n'y a pas eu de relations de cause à effet dans l'avancement de la rationalisation entre les champs d'activités sociales, comme la vie religieuse, l'économie et le droit²²⁶. Aussi, cette progression de la rationalisation n'est pas survenue avec la même rapidité dans les différentes sphères, ce qui a entraîné des conflits entre ces domaines d'activités fonctionnant selon des logiques autonomes²²⁷.

²²⁴ Les quatre types d'action rationnelle en pratique sont 1) l'action rationnelle *en finalité* – qui est orientée en fonction du calcul des fins, et des moyens et des fins entre elles – 2) l'action rationnelle *en valeur* – qui est orientée selon une valeur intrinsèque, indépendamment de la prise en considération des conséquences de l'action 3) l'action *affectuelle* – qui est basée sur l'émotion et le sentiment vécus à l'instant – 4) l'action *traditionnelle* – qui est fondée sur l'observation de ce qui est coutumier.

²²⁵ M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, préc., note 220, p. 21; « ...ce qui est rationnel sous un point de vue peut devenir irrationnel sous un autre angle » (citation en français d'un texte de M. Weber). Michel Coutu a décelé trois niveaux d'analyse de la rationalité chez Weber. Dans un premier temps, la rationalité se définit par la « cohérence logique ou téléologique d'une prise de position » : *id.*, p. 27. Cette compréhension de la rationalité sied bien au droit, car il décrit ainsi les qualités d'un système juridique doté d'une cohérence interne et d'un degré élevé de systématisation. Le deuxième niveau d'analyse est celui de la rationalité pratique, qui vise le calcul de l'adéquation entre les buts et les moyens utilisés. Enfin, le troisième niveau d'analyse implique des modes de pensée et d'action qui sont dictés par une conduite méthodique de la vie en fonction de conceptions particulières (éthiques ou religieuses) du monde.

²²⁶ Les auteurs ont toutefois souligné les « affinités électives » entre le développement rationnel de la vie religieuse et la rationalisation du droit : Hubert TREIBER, "Elective Affinities between Max Weber's Sociology of Religion and Sociology of Law", (1985) 14 *Theory and Society* 809. Dans sa sociologie des religions, Weber a démontré l'importance de la systématisation des représentations religieuses, du rôle des porteurs spécialisés (chamans, sorciers, prêtres) et de l'autonomie des institutions religieuses vis-à-vis du pouvoir politique. Comme pour la religion, le droit s'est rationalisé en passant par trois phases: le désenchantement, la généralisation et la systématisation : A. BUSS, préc., note 65, p. 132 et 139.

²²⁷ On peut donner comme exemple de ce type de tensions, la valeur de la fraternité rationalisée par la vie religieuse qui a eu comme conséquence de prohiber l'utilisation du prêt à intérêt. Or, le progrès d'une économie rationnelle dépendait par ailleurs largement de l'utilisation du prêt d'argent avec intérêt : *id.*, p. 129.

L'une des idées maîtresses de la sociologie du droit de Weber en rapport avec la rationalisation constante des sphères d'activités sociales a été de mesurer le degré de formalisation auquel sont arrivés les ordres juridiques de l'Occident, de la Chine, de l'Inde et du monde musulman. La rationalisation du droit qui est survenue surtout en Occident a suivi une progression motivée à la fois par des rapports internes au droit (selon l'influence et l'activité des agents internes au droit) et par des rapports externes au droit (suivant l'influence des conditions externes au droit telles que l'économie, la politique et la religion).

Selon Weber, les qualités formelles du droit occidental moderne ont été le fruit d'une lente et graduelle rationalisation. Celle-ci n'a pas été tant le résultat des pressions de l'économie et des conditions du marché, que la conséquence de la professionnalisation du droit et de l'institutionnalisation des groupements politiques dominants à l'intérieur de l'État. C'est d'abord et avant tout grâce aux efforts de systématisation des juristes professionnels que la rationalisation du droit a cheminé. La généralisation (réduction des éléments importants de la décision en un ou plusieurs principes abstraits) par la sublimation logique et la systématisation des prescriptions juridiques dans un tout cohérent et sans failles relève d'un travail d'analyse et de construction qui ne pouvait être effectué que par des professionnels du droit. Ce travail a été fait quelques fois en collaboration, et d'autres fois en opposition, avec le pouvoir politique séculier ou ecclésiastique. Il a été l'œuvre, selon l'époque, des jurisconsultes, des juristes italiens, des canonistes et même des juristes corporatistes anglais²²⁸.

²²⁸ Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, p. 139-140 :

« Cette œuvre fut d'abord entreprise par les juristes italiens; il faut citer ensuite l'*Usus moderne*, des pandectistes, les canonistes du Haut Moyen Âge et enfin les théories du droit naturel de la pensée juridique chrétienne, sécularisée par la suite. Les grands représentants de ce rationalisme juridique ont été les podestats italiens, les légistes français (qui ont trouvé les moyens de droit pour saper le pouvoir des seigneurs au profit du pouvoir royal), les canonistes et les théologiens qui professèrent la théorie du droit naturel des conciles, les juristes de cours et les habiles juges des princes du continent, les théoriciens du droit naturel

D'autre part, la rationalisation constante du droit aurait éloigné celui-ci des attentes et besoins des intéressés. Ceci expliquerait les pressions qui sont exercées de manière constante sur le droit formellement et matériellement rationnel pour qu'il tienne compte d'éléments non juridiques (religieux, éthique, politique ou économique) et ainsi trouver des solutions plus justes ou légitimes aux problèmes juridiques, compte tenu des intérêts en jeu²²⁹. Comme nous le verrons plus loin, ces pressions s'exercent de manière encore plus forte sur la fonction judiciaire en raison de sa position particulière dans le système juridique et de la prohibition du déni de justice. Avant de discuter de l'effet de la formalisation du droit sur la fonction de juger, nous examinerons dans la section qui suit comment le procès de rationalisation du droit en Occident a transformé le pluralisme des droits privilèges en droit objectif.

Section 2 La formation d'un droit objectif

Comment, de pratiques et habitudes ressenties et reconnues par plusieurs, le droit en est-il en venu à s'extirper des mœurs et à engendrer des normes par lui-même²³⁰? Au début, en l'absence d'un système juridique rationnel (c'est-à-dire avant les codifications modernes et la systématisation des précédents de la *common law*), la différenciation entre le droit objectif et les droits subjectifs n'existe pas. Au stade patrimonial, les droits privilèges que les monarques accordent à leurs sujets relèvent autant de règlements que de droits subjectifs. Ce ne sont pas des droits ayant leur propre autonomie, car ils sont pour la plupart consentis par une autorité. Le progrès de la rationalisation du droit va entraîner

en Hollande et les monarchomaques, les juristes anglais de la Couronne et du Parlement, la noblesse de robe du Parlement de Paris et enfin les avocats de la Révolution française. Sans ce rationalisme juridique, on ne pourrait comprendre ni la naissance de l'absolutisme royal, ni la grande Révolution ».

²²⁹ *Id.*, p. 139.

²³⁰ Weber situe la frontière du concept de normes « là où l'ordre en vigueur en vertu d'un accord ou de conventions rationnelles n'est plus conçu comme la règle objectivement valable imposée à un groupe, mais comme le fondement de prétentions subjectives réciproques » : M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 80.

l'établissement d'une démarcation plus nette entre ce qui relève du droit objectif et ce que l'on peut considérer comme un droit subjectif, c'est-à-dire un droit pouvant faire l'objet d'une prétention par l'individu.

La distinction entre droit légiféré, droit objectif et droit subjectif s'est manifestée progressivement, car les racines de la différenciation étaient présentes même dans les conceptions primitives²³¹. Weber attribue la naissance du capitalisme dans la société médiévale à cette transformation de paradigme qui s'est opérée alors dans les systèmes juridiques, et qui a permis à l'individu de se voir attribuer des droits subjectifs en tant qu'entité juridique autonome et distincte de sa communauté de naissance²³², ce que le droit de l'Antiquité ne permettait pas²³³. L'articulation d'une sphère d'autonomie juridique individuelle, et non pas seulement familiale ou clanique²³⁴, a permis de transformer l'individu en sujet de droit²³⁵. Ce changement de paradigme a eu un impact déterminant sur l'entrée des systèmes juridiques dans la modernité.

Dans sa forme moderne, le droit objectif est ce que le gouvernement a comme tâche d'exécuter et de faire respecter puisque des droits subjectifs s'appuient sur ce droit

²³¹ *Id.*, p. 87.

²³² *Id.*, p. 46. L'élargissement du marché a favorisé l'émergence du concept juridique de la liberté contractuelle, qui ne peut exister que si l'ordre juridique l'autorise. Les relations de droit privé qui ressortissent d'une transaction juridique fondée sur le libre accord des parties constituent une évolution dans le sens où elles portent aujourd'hui, non pas sur le statut des parties en cause, mais bien, grâce à l'évolution du marché, sur la fourniture de biens ou de services.

²³³ R. MELOT, préc. , note 76, p. 139.

²³⁴ La disparition de certains modèles traditionnels de la société communautaire, comme la responsabilité solidaire de la famille pour les dettes d'un parent, a permis la constitution par le droit d'une sphère d'action juridique pour l'individu : *id.*, p. 141.

²³⁵ L'une des caractéristiques matérielles dominantes du droit positif moderne est l'importance croissante de la transaction juridique comme mode de création de droits juridiquement garantis. M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc. , 23, p. 47 :

« La particularité matérielle la plus importante du droit moderne [...] est avant tout l'importance fortement croissante de la transaction juridique, en particulier du contrat en tant que source de prétentions garanties par la contrainte juridique ».

objectif²³⁶. En termes concrets, le droit serait « l’octroi d’un surcroît de chance pour que certaines attentes accordées à des individus pourvus de “droits subjectifs” par le “droit objectif” ne soient pas déçues »²³⁷. Ce droit moderne, que l’on appelle « droit positif » est composé de prescriptions juridiques impératives et permissives qui sont des normes abstraites dictant des conséquences juridiques définies relativement à des situations précises²³⁸. De ces prescriptions juridiques naissent des droits subjectifs – d’interdire, d’imposer ou d’autoriser une conduite —, constituant « une source de pouvoir qui (...) peut échoir à tout individu qui autrement serait totalement impuissant »²³⁹.

L’articulation de ces droits subjectifs par les actions judiciaires faisant partie des sujets examinés dans cette thèse, c’est l’impact qu’a eu cette transformation des formes du droit sur la fonction de juger qui nous intéressera plus particulièrement²⁴⁰. Dans la prochaine section, nous examinerons les formes rationnelles de création et de découverte du droit que Weber a classifiées dans sa typologie des formes juridiques.

Section 3 La typologie du droit

À partir d’une analyse extrêmement étoffée des transformations historiques du droit, que nous verrons en détail dans le Titre I de la deuxième partie, Weber a placé les formes du droit dans quatre catégories : le droit matériellement irrationnel, le droit formellement irrationnel, le droit matériellement rationnel et le droit formellement rationnel²⁴¹.

²³⁶ *Id.*, p. 29.

²³⁷ *Id.*, p. 44. Cette formulation du droit concret rappelle la définition fonctionnelle donnée au droit différencié par Niklas Luhmann, qui est celle de stabiliser les attentes normatives individuelles et collectives dans le temps.

²³⁸ *Id.*, p. 45.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Infra*, partie III, Titre II, chapitre 4.

²⁴¹ A. BUSS, préc., note 65, p. 135-138. Selon d’autres auteurs, il y aurait non pas quatre types de droit, mais plutôt cinq, puisque Weber aurait lui-même subdivisé le droit formellement rationnel en deux sous-catégories qu’on pourrait décrire comme le droit formellement rationnel ouvert « aux caractéristiques sensibles et

Évidemment, la réalité demeure plus complexe et par conséquent, aucun de ces types n'a de correspondance parfaite dans l'une ou l'autre des sociétés historiques étudiées, encore moins dans la société moderne. L'intérêt de cette typologie des ordres juridiques réside plutôt dans sa qualité euristique, chaque catégorie énonçant l'orientation des formes du droit dans le système juridique.

3.1 Le droit matériellement et formellement irrationnel

Dans cette catégorie, Weber place le droit traditionnel et religieux. Au niveau matériel, la justice du *cadi* musulman est un exemple d'un droit qui n'est pas découvert selon des méthodes formelles²⁴². Le droit révélé est aussi formellement irrationnel parce qu'il est formalisé par un juge selon des procédés non contrôlables par la raison.

3.2 Le droit rationnel

a) *Matériel*

Le droit matériellement rationnel est composé de normes générales qui ne sont pas le résultat d'une sublimation logique, mais qui sont fondées sur des livres sacrés, une idéologie, une casuistique théorique ou utilitariste. Au niveau du contenu, le droit est plus rationnel parce qu'il ne dépend pas uniquement du sentiment du décideur et peut faire appel à des critères intrinsèques au système normatif, même si celui-ci est basé sur des prescriptions venant de textes sacrés, qui vont viser plus que le cas particulier. Les principaux codes religieux des sociétés anciennes, c.-à-d. le Décalogue, le Pentateuque (droit hébreu), la Charia (droit musulman), et le Code de Manou (droit indien), sont des

empiriques de situations de fait » et un autre droit formellement rationnel transformé en système légal. Ainsi, il y aurait deux degrés de rationalité au sein du droit formel, ce qui provoquerait des tensions permanentes entre ces deux niveaux et des pressions vers la transformation du droit.

²⁴² Dans la justice du *cadi*, les cas concrets sont évalués de façon immédiate, sans recourir à des critères généraux et sur le fondement de la légitimité de la personne qui décide.

types de droits matériellement rationnels, tout comme l'était le droit appliqué par les cours anglaises d'*equity*.

b) *Formel*

Le Code civil napoléonien était pour Weber l'archétype du droit rationnel et formel, car il ne contient aucun élément non juridique. Libre de toute morale et de toute casuistique, le Code se distingue nettement du droit prérévolutionnaire²⁴³. Le droit de l'État moderne est associé au droit formellement rationnel : il est général, cohérent et systématisé. Ce droit est « positif », parce qu'il résulte d'une décision juridiquement régulée prise par le législateur, les parties au contrat ou le juge. Les règles du droit positif sont abstraites, mais toujours repérables, et la solution aux cas particuliers est trouvée par le moyen d'une logique déductive fondée sur la cohérence interne du droit dans son ensemble.

Évidemment, comme il s'agit de types idéaux et que la réalité est infiniment plus complexe, certains systèmes de droit peuvent relever de plus d'un type. Le cas de la *common law* anglaise est révélateur à ce propos. Selon Freund, ce type juridique est considéré par Weber comme un droit formellement rationnel, même si les règles juridiques sont le résultat d'une logique inductive à partir de cas particuliers²⁴⁴. Pour Rheinstein, un auteur qui a traduit en anglais et commenté la sociologie du droit de Weber²⁴⁵, la *common law* anglaise serait plus proche du type matériellement irrationnel, alors que Rossi prétend que Weber jugeait la *common law* anglaise comme un droit matériellement rationnel²⁴⁶.

²⁴³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 207. Le Code civil est pour Weber un « droit rationnel, libre de tout “préjugé” historique – correspondant à l'idéal de Bentham —, tirant son contenu du sens commun sublimé, lié à la raison d'État d'une grande nation qui doit sa puissance à son propre génie et non à la légitimité » : *id.*, p. 208.

²⁴⁴ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221, p.

²⁴⁵ Max RHEINSTEIN, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1969, p. LI.

²⁴⁶ A. BUSS, préc., note 65, p. 136.

Section 4 Les représentations sur le droit

Comme nous l'avons souligné plus haut, la sociologie wébérienne vise à « comprendre par interprétation les actions orientées significativement »²⁴⁷. Or, comme toutes les autres facettes qui orientent la conduite humaine²⁴⁸, le droit fournit un « ensemble de motifs » trouvant leur origine dans les règles qui composent l'ordre juridique²⁴⁹. Tout juriste qu'il était, Weber a non seulement étudié le droit pour repérer le sens idéal des normes, mais aussi pour trouver la causalité du droit en tant que « motif » sur les actions orientées significativement. C'est en tant que sociologue qu'il a analysé les rapports entre le droit et les autres sphères de l'agir social. Ses travaux sur la validité sociologique du droit sont en grande partie colligés dans une « sociologie du droit » constituée d'extraits de son œuvre publiée à titre posthume, *Économie et société*²⁵⁰.

Pour Weber, les normes du droit peuvent être considérées comme des faits ou des normes. En tant que normes, les règles juridiques sont considérées comme valides au sens « idéal » et elles sont discutées en tant que telles par la dogmatique juridique. Ce que Weber qualifie de « sens idéal » du droit renvoie à la signification dogmatique du droit; l'interprétation et la valeur juridique des normes sont considérées uniquement dans le cadre restreint de la jurisprudence, terme utilisé par Weber pour désigner la dogmatique juridique, et que nous désignons comme la doctrine du droit²⁵¹. Ce sens est considéré comme obligatoire par les acteurs, même s'il n'est pas le seul considérant de la conduite factuelle;

²⁴⁷ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 7.

²⁴⁸ La religion, la moralité, l'économie et la politique font partie de ces aspects qui orientent l'agir humain.

²⁴⁹ G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, préc., note 36, p. 128.

²⁵⁰ *Supra*, note 42.

²⁵¹ Michel COUTU et als, « Introduction » dans M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, préc., note 58, p. 50.

sa « présence empirique dans le cas concret est une hypothèse », pour l’observateur et pour les acteurs eux-mêmes²⁵².

Pour le sociologue, le droit est aussi un « fait social »²⁵³, une donnée qu’il peut examiner afin d’en comprendre la signification²⁵⁴. Dans cette tâche, le sociologue doit étudier non seulement le sens donné aux normes par les individus, mais également le travail et l’attitude des acteurs du droit (les juges, avocats et notaires). Ce point de vue subjectif des acteurs est d’ailleurs la base épistémologique de la sociologie compréhensive puisque celle-ci cherche à interpréter les actions des acteurs observés de l’intérieur. Ainsi, dans cette thèse sur l’histoire de la fonction de juger et de l’indépendance judiciaire, une place prédominante sera ainsi accordée au « sens subjectif » des juges en regard de leur rôle et de l’interprétation de la norme d’indépendance judiciaire.

Pour Weber, il existe une « validité » des règles du droit qui est « sociologique » ou « empirique ». Cette validité s’attache au sens qui est attribué de manière empirique à la norme, lequel contient les idées et les conceptions que se font les acteurs du contenu et de sa portée obligatoire²⁵⁵. Pour vérifier le sens attribué par les acteurs à leur conduite, c’est-à-dire en faire une observation empirique, le sociologue utilisera un procédé euristique, l’idéaltipe, concept que nous avons décrit plus haut et qui a été modelé de façon spécifique pour faire émerger le sens sociologique du droit.

Guy Rocher qualifie d’« agir juridique » cet univers symbolique de signification qui englobe l’ensemble des conduites sociales motivées par une signification particulière qui leur est accordée par les acteurs sociaux, soit celle d’appartenir au Droit²⁵⁶. Le

²⁵² *Id.*

²⁵³ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Champs Flammarion, 1988, p. 106.

²⁵⁴ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 15.

²⁵⁵ A. BUSS, préc., note 65, p. 121.

²⁵⁶ G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l’éthique*, préc., note 36, p. 128.

fondement de l’agir juridique n’est pas, dans ce cas, la « “validité idéale” de la norme, mais plutôt la représentation empirique de l’agent à l’effet que la norme “doit valoir” pour sa conduite »²⁵⁷. Souvent, la valeur symbolique du droit est très importante, voire plus importante que son effectivité réelle. On revient ici à la préoccupation fondamentale de la sociologie du droit qui n’est pas la validité dogmatique de la norme à l’intérieur de l’ordre juridique, telle qu’elle peut être interprétée et confirmée par les juristes, mais la validité sociologique qui s’attache uniquement au sens attribué par l’acteur, lequel aura un effet sur la « régulation » de sa conduite future²⁵⁸. Il arrive cependant que, dans les faits, les deux validités coïncident. Cela n’est pas surprenant, car l’on conçoit facilement que les deux validités finissent tôt ou tard par s’alimenter mutuellement.

Ces deux conceptions de la validité des normes sont d’une très grande importance pour notre thèse. Il sera démontré plus loin que la norme d’indépendance judiciaire se nourrit de ces deux validités, juridique et empirique. L’analyse du discours judiciaire de la norme d’indépendance judiciaire établira également que la conception sociologique de la norme précède même sa reconnaissance comme norme valide juridiquement.

²⁵⁷ M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, préc., note 58, p. 130.

²⁵⁸ *Id.*, p. 131.

CHAPITRE 2 LE DROIT COMME SYSTÈME

Le caractère systémique du droit positif moderne n'a pas échappé aux théoriciens des systèmes sociaux²⁵⁹. Le droit a en effet fourni un terreau fertile à l'étude de la systématisme dans les sociétés modernes, car, dans la pensée sociologique, le droit est un « phénomène du système social »²⁶⁰. Nous allons démontrer dans ce chapitre comment les théoriciens des systèmes sociaux ont appliqué au droit les éléments conceptuels de ces théories.

Section 1 Parsons et l'intégration sociale par le droit

Parsons affirme que le droit occupe une place particulière dans la structure sociale; le droit est partout, car il gère tous les aspects relationnels de la société : la famille, le commerce, le travail, la politique, etc²⁶¹. Nous avons vu que Parsons a identifié un sous-système de la société responsable de la réalisation des différents types et niveaux d'intégration interne, qu'il a appelé la « communauté sociétale ». La fonction primaire de la communauté sociétale est « d'articuler un système de normes avec une organisation collective qui possède unité et cohésion »²⁶². La définition du droit de Parsons est

²⁵⁹ Talcott Parsons a déploré le peu de place accordé au droit dans les grands courants intellectuels des sciences sociales, et en particulier en sociologie. Dans la sociologie, le droit a été négligé, selon Parsons, au profit du rôle de l'économie et de la politique : T. PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, préc., note 153, p. 12.

²⁶⁰ Talcott PARSONS, « Law as an Intellectual Stepchild », dans Harry M. JOHNSON (dir.), *Social system and legal process*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1978, p. 13.

²⁶¹ Talcott PARSONS, « The Law and Social Control », dans William M. EVAN (dir.), *Law and Sociology*, 1962, New York, Glencoe. En raison de cette ubiquité particulière du droit comme institution sociale, Parsons est d'avis qu'il peut être considéré comme un mécanisme général de contrôle social agissant dans tous les secteurs de la société. De plus, en tant que phénomène institutionnel, il se retrouve dans toutes les structures normatives auxquelles peuvent être associés plusieurs types de sanctions différentes.

²⁶² T. PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, préc., note 153, p. 19. Avant de parler de la notion de « droit », au sens où l'entendent les juristes, le schéma conceptuel parsonien réfère d'abord à celle, plus générale, d'« ordre normatif sociétal ». Cet ordre normatif sociétal permettrait de trouver un remède au problème identifié par Hobbes et ainsi prévenir la dégénérescence des relations humaines en « guerre de tous contre tous » : *id.*, p. 12.

essentiellement pluraliste²⁶³; elle vise « tout ensemble relativement formalisé et intégré de règles, qui impose des obligations aux personnes remplissant des rôles particuliers dans des collectivités particulières »²⁶⁴. Afin de distinguer les systèmes composés de règles juridiques de ceux formés par d'autres types de normativité, Parsons ajoute trois critères. Ainsi, un système juridique (qui peut être public ou privé, selon qu'il relève de l'État ou non) doit être pourvu : 1) d'un appareil (*machinerie*) ou autorité investi du pouvoir d'interpréter les règles, 2) d'une autorité chargée de définir et d'appliquer les sanctions et, 3) d'une légitimité²⁶⁵.

Dans la théorie de Parsons, la principale fonction du droit est l'intégration, car c'est par l'adhérence à un système de règles que le système social peut fonctionner et éviter de dégénérer dans un état de conflit ouvert ou latent. Le droit diminue les sources potentielles de conflits en les canalisant et réduit par le fait même les frictions dans les relations sociales²⁶⁶. Le droit remplit une autre fonction importante dans les sociétés modernes qui le rattache à la famille des « mécanismes de contrôle social », et cela notamment par la possibilité du recours à la force physique pour faire appliquer les règles dont il est composé. Ce contrôle de la force est « une nécessité fonctionnelle pour maintenir une communauté sociale »²⁶⁷. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, dans les sociétés

²⁶³ T. PARSONS, « Law as an Intellectual Stepchild », préc. , note 260, p. 33. La conception pluraliste de Parsons l'a amené à critiquer celles qui réduisent le droit à la fonction qu'il remplit dans l'État, soit l'exécution (*enforcement*). En décrivant sa propre conception de la place du droit dans le système social, Parsons, s'identifiant à Weber, caractérise le droit comme une forme d'ordre légitime (*a form of legitimate order*) dans le sens normatif du terme, qui n'est pas limitée à la forme gouvernementale ou étatique et s'étend aux organisations privées.

²⁶⁴ G. ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », préc., note 10, p. 147.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ T. PARSONS, « The Law and Social Control », préc., note 260, p. 58.

²⁶⁷ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 18.

hautement différenciées, ce monopole de la « force socialement organisée » doit nécessairement reposer entre les mains du gouvernement²⁶⁸.

Dans sa classification dérivant de la théorie générale de l'action, Parsons a placé le droit dans le sous-système de la communauté sociétale qui comprend l'ensemble des institutions chargées de l'intégration dans le système social²⁶⁹. Pour Parsons, qui insiste sur ce point, c'est dans la communauté sociétale et non dans le système politique (*politise*) que le droit agit. Selon lui, le droit ne participe pas de façon importante au système de poursuite des buts qui est plutôt réservé au système politique, même si les mécanismes d'application du droit, tels que l'administration publique, les tribunaux et la police, relèvent des deux systèmes. D'ailleurs, le développement d'un système légal autonome est l'indicateur le plus important de la différenciation entre le système social intégrateur et le système politique, ce dernier étant plus centré sur la sélection et l'atteinte des buts collectifs que sur la solidarité²⁷⁰.

Dans le même sens, Parsons est aussi d'avis que l'un des développements majeurs dans les sociétés modernes (avec celui de la différenciation d'un système légal universaliste) fut la différenciation du gouvernement et de la communauté sociétale. L'organe gouvernemental, qui est placé au centre du système politique²⁷¹, a pu ainsi se spécialiser dans deux types de fonctions : la responsabilité de l'intégrité de la communauté

²⁶⁸ Id.

²⁶⁹ Cette classification va de soi si l'on considère que Parsons a toujours exprimé l'idée que ce sont les valeurs, les normes et les rôles dans la société qui permettent l'intégration des interactions sociales.

²⁷⁰ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 32. On peut penser que Parsons s'inspire en cela des thèses de Durkheim sur la fonction du droit et son rôle indicateur du type de solidarité sociale qui régit la société.

²⁷¹ On peut voir dans ce schéma du système politique une analogie avec le modèle de Luhmann au sujet de la place centrale occupée par le système judiciaire à l'intérieur du système juridique. La différenciation centre/périphérie du système judiciaire est au cœur de la thèse luhmannienne sur la place des tribunaux dans le système juridique. La place centrale dans un système est réservée à l'organe régulateur du système, puisqu'il y est à l'abri des perturbations et irritations en provenance de l'environnement : *infra*, partie III, titre II, chapitre 3, section 1.

sociétale face aux menaces à l'ordre normatif légitime et l'exécution des actions qui doivent être prises dans l'intérêt public. La première sphère de responsabilité fonctionnelle du gouvernement, celle de la préservation de l'intégrité de l'ordre normatif, comprend la fonction de mise en application et une partie de la fonction d'interprétation.

Le pouvoir de créer de nouvelles normes par la fonction de législation est l'une des conséquences de la différenciation du gouvernement et de la communauté sociétale²⁷². La promulgation de lois en continu par un organe spécialisé constitue, comme le souligne Parsons, « un développement distinctif de la modernité »²⁷³. Nous verrons en effet dans le titre II de la présente partie que la législation n'existait pratiquement pas dans les sociétés prémodernes²⁷⁴.

Pour Parsons aussi, le droit permet de renforcer la légitimité morale de l'ordre normatif sociétal et des figures de pouvoir et d'autorité, laquelle dépend beaucoup de l'intériorisation des normes et des valeurs qui sont reflétées dans l'ordre normatif²⁷⁵. Les valeurs jouent un rôle déterminant dans la conservation des modèles du système social, tandis que les normes « régulent la grande variété des processus qui contribuent à la mise en œuvre des engagements de valeur conformes aux modèles »²⁷⁶. Selon cette perspective,

²⁷² T. PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, préc., note 153, p. 18.

²⁷³ *Id.*, p. 21. L'histoire des monarchies européennes sera d'ailleurs une longue lutte pour l'acquisition du pouvoir de faire des lois, des statuts et ordonnances ayant force obligatoire sur l'ensemble du territoire.

²⁷⁴ *Id.* Les sociétés prémodernes n'avaient pas besoin de la législation explicite puisque dans ces sociétés, l'ordre normatif était formé par la tradition et la révélation charismatique de cette tradition qui en était le fondement.

²⁷⁵ Dans les sociétés avancées, le « foyer des normes est le système légal » : T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 24.

²⁷⁶ *Id.*, p. 24. On peut distinguer, d'un point de vue normatif, les valeurs, qui sont considérées en tant que modèles, des normes, qui sont essentiellement sociales.

les éléments consensuels de la validité normative du droit sont tout aussi essentiels que le recours à la force physique en tant que mode de légitimation²⁷⁷.

Le droit a aussi un rôle déterminant en ce qui concerne le changement social. Dans la théorie sociologique de Parsons, le changement social s'opère par le contrôle de l'ordre normatif qui est situé au sommet de la hiérarchie de contrôle cybernétique²⁷⁸. Les normes, qui sont les facteurs les plus élevés au sein du système social, doivent être institutionnalisées pour pouvoir créer des « modèles stables d'actions concrètes »²⁷⁹.

Section 2 Luhmann et la régulation des communications sur le droit

Comme Parsons, Luhmann est d'avis que le droit touche tous les aspects de la condition humaine et sociale, car la vie en société est soumise à une multiplicité de prescriptions normatives qui permettent ou excluent une multitude de possibilités et prétendent en lier les conditions avec plus ou moins de succès. Poussant plus loin la réflexion amorcée par Parsons sur la place du droit dans le système social, Niklas Luhmann a élaboré une véritable théorie du droit dans la société dans ses deux ouvrages de sociologies juridiques²⁸⁰.

Luhmann a raffiné sa théorie sur la fonction sociale du droit dans sa deuxième sociologie du droit, où il insiste beaucoup sur les mécanismes internes au droit, tels que le code binaire, la structure programmatique de décisions et le rôle de la dogmatique

²⁷⁷ Parsons était d'ailleurs d'avis que les problèmes d'intégration d'un système social dépendaient des relations existant entre les composantes normatives (dont fait partie le système juridique) et les intérêts affectés par celles-ci. Le critère de légitimité de l'ordre normatif est une façon de lier ces intérêts et les normes qui les affectent.

²⁷⁸ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 147. Parsons affirme d'ailleurs « qu'au sein d'un système social les éléments normatifs sont plus importants que les intérêts matériels des groupes en présence pour expliquer le changement social »

²⁷⁹ *Id.*

²⁸⁰ Voir dans l'introduction de la thèse, les notes 5 et 7.

juridique. C'est dans cette deuxième sociologie du droit que Luhmann applique au droit le paradigme autopoïétique. Utilisant l'ensemble de la terminologie associée à la théorie autopoïétique des organismes vivants, Luhmann applique *mutatis mutandis* la presque totalité des définitions conceptuelles de l'approche scientifique en biologie moléculaire. C'est aussi dans son second traité de sociologie juridique que Luhmann démontre de quelle façon la différenciation progressive du système judiciaire a placé les tribunaux au centre du système juridique, là où ils occupent une position stratégique pour la régulation du système. Dans cette place centrale, les tribunaux sont également à l'abri des perturbations provoquées par les couplages structurels du système juridique avec les autres sous-systèmes sociaux de l'environnement²⁸¹.

Dans la théorie de la société de Luhmann, le système social est formé de communications qui utilisent un mode de reproduction autoréférentiel. Ces communications véhiculent une signification. Dans les sociétés différenciées, les sous-systèmes sociaux s'approprient le champ de la communication sociale qui est propre à leur fonction. Pour distinguer dans le système social les communications qui lui sont propres, chaque sous-système doit établir une sélection des communications de l'environnement et traiter « réflexivement » ces communications, c'est-à-dire selon les programmes propres au sous-système²⁸². Ce sont les programmes décisionnels du sous-système qui lui permettent ensuite de produire des décisions suivant le code qui lui est attribué et ce faisant, d'accomplir sa fonction, tout en réduisant la complexité du système social. Nous allons voir de manière plus explicite comment l'application de cet outillage conceptuel permet de mieux saisir le droit comme système social dans la théorie luhmannienne.

²⁸¹ La troisième partie de la thèse sera consacrée à l'actualisation de ce modèle qui est « centrale » à cette étude sur la fonction de juger et la norme d'indépendance judiciaire.

²⁸² *Supra*, titre I, chapitre 3, section 2.

2.1 Réduction de la complexité sociale par le droit

En augmentant le nombre de possibilités qui sont accessibles aux individus par suite de la différenciation fonctionnelle, la société se complexifie. La contingence qui accompagne l'augmentation des possibilités participe également à l'accroissement de la complexité sociale. Face à celle-ci, et pour éviter le chaos, la société doit régir et intégrer cette complexité tout en évitant de réduire indument les possibilités. C'est là que le système légal entre en jeu : le droit est cet outil essentiel permettant à la société d'accroître et de maintenir sa complexité, de remplir son rôle d'intégration sociale, et de gérer l'augmentation des possibilités sans restreindre les libertés au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la paix sociale.

En raison de l'évolution de la complexité sociale, le système juridique doit composer avec les attentes visant la certitude du droit (à laquelle répondent la redondance et la cohérence des concepts juridiques) et l'augmentation de la complexité des situations qui se présentent pour être résolues par le système juridique²⁸³. Dans nos sociétés complexes fondées en contingences, le droit constitue la prémisse de toute action cohérente du fait de la sécurité qu'il procure²⁸⁴. Dans les sociétés hautement différenciées, le droit permet la construction d'un ordre supérieur qui exclut certaines possibilités (l'arbitraire, par exemple), et en permet d'autres qui sont plus nombreuses et plus variées.

La tâche du droit en ce qui concerne la réduction de la complexité sociale est donc de sélectionner l'ensemble des expériences et actions légales et illégales dans le système social, et de les traiter à l'intérieur du système juridique au bénéfice de la société. Par ce traitement interne, le droit réduit la complexité des communications en provenance des

²⁸³ *Id.*, p. 61.

²⁸⁴ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. ix.

autres sous-systèmes en utilisant ses propres concepts et distinctions²⁸⁵. Luhmann offre comme exemple de réduction et de traitement interne de la complexité sociale par le droit, l'évolution des modes de preuve, qui sont passés de l'admissibilité de preuves formelles seulement, à un ensemble de concepts permettant l'introduction de preuves sur les intentions et les motivations individuelles²⁸⁶.

2.2 Les paradoxes du droit

Dans sa première sociologie du droit, Luhmann fait état de son point de vue sur les différences entre la conception sociologique du droit et celle de la science juridique²⁸⁷. Pour la sociologie, le droit n'est pas un système normatif parce qu'il contient des normes, mais plutôt parce qu'il utilise des normes à titre de référents opérationnels. Les opérations du système légal sont circulaires et autoréférentielles : les décisions du système sont valides parce qu'elles sont basées sur des normes, et celles-ci sont valides parce qu'elles sont mises en œuvre par une décision. Pour cette raison, on ne peut plus considérer le droit comme étant fondé sur l'autorité ou la volonté.

Tous les systèmes sont fondés sur des paradoxes et des tautologies. Le système politique et le système juridique n'y font pas exceptions²⁸⁸. Le droit est traversé de paradoxes et de tautologies que la dogmatique cherche à éviter à tout prix. Plusieurs tentatives ont été faites dans la théorie juridique pour éviter le paradoxe de la circularité du

²⁸⁵ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 6.

²⁸⁶ *Id.*, p. 5, 61. Weber a qualifié cette nouvelle conception des modes de preuve de « libre appréciation de la preuve » contrôlée par les parties, qui remplace l'appréciation de la preuve autrefois basée sur des indices extérieurs : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 165.

²⁸⁷ Cette différence se situe surtout dans l'angle de vision à partir duquel le droit est observé. Les distinctions conceptuelles entre le projet de la sociologie à l'égard du droit et la théorie juridique n'ont pas pour effet de créer des points de vue irréconciliables, puisque c'est seulement l'objectif différent poursuivi par la dogmatique juridique et la sociologie qui les entraîne sur des chemins séparés.

²⁸⁸ À titre d'exemple de tautologie dans le système politique, Luhmann cite celle de la volonté du peuple qui se donne une constitution : N. LUHMANN, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", préc., note 199, p. 1436.

droit positif, une fois les sources métaphysiques écartées²⁸⁹. La hiérarchie des sources juridiques est l'une de ces constructions de la doctrine servant à dissimuler le tabou de la circularité du droit²⁹⁰. Le sujet de cette thèse porte d'ailleurs sur l'un des paradoxes majeurs du système juridique, soit l'autodétermination des frontières du système judiciaire²⁹¹.

La circularité du droit signifie aussi que seul le « droit peut faire du droit »²⁹², quand bien même un autre sous-système social, le système politique par exemple, contrôlerait l'un des éléments du système légal (ce qui est le cas actuellement pour la législation)²⁹³. Dans le système juridique, ce sont les normes, et non les faits, qui décident de la qualité juridique d'un acte. C'est pour cette raison que le droit est un système normativement fermé, puisque dans sa reproduction autopoïétique (au niveau normatif donc), il opère une clôture face à son environnement. Le système légal est en même temps ouvert au niveau de l'information cognitive, car ses opérations dépendent de l'information en provenance de l'environnement (par la communication). C'est par l'ouverture cognitive que le droit « se réfère de multiples façons à des contenus de sens produits par la société »²⁹⁴. Toutefois, ces « contenus de sens » (qui peuvent venir des constructions sociales de la réalité ou de systèmes de valeurs) ne sont reconnus par le droit que s'ils sont

²⁸⁹ Que l'on pense à Kelsen et à sa norme fondamentale qui devait être tenue pour « posée » afin de fonder la validité du droit.

²⁹⁰ Luhmann considère que la théorie des sources du droit n'est pas une théorie acceptable au point de vue sociologique, car l'origine exacte des règles ne peut être déterminée avec exactitude.

²⁹¹ Ce paradoxe est décrit dans la maxime latine « *Sed quis custodiet ipsos custodes* » (Qui surveille les gardiens?) : J. Y. MORIN, préc., note 12.

²⁹² Le concept de droit énoncé par Hart n'est pas différent :

« Si nous nous reportons en arrière et considérons la structure qui résulte de l'articulation de règles primaires d'obligation et de règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision, il est évident que nous possédons là (...) le cœur d'un système juridique » : H. L. A. HART, préc., note 22, p. 123.

²⁹³ Il va sans le dire que la théorie dominante de la dogmatique juridique moderne sur l'origine législative des normes juridiques ne peut pas être acceptée par la sociologie, car elle ne procure pas de réponse satisfaisante aux questions posées par cette science sur le processus d'émergence du droit dans le système social.

²⁹⁴ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 58.

reconstruits par lui au moyen d'une intégration normative. Et lorsque les critères normatifs n'existent pas déjà, le droit se charge d'en produire de nouveau.

L'autopoïèse juridique implique nécessairement la circularité du droit²⁹⁵. Cette thèse vise justement à enfreindre l'interdit de la circularité en faisant ressortir au grand jour la multitude de paradoxes dont la réalité sociale du droit est composée²⁹⁶. D'autant plus que la circularité est nécessaire au droit, car elle est l'une des conditions de son autonomie. Le système juridique étant un système qui s'observe lui-même²⁹⁷, il peut élaborer des règles de reconnaissance pour mieux anticiper les opérations de sélections qu'il devra exécuter de manière autoréférentielle. L'établissement de ces règles de reconnaissance va faciliter la reproduction circulaire des opérations du système et éviter l'introduction de principes et concepts étrangers au système²⁹⁸.

Section 3 Les frontières du droit

Le droit comme système social est composé de communications légales. Seules les communications légales font partie du système juridique²⁹⁹. Ces communications sont sélectionnées par le droit selon le code binaire du système juridique qui est celui formé par

²⁹⁵ L'on doit à la cybernétique et à d'autres phénomènes circulaires (telles que la réflexivité des mécanismes homéostatiques en biologie moléculaire et la circularité logique dans les structures mathématiques) la reconnaissance et l'acceptation de la circularité comme référence conceptuelle adéquate pour expliquer les phénomènes du monde vivant : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc. note 202, p. 19.

²⁹⁶ Dans un arrêt rendu dans l'affaire *Colombie-Britannique c. Zastowny*, [2008] 1 R.C.S. 27, la Cour suprême du Canada a refusé d'accorder des dommages-intérêts compensatoires à un individu pour la perte de rémunération pendant la période de temps où il était incarcéré, et ce, dans le but d'éviter un conflit entre le droit civil et le droit criminel qui « compromettrait l'intégrité du système juridique » (par. 3).

²⁹⁷ Comme tous les systèmes autopoïétiques de second degré : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 34.

²⁹⁸ Dans le cas du système juridique, le théoricien H. L.A. Hart a divisé le droit en règles primaires et règles secondaires de reconnaissance (« secondary rules of recognition »). Ces règles secondaires de reconnaissance se distinguent des règles primaires par le fait qu'elles sont des « règles sur les règles » qui servent à organiser les règles primaires, à les systématiser : H.L.A. HART, préc., note 22, p. 123. Ces règles secondaires comprennent notamment les règles d'interprétation législative et les règles du *stare decisis*.

²⁹⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 78.

l'opposition légal/illégal. Les opérations du système juridique sont programmées selon ce code. Chaque décision résultant des opérations du système juridique a pour effet d'attribuer l'une ou l'autre des deux valeurs du code légal/illégal.

Dans sa recherche d'une théorie sur le droit dans la société, Luhmann a insisté sur la nécessité de distinguer le droit des autres sous-systèmes fonctionnels de la société, sans pour autant le situer dans un état d'isolation ou d'indépendance avec les communications qui relèvent des autres sous-systèmes³⁰⁰. Comme sous-système social, le droit n'est pas coupé de son environnement, puisque les opérations de ce sous-système ont des répercussions dans le système social, tandis que certaines de ses opérations utilisent des informations qui se situent en dehors du système juridique, et donc dans l'environnement. Il n'y a donc pas de dichotomie entre le droit et la société, car le premier participe activement à la performance de la société grâce à la différenciation sociale³⁰¹. D'autre part, le droit doit maintenir sa différenciation et son autonomie dans le système social, ce qu'il réussit à faire par la clôture organisationnelle. C'est par l'application d'un code binaire et une structure de programme conditionnelle que le droit maintient sa reproduction autopoïétique. Il reste néanmoins en contact avec le système social par le couplage structurel.

3.1 Clôture organisationnelle

Puisque le système juridique ne comprend que des communications légales, la question essentielle est donc de savoir où se situent les frontières entre le système juridique et le système social global. Puis, comme question incidente, comment le système juridique

³⁰⁰ *Id.*, p. 65-70; N. LUHMANN, "Law as a social system", (1989) 83 *Northwestern University Law Review*, 136, p. 139:

“...like every autopoietic system, it is and remains to a high degree dependent on its environment, and the artificiality of the functional differentiation of the social system as a whole only increases this dependency. And yet, as a closed system, the law is completely autonomous at the level of its own operations. »

³⁰¹ *Id.*, p. 138.

réussit-il à établir des frontières avec son environnement, tout en maintenant un contact par couplage avec celui-ci? Luhmann soutient que c'est la théorie des systèmes qui nous permet de trouver les réponses les plus satisfaisantes à ces questions.

En ce qui concerne la première, nous avons vu plus haut que la différenciation fonctionnelle de la société a entraîné une augmentation de la complexité sociale et donc de l'environnement avec lequel le système juridique doit composer. Afin de mieux réagir à cette complexité, le droit doit être capable de bien délimiter ses frontières. Grâce à l'autoréférence, le système juridique peut établir les limites qui le séparent de son environnement composé des autres sous-systèmes sociaux, comme la politique et l'économie. Les frontières entre le système juridique et son environnement sont définies par le système lui-même, qui est responsable des opérations servant à établir et à maintenir les limites entre le système juridique et le système social.

La distinction système/environnement, qui est au cœur de la théorie systémique, suppose la fermeture ou clôture du système dans l'affirmation de la séparation du système d'avec son environnement. Fermeture n'est pas isolement toutefois³⁰². Cette clôture du système est limitée aux opérations; elle ne s'applique pas aux perturbations et irritations qui sont canalisées par l'entremise des couplages structurels avec les autres systèmes de l'environnement. Le concept d'autonomie du système juridique doit donc se comprendre comme l'état d'un système fermé au niveau de ses opérations, comme condition de son ouverture au point de vue de l'information³⁰³. On peut dire que les relations de dépendance et d'indépendance entre le système juridique et son environnement augmentent avec la

³⁰² N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 80.

³⁰³ N. LUHMANN, « Law as a social system », préc., note 300, p. 139. N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », (1986) *Archives de philosophie du droit* 163, 173 : C'est dans la cybernétique que Luhmann a tiré cette caractéristique du fonctionnement des systèmes. Un système cybernétique est un système ouvert au niveau de l'énergie, mais fermé au niveau de l'information et du contrôle.

différenciation du système, étant donné la complexité des relations entre le système et son environnement qui augmente de façon parallèle.

Le système juridique est un système qui utilise des attentes contrefactuelles³⁰⁴ dans la reproduction de ses opérations³⁰⁵. C'est le caractère normatif de ces attentes contrefactuelles qui lui sert de structure. Pour aider à mieux comprendre la différence entre l'ouverture cognitive et la fermeture opérationnelle, nous utiliserons l'analogie avec le processus d'apprentissage. L'ouverture cognitive peut être assimilée au fait d'apprendre, tandis que la fermeture opérationnelle signifie qu'il n'y a pas d'apprentissage possible. Ainsi, face à la contradiction, on dit que les normes n'« apprennent pas », étant donné qu'elles ne changent pas, même en cas de « déception ». En effet, l'interdiction du meurtre ne disparaît pas du Code criminel parce que des individus commettent régulièrement ce crime. L'existence d'un système de normes implique donc qu'il existe une structure d'attentes normatives qui n'« apprennent pas » et qui résistent aux attentes cognitives qui entrent en contradiction avec elles. Ce qui signifie également que certaines attentes cognitives devront être changées si elles ne veulent pas faire face à la déception continue.

Comme le système juridique ne peut remplir sa fonction dans le système social sans ouverture cognitive, cette dernière pose un problème évident, voire une menace réelle pour le maintien et la reproduction autopoïétique du système. La combinaison nécessaire de l'ouverture et de la fermeture cognitive requiert un savant dosage de l'un et de l'autre, car le système est constamment confronté à des demandes et à des attentes contradictoires. Les problèmes actuels de contingence vécus par le système juridique devraient d'ailleurs être considérés en tant que symptômes de la réponse immunitaire du système juridique face aux

³⁰⁴ Les attentes contrefactuelles sont des attentes qui « n'apprennent pas ».

³⁰⁵ Tous les systèmes sociaux autoréférentiels utilisent ce type d'attentes pour gérer le processus d'autoreproduction des communications qui relèvent de leur code et de leurs programmes. C'est là une des conditions de leur différenciation et du maintien de leur reproduction autopoïétique : N. LUHMANN, «The Self-Reproduction of Law and its Limits», dans Gunther TEUBNER (dir.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1986, p. 117.

demandes excessives de l'environnement, et non comme une légitimation insuffisante ou une absence de justice³⁰⁶.

La clôture opérationnelle du système se distingue de la théorie de la causalité des relations entre le système et son environnement. Les opérations du système ne sont jamais le résultat de ce qui se trouve dans l'environnement, car cela présupposerait l'incapacité des opérations de déterminer ce qui appartient au système et ce qui lui est étranger. Au contraire, les systèmes clos sont des systèmes qui s'appuient toujours sur leur propre réseau d'opérations et d'éléments. C'est par ce mouvement de va-et-vient entre les opérations existantes du système et celles qu'il anticipe, que le système est en mesure de traiter ce qui est propre au système, et de « bloquer » ce qui appartient à son environnement. La clôture organisationnelle signifie donc simplement que le système utilise dans ses opérations internes une combinaison de références endogènes et exogènes³⁰⁷.

3.2 Code binaire et programmes conditionnels

Selon Luhmann, la schématisation d'un code binaire propre à chaque système n'est pas une invention conceptuelle : c'est le produit de l'évolution³⁰⁸. Chaque fois que le système juridique sélectionne une communication, il ne peut lui attribuer que l'une ou l'autre des qualités de son code binaire : la communication dans le système juridique sera donc légale ou illégale. La clôture du système juridique, qui définit l'unité du système, ne peut être atteinte que par l'attribution de ce code; ce qui ne peut être traité selon ce schéma binaire n'appartient pas au système juridique, mais à son environnement³⁰⁹. Ce code sert donc à établir la programmation de la structure décisionnelle du système qui n'a besoin

³⁰⁶ *Id.*

³⁰⁷ N. LUHMANN, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", préc., note 199, p. 1431.

³⁰⁸ N. LUHMANN, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", préc., note 305, p. 115.

³⁰⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 94.

d’aucune référence extérieure pour la production et la reproduction de ses opérations³¹⁰. Le droit se protège des irritations qui proviennent des autres sous-systèmes en les traitant selon le code binaire légal/illégal. Puisque le système juridique fonctionne uniquement à partir du code binaire, il n’a aucunement besoin d’une norme fondamentale³¹¹.

La clôture normative signifie que le système utilise uniquement des normes légales comme programmes conditionnels pour ses décisions (ces décisions sont les opérations qui assignent la valeur légale ou illégale). Les opérations du système créent la différence essentielle entre le système et son environnement, car le système formé de communications ne peut acquérir ni conserver une consistance systémique³¹². La combinaison savante d’ouverture et de fermeture cognitive dont nous avons fait état plus tôt se fait à deux niveaux du système, l’un général et l’autre particulier. Au niveau général, le système utilise le conditionnement pour filtrer les demandes. Le conditionnement est l’opération dominante du système. De façon particulière, les demandes de reconnaissance par le système juridique sont approuvées seulement si des programmes déjà existants peuvent les reconnaître. Ces programmes conditionnels sont chargés d’examiner les faits, événements, demandes et de les évaluer afin de leur assigner ou non une valeur juridique. Les programmes conditionnels sont faits de normes qui résistent aux attentes dérogatoires (contrefactuelles) et ne deviennent pas invalides du fait de leur confrontation avec elles. Les programmes conditionnels sont très actifs dans le processus de différenciation et de clôture

³¹⁰ Le glissement théorique de structure à opération pour caractériser l’agencement des éléments normatifs dans le système juridique permet de définir l’identité du droit, non pas en tant qu’idéal stable, mais en tant qu’ensemble d’opérations qui produisent et reproduisent des communications juridiques. La notion de structure est trop liée à des caractéristiques de stabilité et de fixité pour être compatible avec la mutabilité inhérente du droit positif. Ce dernier, qui est un droit issu de décisions, s’accorde mal en effet avec la rigidité du concept de structure.

³¹¹ N. LUHMANN, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, préc., note 199, p. 1428.

³¹² J. CLAM, *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : fondés en contingence*, préc., note 125, p. 20. Selon Luhmann, le système est une entité qui peut subsister dans son environnement sans y subir de transformations, puisque la fonction du système est d’accroître sa complexité interne en intégrant la contradiction dans sa matière. Les systèmes utilisent en effet des stratégies de différenciation interne qui leur permettent de transposer la complexité externe dans le système.

autopoïétique du système juridique. De fait, selon Luhmann, ils constituent le noyau dur du système juridique³¹³.

Le système juridique utilise aussi d'autres moyens plus spécifiques pour gérer la combinaison de l'apport cognitif et de la fermeture opérationnelle au niveau normatif. Les tribunaux et la dogmatique juridique jonglent régulièrement avec l'ouverture cognitive et la fermeture normative, certaines fois de manière heureuse et d'autres fois moins³¹⁴. L'objectif de justice et le traitement égal des cas semblables sont les principaux objectifs poursuivis dans les processus décisionnels. Pour y arriver, le système juridique crée des concepts qui serviront ultimement à traiter les faits juridiques pertinents afin que seuls ceux qui pourront être subsumés dans ces concepts soient juridiquement accrédités. Les concepts deviennent des opérateurs internes qui servent à la sélection des communications pertinentes au système.

À l'intérieur de cette configuration systémique faite de programmes conditionnels, la législation, qui contrairement à l'opinion dominante, ne fait pas partie du noyau dur du système juridique, mais plutôt de sa périphérie, apparaît dans certaines circonstances comme un élément étranger au système juridique. Lorsque la législation est sans cesse réintroduite dans le système en cas d'échec dans le système social, elle se transforme en mécanisme d'apprentissage, voire en irritant du système en provenance de l'environnement³¹⁵.

³¹³ « ...conditional programmes are the hard core of the legal system... » : N. LUHMANN, «The Self-Reproduction of Law and its Limits», préc., note 305, p. 118.

³¹⁴ Selon Luhmann, le temps disponible pour que le système digère certaines intrusions cognitives vient parfois à manquer : *id.*, p. 119.

³¹⁵ *Id.*, p. 124.

3.3 Couplages structurels

Dans l’histoire des sociétés, l’ordre social fut d’abord fondé sur la segmentation, puis sur la stratification des relations sociales. La transition vers la modernité et la différenciation fonctionnelle a dissous cet ordre social, sans le remplacer par un autre mécanisme d’intégration. Fonctionnant maintenant sous le modèle de la communication sociale, la société en est réduite, pour se reproduire, à se fier aux mécanismes de couplages structurels ayant remplacé les anciennes formes de relations sociales hiérarchisées et cimentées. Dans ce nouveau régime, l’autonomie et l’autoorganisation des principaux sous-systèmes de communication, ainsi que la formation de nouveaux couplages structurels entre ces sous-systèmes, sont essentielles³¹⁶.

Les couplages structurels sont nécessaires aux opérations du système, car sans eux, le système ne peut apprendre, transformer ses structures (ou même, les maintenir) et évoluer. C’est uniquement par le couplage structurel que les attentes cognitives peuvent faire leur chemin jusqu’au système où elles sont traitées récursivement dans le cadre d’opérations internes³¹⁷. Le couplage structurel est donc aussi important que la production récursive des opérations internes, car il permet de « construire l’ordre à partir du bruit » et de reproduire de manière régulière et redondante des modèles qui servent aux opérations futures³¹⁸. Sans cette redondance et cette régularité, le système juridique ne pourrait tout simplement pas remplir sa fonction de stabilisation des attentes normatives et offrir la sécurité et la prévisibilité sur lesquelles s’appuient les autres sous-systèmes sociaux pour

³¹⁶ Le développement de la liberté contractuelle représente cette nouvelle forme de couplage structurel rendue nécessaire par le développement de l’économie de marché.

³¹⁷ N. LUHMANN, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, préc., note 199, p. 1432.

³¹⁸ *Id.*, p. 1433.

leurs propres opérations, notamment les systèmes économique et politique³¹⁹. En stabilisant les attentes normatives de la société, le droit permet donc sa reproduction autopoïétique.

Section 4 La fonction du droit

Comme nous l'avons vu plus haut, Parsons plaçait le droit dans le système d'intégration, la fonction primaire du droit étant pour lui de réduire les conflits dans les relations sociales³²⁰. Luhmann propose lui aussi de considérer le droit à travers la fonction qu'il remplit dans le système social. Toutefois, avant d'établir un constat sur la fonction du droit, Luhmann pose la question suivante : à quels problèmes du système social le droit tente-t-il de répondre en différenciant des normes légales spécialisées?³²¹ Selon Luhmann, cette réponse se trouve non pas dans l'intégration ou le contrôle social (puisque'il existe plusieurs autres systèmes qui remplissent des fonctions équivalentes), mais plutôt dans ce qu'il appelle la dimension temporelle du droit.

La relation particulière entre le droit et la dimension temporelle réside dans la fonction des normes d'anticiper, sur le plan des attentes, un futur incertain³²². C'est par la différenciation sans cesse plus grande d'un système de normes que la société peut maintenir un haut degré de possibilités et de complexité, tout en stabilisant les attentes normatives individuelles et collectives dans le temps. Autrement dit, la fonction du droit est de stabiliser dans le temps les attentes (*expectations*) normatives, individuelles et

³¹⁹ Sans la cristallisation d'un concept juridique de propriété, plusieurs opérations du système économique ne pourraient s'exécuter et s'enchaîner aussi efficacement qu'elles doivent le faire pour assurer sa reproduction autopoïétique.

³²⁰ *Infra*, section 1.

³²¹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 143.

³²² *Id.*, p. 147.

collectives³²³. C'est le droit comme sous-système fonctionnel qui doit s'occuper de la possibilité de communiquer ces attentes et de les faire accepter³²⁴.

« Concrètement » donc, le droit a pour fonction de stabiliser les attentes normatives en réglementant la manière dont ces attentes sont généralisées dans le temps, dans les faits et au sein de la société³²⁵. Cette fonction du droit dans la stabilisation des attentes normatives demeure, même en cas de déceptions. Ce qui signifie que même dans les cas où les attentes normatives sont déçues dans les faits, le droit demeure – il est « contrefactuellement » stabilisé. La question de savoir pour quelles raisons la norme doit être suivie ou non ne se pose pas, car c'est précisément la fonction du droit que de rendre un tel questionnement superflu³²⁶.

Le droit se construit donc en réponse à la confrontation entre certains types d'attentes qui exigent, pour leur stabilisation, une définition normative³²⁷. C'est par l'établissement de structures normatives qui se maintiennent, malgré leur déception occasionnelle, que le droit se constitue et remplit sa fonction³²⁸. En coordonnant les attentes normatives des individus par la simple reproduction de ses opérations, le droit assure une fonction de discipline du comportement, ce qui amène un gain de liberté sociale important³²⁹. Si au niveau du système social global, ce sont les couplages structurels des communications sociales qui permettent la reproduction autopoïétique de la société, en ce qui concerne le droit, ce sont les communications juridiques à prétention normative (lois,

³²³ *Id.* ; Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Le temps et le droit*, Conférence inaugurale de la Chaire Jean-Louis Beaudoin en droit civil, *Thémis*, 2007, p. 37 : « Le droit régit dans le temps, les relations sociales ».

³²⁴ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 142.

³²⁵ *Id.*, p. 148.

³²⁶ *Id.*, p. 149.

³²⁷ J. CLAM, « Une nouvelle sociologie du droit ? Autour de Das Recht der Gessellschaft de Niklas Luhmann », préc., note 196, p. 412.

³²⁸ *Id.*, p. 412.

³²⁹ *Id.*, p. 413.

contrats et décisions juridiquement régulées) qui autorisent la différenciation du système juridique et lui permettent d’accomplir sa fonction dans le système social.

Aucun autre système ne peut remplacer le droit au niveau de sa performance fonctionnelle, et le droit ne peut remplacer d’autres sous-systèmes dans la fonction que ceux-ci remplissent³³⁰. C’est pour cette raison que le droit, comme tous les autres systèmes fonctionnels, doit être complètement autonome³³¹. Ainsi, peu importe les liens et interdépendances que le droit peut entretenir avec les autres sous-systèmes de son environnement, c’est seulement par l’autoreproduction de ses propres opérations et éléments qu’il peut accomplir sa fonction. Dans cette mesure, le droit ne peut être que « positif », car autrement il ne pourrait exécuter de façon complètement autonome ses opérations systémiques³³².

Du fait de sa constitution en système autonome, le droit protège aussi le système social à l’encontre des pressions indues en provenance des discours moraux, religieux, ou même de ces discours qui prétendent relever de la raison. En garantissant la liberté, le droit agit comme chien de garde de la société fonctionnellement différenciée en s’assurant que les systèmes culturels de légitimation demeurent bien différenciés du système normatif³³³.

³³⁰ N. LUHMANN, “Law as a social system”, préc., note 301, p. 139:

“The law is not politics and not the economy, not religion and not education: it produces no works of art, cures no illnesses, and disseminates no news, although it could not exist if all of this did not go on too. [...] Only the law can say what is lawful and what is unlawful, and in deciding this question it must always refer to the results of its own operations and to the consequences for the system’s future operations.” (Notre mise en évidence)

³³¹ Comme le souligne Luhmann: “...autonomy is not a desired goal but a fateful necessity”: N. LUHMANN, “The Self-Reproduction of Law and its Limits”, préc., note 305, p. 112.

³³² *Id.*

³³³ C’est par son autonomisation récursive et réflexive complète que le droit peut accéder au statut de système immunologique de la société.

Car l'intégration d'une société fonctionnellement différenciée ne peut plus se fonder sur l'homogénéité des valeurs culturelles et morales³³⁴.

Dans le système social, non seulement le système légal autonome assure-t-il un certain degré de rationalité et d'indépendance dans l'application des normes juridiques, il procure également les outils indispensables pour la différenciation fonctionnelle de la société au complet³³⁵. Par exemple, le droit constitutionnel a permis la différenciation d'un mode d'arbitrage des conflits religieux et moraux³³⁶, délestant ainsi le système politique de cette tâche impossible à accomplir pour lui. Conçu de manière à pouvoir intégrer les changements conceptuels³³⁷, le droit constitutionnel est le lieu où s'effectue le couplage structurel du système juridique et du système politique³³⁸, en intégrant par le fait même les plus éminents paradoxes des deux systèmes³³⁹.

De la même façon, c'est le droit civil qui a permis la différenciation d'un mode de résolution des conflits d'intérêts séparé du système politique. Cette séparation a également donné l'impulsion à la différenciation de l'État comme groupement politique principal et à

³³⁴ N. LUHMANN, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", préc., note 305, p. 123.

³³⁵ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 128.

³³⁶ *Id.*, p. 128.

³³⁷ D'où la règle d'interprétation énoncée par le lord Chancelier Sankey dans l'affaire *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136, et reprise maintes fois par la Cour suprême du Canada (notamment dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R. C. S. 145), selon laquelle la Constitution est un arbre vivant qui grandit et évolue avec la société. Dans *Hunther*, le juge Dickson (il deviendra plus tard Juge en chef) a écrit que les dispositions constitutionnelles sont destinées à fournir « un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale » (p. 155). Cette interprétation libérale (la Cour utilise même le mot « progressiste ») des dispositions du texte constitutionnel « garantit la pertinence et, en fait, la légitimité perpétuelle du document constitutif du Canada » : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 23.

³³⁸ N. LUHMANN, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", préc., note 199, p. 1436.

³³⁹ Nous faisons notamment référence ici au paradoxe du peuple que se lie en se donnant une constitution (système politique), laquelle autorise l'application d'un métacode binaire (représenté par la dichotomie constitutionnel/inconstitutionnel) par-dessus le paradoxe du droit positif (dans le système juridique, est légal ce qui est conforme au droit).

sa démocratisation³⁴⁰. La différenciation d'un système légal autonome était aussi une condition préalable à l'individualisation et à la privatisation radicales des communications entre les sphères sociales et au passage d'une société fondée sur le statut à une société basée sur le contrat. Enfin, la différenciation du système juridique est une condition nécessaire au maintien de la société fonctionnellement différenciée³⁴¹.

Malgré le vœu du droit objectif de limiter sa fonction à la stabilisation des attentes normatives, de multiples pressions s'exercent sur le système juridique pour qu'il réponde entièrement aux demandes des autres sous-systèmes fonctionnels³⁴². On requiert du droit qu'il résolve les conflits qui émergent dans ces sous-systèmes, alors que les programmes conditionnels du système juridique ne sont pas adaptés à cette fonction. Ces tentatives menacent les programmes conditionnels du système juridique en ce qu'elles tentent de les modifier en programmes de finalité³⁴³. Et comme nous le verrons plus loin, du fait de son obligation de juger, le système judiciaire est particulièrement ciblé par ces demandes. Ultimement, les pressions en provenance des autres sous-systèmes mettent le système social à risque d'une éventuelle « dédifférenciation » du droit.

³⁴⁰ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 129.

³⁴¹ *Infra*, partie II, titre I, chapitre 3, section 1.

³⁴² Ces demandes se manifestent notamment par des tentatives répétées d'intrusions du système politique dans les programmes du système juridique en vue de la production de décisions conformes à certains buts collectifs : N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 131.

³⁴³ Le cas de Terri Schiavo aux États-Unis est un exemple de tentative non réussie de manipulation du système juridique pour produire un résultat prédéterminé. Dans cette affaire, le Congrès avait adopté une loi (*An Act for the relief of the parents of Theresa Marie Schiavo*, Pub. L. 109-3) signée par le Président des États-Unis George Bush le 21 mars 2005, qui visait à interdire aux tribunaux d'ordonner la cessation des traitements maintenant en vie artificiellement Mme Schiavo. Celle-ci était depuis quinze ans dans un état végétatif. La Cour a jugé la loi inconstitutionnelle parce qu'elle violait le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs : *Theresa Marie Schindler Schiavo vs. Michael Schiavo*, United States Court of Appeals, 11th circuit, March 30, 2005, No. 05-11628, par Birch, C.J., à la page 9:

“Because these provisions constitute legislative dictation of how a federal court should exercise its judicial functions (known as a “rule of decision”), the Act invades the province of the judiciary and violates the separation of powers principle.”

Nous traiterons plus en profondeur de la problématique des contraintes exercées par le système politique sur la décision judiciaire dans le titre III de la troisième partie. Nous examinerons de manière plus explicite l'impact du couplage structurel du système juridique et du système politique, dont la résultante est la législation, sur la position particulière des tribunaux. Nous verrons comment le système juridique réussit à tenir le système politique à distance et quels sont le rôle déterminant du système judiciaire et la fonction de la norme d'indépendance judiciaire à cet égard.

Section 5 Le droit positif

La théorie autopoïétique du système juridique est intimement liée à la forme moderne du droit, c.-à-d. le droit positif. Cette théorie est d'ailleurs une tentative de conceptualiser la positivité du droit en réponse aux insuffisances du positivisme juridique comme théorie explicative du droit moderne. Le droit de la société moderne se définit par sa positivité, c'est-à-dire son autonomie systémique : le droit positif « se gère, se contrôle, se décrit et donc se produit lui-même »³⁴⁴. L'unité du système juridique réside dans ce symbole de la « validité juridique » qui exclut toute référence extérieure à la normativité du droit.

La production du droit positif se fait de manière circulaire et autoréférentielle du fait qu'il existe une séparation entre le droit et la société. Cette séparation est la clôture normative du système juridique. Cette clôture se manifeste par le codage exclusif au droit formé par l'opposition légal/illégal : seul le système juridique peut définir ce qui est légal ou illégal dans la société³⁴⁵. C'est aussi par la clôture normative (l'autopoïèse juridique) que le droit positif peut résister aux pressions exercées par les autres sous-systèmes (systèmes politiques, religieux ou moraux) qui se situent dans son environnement. Le « filtrage de ces

³⁴⁴ J. CLAM, « Une nouvelle sociologie du droit ? Autour de *Das Recht der Gessellschaft de Niklas Luhmann* », préc., note 196, p. 409.

³⁴⁵ *Id.*, p. 410.

pressions par les programmes internes du droit » permet au droit de conserver sa fonction normative³⁴⁶.

L'une des caractéristiques dominantes du droit moderne est son altérabilité. Le droit positif décisionnel est un droit changeant qui doit s'ajuster aux circonstances de lieu et de temps; ce droit est artificiel, mais non arbitraire³⁴⁷. Cette capacité de modification distingue le droit moderne du droit ancien. La variabilité du droit ne modifie pas son caractère normatif, dans la mesure où le droit demeure fonctionnellement différencié du reste du système social et que les frontières du système sont clairement définies³⁴⁸. Le défi du droit est de conserver une valeur normative malgré la variabilité de ses programmes³⁴⁹. Lorsque cette condition est respectée, le droit conserve son caractère contrefactuel.

Le droit positif remplit adéquatement sa fonction lorsqu'il permet la synthèse des attentes hautement improbables et risquées qui naissent avec le développement social³⁵⁰. Si le droit positif moderne s'est « adapté » aux nouvelles formes de rapports sociaux, cela ne veut pas dire qu'il existe seulement pour répondre aux besoins fonctionnels des autres sous-systèmes. Le droit positif maintient son « indépendance » vis-à-vis des besoins des autres sous-systèmes sociaux par la fermeture normative, sans laquelle la différenciation du droit ne serait pas complète. De plus, le droit ne pourrait maintenir son caractère contrefactuel.

³⁴⁶ *Id.*, p. 410-411.

³⁴⁷ David HUME, *A Treatise of human Nature*, book III, part II, sect. I, : “Though the rules of justice be artificial they are not arbitrary”; citée par N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 77. Voir aussi, N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. 161.

³⁴⁸ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. 162.

³⁴⁹ *Id.*

³⁵⁰ *Id.*, p. 163 :

“Seen from the point of view of the function, the positivisation of law only completes what was inherent in the differentiation of cognitive and normative expectations: the synthesis of increasingly risky and evolutionarily improbable structures of expectation according to the extent of societal development”.

PARTIE I – TITRE II – LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ
CHAPITRE 2 – LE DROIT COMME SYSTÈME

Étant donné ce caractère autonome et fermé du droit positif, du moins au niveau normatif, la question qui se pose est celle de sa légitimité. Puisque ce droit ne peut être validé par un référent extérieur, a-t-il la capacité de se légitimer lui-même? C'est de cet aspect dont nous allons discuter dans le chapitre qui suit.

CHAPITRE 3 LA LÉGITIMITÉ DU DROIT

Dans le chapitre qui suit, nous allons traiter de la question de la légitimité du droit à travers les étapes de sa transformation historique. Cette exploration de la légitimité du droit nous servira d'introduction à la discussion plus approfondie de la troisième partie au sujet de la légitimité du jugement dans un contexte de différenciation extrême du droit.

Section 1 La typologie des dominations légitimes

Selon Weber, la société se définit par l'ensemble des relations sociales qui la composent. Les relations sociales sont construites par les individus qui orientent leurs relations de manière réciproque (les uns par rapport aux autres). Certaines relations sociales sont éphémères, d'autres durables. La plupart du temps, les individus modèlent leur agir en fonction d'une contrainte, qui peut être plus ou moins consciente ou perceptible. Lorsqu'ils agissent sous le fait de ces contraintes, les individus se soumettent à un ordre légitime. Si la contrainte est la désapprobation de la collectivité, on dira qu'il s'agit d'un ordre conventionnel. Si la contrainte est une sanction physique, l'ordre légitime sera juridique³⁵¹.

Weber a classé les ordres légitimes selon la motivation de ceux qui obéissent à la domination (*Herrschaft*). Le concept de domination est, selon la définition de Weber, la chance, pour un ordre, de trouver obéissance de la part d'un groupe d'individus déterminés. Il distingue le concept de puissance ou pouvoir (*Macht*) qui est plutôt la chance d'un acteur ou d'un groupe d'imposer sa volonté à un autre³⁵². La différence entre le concept de

³⁵¹ R. ARON, préc., note 38, p. 551.

³⁵² Guy Rocher classe le concept de pouvoir développé par Weber dans les définitions volontaristes du pouvoir, c'est-à-dire selon la perspective du groupe ou de l'individu qui cherche à l'exercer. Il a traduit la notion de pouvoir (*Macht*) de Weber par « la chance d'imposer sa volonté propre, à l'intérieur d'une relation sociale, même à l'encontre de résistance, indépendamment de là où repose cette chance ». Le concept de domination (*Herrschaft*) s'applique lui aux rapports sociaux entre les détenteurs et les sujets du pouvoir. Il représenterait la conception sociologique du pouvoir, c'est-à-dire le concept de pouvoir appliqué dans le contexte des rapports sociaux. Selon Guy Rocher, « ...[O]n peut dire, dans le langage sociologique, que la *Herrschaft*, c'est le pouvoir concrétisé sous une forme institutionnalisée » : G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, préc., note 36, p. 239.

pouvoir et celui de domination réside dans un autre concept qui vient s'intercaler entre eux, celui de légitimité. Ainsi, il y a domination légitime seulement lorsque l'obéissance « est fondée sur la reconnaissance par ceux qui obéissent des ordres qui leur sont donnés »³⁵³. La domination est légitime parce que les fondements de l'exercice du pouvoir sont établis et acceptés par ceux qui doivent obéissance. La connaissance et l'acceptation de ces fondements sont essentielles pour assurer la stabilité de l'exercice du pouvoir³⁵⁴.

La raison qui motive l'obéissance à la domination peut avoir une origine diverse (elle peut même venir de l'habitude), mais un véritable rapport de domination, selon Weber, nécessite un minimum de volonté d'obéir ou un intérêt à obéir, qu'il soit intérieur ou extérieur. La force physique ou la crainte venant de l'exercice potentiel ou réel de cette force physique ne peut soutenir une domination légitime, encore moins en assurer la stabilité et la pérennité. La volonté d'obéir peut tirer son origine de la coutume ou de motifs purement affectifs. La motivation à l'obéissance peut également venir d'intérêts matériels ou religieux, c'est-à-dire rationnels en valeur³⁵⁵ ou rationnels en finalité (par rapport à un but). Or, à tous ces motifs d'obéissance doivent s'en ajouter d'autres qui vont assurer la stabilité de la domination: c'est la croyance en la légitimité³⁵⁶.

Le fondement de la légitimité de n'importe quel type de domination réside dans la croyance au « prestige » du gouvernant³⁵⁷. Weber affirme qu'aucune domination ne peut s'assurer de la pérennité de sa domination s'il ne peut entretenir, d'une façon ou d'une

³⁵³ R. ARON, préc., note 38, p. 553.

³⁵⁴ Comme le précise Raymond Aron, « [L]e dominant n'est pas n'importe quel puissant. Il faut que la relation de puissance soit stabilisée pour que le sujet de cette relation ordonne à ceux qui en sont les objets. Il faut que ce sujet se tienne lui-même pour assuré de son droit et de sa capacité d'exiger et d'obtenir l'obéissance » : Raymond ARON, « *Macht, Power, Puissance : prose démocratique ou poésie démoniaque?* » (1964) 5 *Archives européennes de sociologie* 32.

³⁵⁵ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 219.

³⁵⁶ *Id.*, p. 220.

³⁵⁷ *Id.*, p. 271.

autre, la croyance en sa légitimité³⁵⁸. La nature des motifs qui poussent les individus à obéir à un ordre « détermine dans une large mesure le type de domination »³⁵⁹.

Weber a identifié trois idéaltypes de domination ou d'ordre légitime : charismatique, traditionnelle et rationnelle (légale). La domination charismatique repose sur « la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne, ou encore [émanant] d'ordres révélés ou émis par celle-ci »³⁶⁰. La domination traditionnelle est fondée sur la croyance dans la valeur intrinsèque de « traditions valables en tout temps » et donc dans la légitimité de ceux qui exercent l'autorité sur la base de ces traditions. La domination rationnelle ou légale est basée sur la « croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens »³⁶¹.

Dans sa sociologie de la domination, Weber s'est servi de ces trois types idéaux pour établir la différenciation des régimes politiques à travers l'histoire³⁶². C'est ainsi qu'il a démontré que les deux premiers types sont caractéristiques des sociétés archaïques ou historiques, puisque dans ces sociétés, la domination vient des qualités reconnues à un individu ou à un groupe – un héros guerrier par exemple – ou de la transmission héréditaire en vertu de la tradition.

En ce qui concerne la troisième, la domination légale, c'est le type idéal associé à la société moderne occidentale. Le droit est le fondement de la légitimité de la domination dans les sociétés modernes, car c'est la forme la plus rationnelle d'ordonnement des

³⁵⁸ *Id.*

³⁵⁹ *Id.*, p. 219.

³⁶⁰ *Id.*, p. 222.

³⁶¹ *Id.*

³⁶² R. ARON, préc., note 38, p. 554.

rappports sociaux³⁶³. Si le droit est sans contredit devenu « la forme la plus répandue d'institutionnalisation du pouvoir »³⁶⁴, les régimes politiques des sociétés modernes sont, pour la plupart, légitimés par plus d'un type de domination. Les monarchies constitutionnelles, par exemple, s'appuient sur les dominations légale et traditionnelle, mais de manière purement symbolique pour cette dernière forme de domination³⁶⁵. D'autre part, la domination charismatique est encore très présente, même dans les régimes politiques fondés sur une solide tradition démocratique, comme le démontre bien l'aura presque surnaturelle entourant le poste de président dans le système politique américain. Cette croyance dans la légitimité d'un ordre n'est donc jamais limitée à l'une ou l'autre des formes de domination³⁶⁶. D'ailleurs, la croyance dans la domination légale est presque toujours enveloppée, surdéterminée, par la croyance dans la tradition. Sans la légitimité apportée par l'aura de la tradition, la croyance dans la légitimité de l'ordre juridique est toujours mise en péril. L'intérêt de cette typologie pour notre thèse réside dans le rapport de causalité que Weber établissait entre le type de domination et le type d'ordre juridique.

Nous verrons dans la section qui suit le lien entre la validité sociologique de l'ordre juridique et la légitimation des rapports sociaux.

Section 2 L'ordre juridique légitime

Weber donne deux significations à la notion d'ordre juridique, l'une sociologique et l'autre juridique. L'ordre juridique au sens juridique strict est ce système logiquement cohérent formé par l'interprétation que donnent les juristes des diverses dispositions

³⁶³ G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, préc., note 36, p. 249.

³⁶⁴ *Id.*

³⁶⁵ R. ARON, préc., note 38, p. 557.

³⁶⁶ Ainsi, même si le type le plus pur de la domination rationnelle légale qu'est l'administration bureaucratique est intimement associé à la société moderne, ce type de domination s'est retrouvé à plus petite échelle dans d'autres civilisations et à d'autres époques que celle de la modernité, telle que la Chine des mandarins.

juridiques³⁶⁷. La signification sociologique de l'ordre juridique est donnée, quant à elle, par la mise en relation de l'ordre juridique avec l'application réelle des normes. L'ordre juridique au sens de la théorie du droit est centré sur la « norme idéalement applicable », tandis que l'ordre économique, par exemple, se préoccupe de « l'évènement réel »³⁶⁸. Le « sens de l'expression juridique "ordre juridique" change alors complètement », nous dit Weber : « elle ne signifie plus un cosmos de normes dont la logique peut établir la "justesse", mais un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme »³⁶⁹. Ce qui fait la validité sociologique du droit n'est pas seulement que les individus se conforment généralement à la conviction qu'ils ont que leur comportement est dicté par une règle juridique³⁷⁰, mais que « certaines activités soient "orientées" en fonction d'elle »³⁷¹. Dans le questionnement de la légitimation de l'ordre juridique, c'est donc à la validité sociologique du droit qu'il faut s'intéresser. Car le droit légitime est celui qui commande l'obéissance des individus en raison de la croyance qu'ils ont de la légitimité de ce droit, et que leurs activités sont orientées en fonction de ce droit.

Dans son analyse du procès de rationalisation des civilisations occidentales, Weber notait que l'ordre juridique des sociétés anciennes a suivi le type de domination sur lequel ces sociétés étaient bâties. Ainsi, lorsque les sociétés étaient organisées autour d'une conception essentiellement religieuse de la vie, l'ordre juridique était fondé sur un droit révélé par les chefs religieux charismatiques. La routinisation de la domination charismatique a transformé ce dernier type de domination en domination traditionnelle.

³⁶⁷ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 321.

³⁶⁸ *Id.*, p. 322.

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ *Id.* Il ne faut toutefois pas sous-estimer l'effet de la croyance dans la conformité aux règles de droit, puisque la conservation de l'ordre juridique légitime est notamment maintenue par le comportement des individus qui agissent d'une certaine manière parce qu'ils croient que celle-ci est prescrite par une règle de droit.

³⁷¹ *Id.*, p. 323.

L'ordre juridique de la domination traditionnelle a dû s'ancrer dans la tradition pour soutenir le changement dans l'organisation des rapports sociaux.

Dans les dominations de types charismatique et traditionnelle, l'ordre juridique tire sa légitimité des mêmes fondements que ceux qui assurent la croyance dans l'autorité de la domination et l'obéissance aux commandements. Ces fondements se situent donc en dehors de l'ordre juridique lui-même. La validité de l'oracle du prêtre ne dépend pas de la valeur inhérente de la révélation, mais bien des attributs de celui qui délivre l'oracle, en raison des qualités personnelles qui lui sont reconnues. De la même façon, dans l'ordre juridique dominé par la tradition, le commandement est obéi parce qu'il s'inscrit dans un usage ou dans une tradition reconnue.

Les formes juridiques de la tradition étant l'usage et la coutume, ce sont ces formes de droit qui ont dominé l'ordre juridique légitime associé à ce type de domination³⁷². Dans ces deux types de domination, il n'y a pas de distinction réelle entre ordre légitime, prétention légitime ou norme légitime, car l'autorité bénéficie du même type de légitimité que les règles qu'elle édicte³⁷³. La tradition et la qualification charismatique confèrent une légitimité réelle ou personnelle au titulaire de l'autorité, dont profite au même titre la norme ou la décision rendue par celle-ci. De plus, la qualification charismatique ou le caractère traditionnel de l'autorité est attaché à l'individu ou au titre de la personne qui édicte la règle, et non pas uniquement à la nature de son poste ou de sa compétence.

³⁷² M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 233 :

« Dans le type pur de la domination traditionnelle, il est impossible de « créer » intentionnellement, par la loi, un droit ou des principes administratifs nouveaux. Les créations effectives ne peuvent donc devenir légitimes qu'une fois *reconnues* par le « droit coutumier » [*Westum*] comme valables de tout temps. En tant que moyen d'orienter l'invention du droit, il ne peut être question que des documents de la tradition : « précédents » et « préjugés » ».

³⁷³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 129.

Lorsque la progression de la rationalité a fait éclater les bases de l'organisation sociale fondée sur la tradition et l'hérédité des privilèges pour les remplacer par une organisation fondée sur les capacités individuelles, il fallait trouver une forme de régulation des relations sociales qui puisse soutenir le fondement de cette nouvelle organisation des rapports sociaux. Le droit étant la forme la plus rationnelle d'ordonnement des rapports sociaux, c'est la domination fondée sur la croyance dans le droit comme protection optimale de la liberté et des capacités individuelles qui sert de légitimité aux relations de pouvoir dans les sociétés modernes.

C'est donc dans les qualités intrinsèques du droit moderne que l'on doit trouver le fondement de la légitimation de la domination légale, car l'ordre basé sur cette forme de domination ne saurait être légitimé par des fondements qui se trouvent en dehors de lui. Le droit étant devenu rationnel, il n'a besoin, en principe, d'aucune autre forme de légitimation que celle dérivant de cette qualité qui lui est maintenant intrinsèque³⁷⁴. L'état moderne différencié, qui est une création de l'ordre légal rationnel, puise sa légitimité à la même source³⁷⁵. La légitimité du droit doit donc être comprise maintenant en tant que croyance dans le caractère valide des normes et des décisions juridiquement régulées (lois, décisions judiciaires et administratives), ainsi que des principes à partir desquels les décisions ou normes sont justifiées, notamment sur la base de l'égalité juridique formelle entre les parties³⁷⁶.

L'une des qualités importantes du droit législatif aux fins de sa légitimation dans la société moderne est son origine démocratique. Mais pour le droit issu des décisions judiciaires, la légitimation démocratique est nettement déficitaire. Dans le modèle de différenciation hiérarchique qui subordonne le jugement à la loi, les décisions judiciaires

³⁷⁴ D.M. TRUBEK, préc., note 48, p. 732.

³⁷⁵ M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 44. Dans la société moderne, les anciens groupements octroyant des droits ont été fusionnés dans l'appareil étatique pour constituer la seule source légitime du droit.

³⁷⁶ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 19.

sont légitimées par le rapport de commandement entre la loi et le juge. Mais dans le modèle de différenciation fonctionnelle, les décisions judiciaires doivent s'appuyer sur une autre forme de légitimation. Une de ces formes est l'égalité juridique formelle.

Or, il est de secret pour personne que la légitimité de l'ordre juridique rationnel n'est toujours pas acquise et doit constamment se soumettre à plusieurs procès de légitimation. Weber avait d'ailleurs prédit que la rationalisation de plus en plus poussée du droit aurait un impact paradoxal sur sa légitimité, car il augmenterait du même souffle les tendances vers une justice matérielle, c'est-à-dire une justice basée non pas sur l'ordre juridique rationnel légal, mais sur des considérations éthiques, morales ou religieuses. Ainsi, malgré les qualités inhérentes du droit positif concernant l'égalité juridique, celles-ci ne réussissent pas à avoir raison des tensions qui subsistent du fait que les demandes de justice matérielle demeurent insatisfaites. Nous traiterons de cette question en profondeur dans la troisième partie³⁷⁷.

Section 3 La légitimité du droit autopoïétique

La théorie du droit s'intéresse depuis quelque temps déjà au concept de légitimité, dans son rapport étroit avec celui de légalité³⁷⁸. La différenciation entre la moralité et la validité des normes de l'ordre juridique a d'ailleurs servi de fondement à l'édification d'une théorie « pure » du droit³⁷⁹. Dans la théorie positiviste, la validité de l'ordre juridique légitime repose sur l'adoption des normes par l'autorité compétente. Certains auteurs

³⁷⁷ *Infra*, partie III, titre II, chapitre 5, sous-section 1.2.

³⁷⁸ La valeur et l'efficacité de la domination légale, aussi appelée formelle, occupent une place prédominante dans la sociologie et la théorie du droit en raison de la pertinence de ce type de domination pour expliquer et justifier le droit positif. Carl SCHMIDT, *Du politique ; "Légalité et légitimité" et autres essais*, présentés par Alain de Benoist, Puisseaux, France, Pardès, 1990 ; Paul BASTID, (dir.), *L'idée de légitimité*, Institut international de philosophie politique, coll. « Annales de philosophie politique », no 7, Paris, Presses universitaires de France, 1967 ; Jurgen HABERMAS, *Raison et légitimité*, Paris, Payot, 1978 ; David DYZENHAUS, "The legitimacy of legality", (1996) 46 *U. of T.L.J.* 129.

³⁷⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Introduction à la science du droit, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1953.

conviennent cependant que la légitimité formelle n'explique pas suffisamment l'obéissance des individus aux directives légales, puisqu'il peut exister plusieurs autres motivations à l'obéissance que la seule croyance dans la légalité de l'autorité³⁸⁰. Dans *La légitimation par la procédure*, Niklas Luhmann affirme lui aussi que le concept de légitimité formelle ne fournit aucun renseignement sur la manière dont est établie de manière constante l'acceptation des décisions étatiques³⁸¹.

Nous avons vu que, dans la sociologie parsonienne, la légitimation de l'ordre normatif est la fonction principale du système culturel. Pour Parsons, l'ordre normatif a un besoin immense de légitimation, vu l'utilisation de la force qu'il implique. Aussi, il ne peut se légitimer lui-même. Parsons a aussi écrit que la différenciation d'un système normatif indépendant des autres systèmes culturels de légitimation constituait un seuil évolutif important. Pour se maintenir, cette différenciation doit être soutenue par un système de valeurs établi à un niveau de généralité suffisamment élevé pour légitimer la nouvelle ampleur du système normatif. Mais Parsons ne nous dit pas comment le système social peut produire un système de valeurs suffisamment général et universel pour supporter un ordre normatif indépendant de la structure sociale³⁸², surtout dans le cadre d'une société pluraliste. La théorie parsonienne ne nous fournit donc pas de réponses satisfaisantes à la question de la légitimation du droit dans les sociétés modernes.

Selon Luhmann, il faut dépasser cette lignée de penseurs qui tentent à tout prix de trouver une légitimité métaphysique au droit positif³⁸³ et poser autrement la question de la

³⁸⁰ Alan HYDE, "The concept of legitimation in the sociology of law", (1983) 71 *Wis. L. Rev.* 379; N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 21.

³⁸¹ *Id.*, 20.

³⁸² Le récent débat suscité par l'application administrative de la notion juridique d'« accommodement raisonnable » est une preuve éloquente de la difficulté qui existe pour le système social de produire un système de valeurs suffisamment universelles pour appuyer un ordre normatif indépendant des autres systèmes de légitimation culturels.

³⁸³ N. LUHMANN, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", préc., note 199, p. 1426: «...the famous Jellinek-Weber-Harbermas line of 'legitimation' ».

légitimation du droit. Luhmann reconnaît que les systèmes politiques et bureaucratiques ne pourraient fonctionner s'il n'y avait pas une acceptation générale et continue des décisions étatiques.³⁸⁴ D'ailleurs, pour Luhmann, l'un des traits dominants des systèmes politiques modernes est que la légitimité des décisions contraignantes ne soit que rarement remise en question. Il y a, de fait, un consentement général sur la justesse substantielle des décisions contraignantes qui a pour effet de stabiliser le système social. Même lorsque les décisions particulières sont contestées, les prémisses décisionnelles, elles, sont rarement discutées. Ceci veut dire que les mécanismes de formation de sens et de stabilisation (modèles culturels de légitimation) fonctionnent correctement.

La modernité a introduit une forme de légitimation pour le droit qui repose entièrement sur la loi, expression de la volonté du peuple. À l'ère des droits fondamentaux et des revendications minoritaires, cette forme de légitimation est devenue désuète. Dans nos sociétés complexes et contingentes, la légitimité du système juridique ne peut être laissée au hasard et doit être construite à l'intérieur du système lui-même³⁸⁵. Le droit positif altérable par une décision ne peut donc se légitimer qu'en instaurant son propre procès de légitimation.

Luhmann conçoit la légitimité comme « une disposition généralisée à admettre à l'intérieur de certaines limites de tolérance des décisions au contenu encore indéterminé »³⁸⁶. Selon cette conception, les anciennes formes de légitimation de l'autorité sont remplacées par « des mécanismes de formation de sens et de stabilisation qui sont plus généraux et qui procèdent de manière indirecte »³⁸⁷. Ces mécanismes doivent être engendrés de l'intérieur de façon à permettre aux systèmes de créer eux-mêmes leurs

³⁸⁴ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 22 .

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ *Id.*, p. 20.

³⁸⁷ *Id.*

conditions de légitimation, puisque cette légitimité ne peut provenir de l'extérieur du système³⁸⁸.

La conception de Luhmann sur la légitimation des décisions juridiques se situe à un tout autre niveau que celui des définitions usuelles de la légitimité, lesquelles visent à mesurer le degré de concordance d'une norme avec une conception idéalisée, mais indéterminée, de la justice et de la moralité. Or, la séparation du droit et de la morale est une condition de l'autoréflexivité du droit positif. Il ne peut y avoir de légitimation du droit positif par une métanorme, car ce droit se transforme avec chaque opération du système³⁸⁹. Au surplus, dans le droit autopoïétique, il n'y a plus de nécessité d'une légitimation extérieure au système, car tout se passe à l'intérieur du système³⁹⁰. Dans nos sociétés fonctionnellement différenciées, la légitimité d'un système différencié réside dans sa capacité d'accomplir la fonction qui lui est dévolue dans le système social. Dans la mesure où le système juridique peut distinguer entre les faits et les normes, entre l'apprentissage (les faits) et le non-apprentissage (les normes), de façon à exercer sa fonction de stabiliser les attentes normatives, on peut dire qu'il a légitimé son rôle. C'est ce que le droit autopoïétique peut offrir.

³⁸⁸ J.A GARCIA AMADO, préc., note 183, p.34:

« Le consensus ou la conformité à des valeurs morales ne pourront être ce qui légitime une décision juridique ou politique, une théorie scientifique, etc. Ce sera le fonctionnement normal des mécanismes internes de chacun de ces systèmes qui entraînera, pour son agir, la reconnaissance sociale nécessaire. Ce qui dans la société est consenti, c'est le fonctionnement des systèmes, non les décisions ou les contenus qui sont la conséquence de ce fonctionnement ».

³⁸⁹ J. CLAM, « Une nouvelle sociologie du droit ? Autour de Das Recht der Gessellschaft de Niklas Luhmann », préc., note 196, p. 411.

³⁹⁰ N.LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 290.

PARTIE II

TITRE I
LES TRANSFORMATIONS DU DROIT

L'ambition de cette thèse est de démontrer que le système judiciaire est issu de la différenciation interne du système juridique, laquelle s'est déployée en même temps que la différenciation fonctionnelle du droit dans le système social. Pour faire la démonstration du parallélisme entre les deux processus, il nous faut d'abord examiner les étapes prises par la différenciation fonctionnelle du droit dans le système social.

De nombreux historiens du droit ont étudié les développements historiques du système juridique. Des sociologues, dont Herbert Spencer, Émile Durkheim et Max Weber, ont aussi analysé les transformations du droit dans le temps. Pour Spencer, la caractéristique principale de l'évolution du droit réside dans sa différenciation progressive, tandis que Durkheim voit dans l'évolution du droit l'indice du changement dans la solidarité sociale. Pour Durkheim, le droit des sociétés moins avancées est de type répressif, car il est associé à une solidarité de type mécanique. Plus les sociétés sont avancées, plus le droit devient restitutif, ce qui convient mieux à une solidarité de type organique. Pour Weber, c'est le progrès vers la rationalisation qui caractérise le mouvement évolutif du droit. Talcott Parsons a lui énoncé l'idée que le droit faisait partie du système intégrateur de la société et que son évolution moderne tenait en grande partie à sa différenciation des autres systèmes culturels de légitimation. Quant à Luhmann et Teubner, ils ont grandement fait progresser la théorie systémique du droit en proposant une autonomisation progressive du droit jusqu'au stade de sa reproduction autopoïétique.

L'examen des thèses de ces auteurs est important pour la démonstration de la différenciation progressive du droit dans le système social. L'analyse d'Herbert Spencer sur la différenciation des lois et de l'appareil judiciaire, rédigée à une époque où la science historique était fort peu développée, est fascinante et instructive. S'appuyant sur bon nombre d'études anthropologiques, cette étude s'enrichit d'une connaissance approfondie des systèmes culturels des sociétés primitives. La thèse proposée par Émile Durkheim à l'égard des transformations du droit résultant des changements de solidarité sociale, apporte

quant à elle un éclairage fort éloquent sur le rôle de la différenciation sociale dans les transformations morphologiques des systèmes juridiques.

Mais l'œuvre la plus significative à notre avis, et qui explique la longueur de notre exposé des théories de ce sociologue, est celle de Max Weber, avec sa typologie des stades de transformation historique du droit. La sociologie du droit de Weber comprend une étude exhaustive des facteurs économiques, historiques et politiques qui ont contribué à façonner les modes de création et de découverte du droit. Weber est l'un des seuls sociologues de son époque à avoir compris l'importance des changements dans les fondements des droits auxquels peuvent prétendre les individus (droits subjectifs). Pour ce sociologue, historien du droit et juriste, le développement des formes de création du droit, c'est aussi l'histoire du développement parallèle des deux systèmes de droit ayant une origine différente. Le premier système se développe à l'intérieur du clan ou du groupement politique, pour régler les litiges entre les membres d'un même groupement, alors que le deuxième est celui qui est créé de manière autonome par les groupements³⁹¹. Cette description du dualisme dans le développement du droit est ce qu'on pourrait appeler la représentation webérienne de la différenciation interne et externe du droit dans le système social. L'importance de l'œuvre de Weber dans notre thèse est donc incommensurable. C'est dans sa sociologie du droit que nous avons puisé une grande partie des facteurs qui expliquent la mutation de la fonction de justice dans la tradition juridique occidentale.

Le mode de variation des systèmes juridiques continue de susciter des positions théoriques divergentes. Comment se développe le droit? Quelles sont les modalités de transformation du système juridique? Les changements sociaux affectent-ils de manière directe le système juridique en suscitant des modifications dans l'ordre juridique de façon à

³⁹¹ L'apparition du concept de souveraineté a permis la différenciation de l'État des autres groupements, lequel s'est dès lors retiré de la juridiction et a pris la place dominante que l'on connaît. Weber rappelle qu'au Moyen Âge, le roi était soumis à la compétence des tribunaux; il pouvait donc être poursuivi en justice. Le roi ou le prince était à cette époque considéré comme un détenteur de privilèges et non comme un souverain : M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 94-95.

répondre aux nouveaux besoins sociaux, ou bien le droit se développe-t-il de manière autonome par rapport aux autres sphères de l’agir social? C’est cette dernière hypothèse que suggère la théorie du droit comme système social de Niklas Luhmann.

Le rapport du droit avec le temps est un élément déterminant des thèses de Luhmann sur la fonction du droit et il est donc essentiel d’exposer les hypothèses évolutionnistes de ce sociologue pour comprendre la variation du droit dans le temps jusqu’à la forme finale prise par le droit moderne, l’autopoïèse juridique. Teubner, nous le savons, s’est grandement inspiré des développements théoriques amorcés par Luhmann sur l’autopoïèse juridique. Sa contribution aux avancements de la théorie du droit autopoïétique est toutefois loin d’être négligeable et mérite qu’on la souligne dans ses particularités.

Le choix de faire état de ces thèses en les exposant chacune séparément se justifie non seulement par la richesse des réflexions et l’ampleur des connaissances dont ont fait preuve ces théoriciens, mais également par les différences entre les idées avancées par ces auteurs. Malgré leur similitude sur plusieurs points³⁹², ces thèses méritent d’être soulignées et expliquées en regard de leur originalité respective³⁹³. De plus, certaines élaborations conceptuelles propres à certains auteurs ont enrichi de manière appréciable notre exposé des mutations du droit dans le temps. Par ailleurs, si ces réflexions théoriques ont contribué

³⁹² Sans que ceux-ci aient vraiment daigné l’admettre, on peut penser que Durkheim, Weber et Parsons ont beaucoup emprunté à Herbert Spencer, alors que celui-ci a tenu à souligner l’apport d’H. S. Maine pour tout ce qui concerne les données historiques sur les formes anciennes du droit.

³⁹³ Au titre de ces différences figurent le nombre et l’ampleur des phases décisives de transformation du droit identifiées par ces auteurs. Herbert Spencer a mis en exergue les liens entre la différenciation fonctionnelle des agrégats sociaux et les transformations de la loi et des appareils exécutif et judiciaire. Il a distingué entre deux formes principales de différenciation du droit : la séparation des lois divines et des lois humaines et la distinction entre les lois de nature publique et celles protégeant les intérêts purement individuels. La loi moderne est celle qui émerge du consensus des intérêts individuels. Pour H.S. Maine, l’ancien droit est celui qui a existé avant l’introduction de la législation comme mode privilégié de changement des règles juridiques. Max Weber a lui identifié quatre stades historiques de développement du droit. Les thèses de Durkheim font état de deux phases déterminantes (le droit répressif et le droit restitutif). Pour Luhmann, il existe essentiellement deux phases : la période prémoderne du droit immanent et immuable et la modernité caractérisée par le droit positif. Teubner identifie quant à lui trois degrés d’autonomisation du droit : le droit socialement diffus, le droit partiellement autonome et le droit autoréflexif.

de façon importante à l'approfondissement des connaissances sur les modes de transformation de l'ordre juridique, elles n'ont pas jeté un éclairage final sur ce sujet.

CHAPITRE 1 LA DIFFÉRENCIATION DU DROIT

Dans ce chapitre, nous exposerons successivement les théories formulées par les sociologues Herbert Spencer et Émile Durkheim et l'historien Henry S. Maine sur la manière dont le droit a représenté les changements dans l'organisation sociale à travers le temps. Ce qui réunit les thèses de ces trois théoriciens est l'accent mis sur les rapports sociaux comme moteurs du changement des formes juridiques. En ce qui concerne Spencer et Durkheim, ces deux sociologues ont développé leurs théories autour de la différenciation comme moteur de la transformation de l'organisation sociale. L'historien anglais Maine a été une source d'inspiration pour Spencer, bien que son exposé des changements dans les formes juridiques ne s'appuie pas à strictement parler sur des théories sociologiques. Malgré cela, son œuvre demeure une source importante pour comprendre les fondements sociaux des changements entre le droit ancien et la pensée juridique moderne.

Section 1 Le développement des lois et de l'appareil judiciaire selon *Spencer*

1.1 Les lois

Dans les anciennes sociétés, la seule conception possible de la règle normative est celle constituée par la coutume, c'est-à-dire les usages des ancêtres³⁹⁴. Cette forme du droit survit à plusieurs périodes de développement social, si bien qu'elle demeure la principale source du droit au début de la Renaissance dans les deux principaux royaumes de l'Occident. Dans l'histoire du droit occidental, la loi écrite a fait une apparition tardive et elle n'a jamais totalement supplanté l'usage et la coutume. Les premières méthodes de découverte du droit (l'oracle et l'ordalie) sont destinées à trouver la volonté des ancêtres morts et des divinités qui en dérivent. Dans d'autres cas, la conduite à suivre est révélée au chef spirituel ou au détenteur de la volonté divine dans un songe. Comme il n'y a pas de distinction entre la loi religieuse et la loi civile, la découverte du droit passe nécessairement

³⁹⁴ H. SPENCER, *Principes de sociologie*, t. III, préc., note 87, p. 686.

par l'entremise du chef religieux et de celle des prêtres. Ces derniers auront pour tâche de révéler la volonté divine sur la manière dont les individus doivent orienter leur conduite dans tous les domaines de la vie humaine³⁹⁵.

Avant l'apparition du droit positif, le droit est enraciné dans la conduite religieuse et sociale; il doit sa stabilité à son immutabilité comme prescription surnaturelle que même le gouvernement politique ne peut changer. Le rôle du chef politique est réduit à celui d'interpréter le droit puisque sa puissance législative est limitée aux matières qui ne font pas déjà l'objet de prescriptions. Cette immutabilité de la loi est un obstacle majeur au changement social. Pour contourner la fixité du droit sacré, il faut avoir recours aux fictions légales. Celles-ci vont servir à concilier la désobéissance de la loi civile avec une apparente obéissance aux normes religieuses³⁹⁶. La nécessité de l'obéissance est le moteur du droit ancien. C'est en raison de cet impératif que les actes directs d'insubordination comme la trahison et la rébellion sont les infractions les plus sévèrement châtiées. À mesure que la puissance du souverain s'affirme, les transgressions à la paix publique et aux lois qu'il édicte sont considérées comme des infractions graves.

Spencer écrit que les règles qui orientent ou dirigent la conduite des sociétés ont quatre sources principales : les usages transmis héréditairement, les prescriptions religieuses des chefs décédés, la réglementation actuelle du chef politique et enfin, la volonté du peuple ou l'opinion commune³⁹⁷. Ces quatre sources, qui se trouvent confondues à l'origine, vont se différencier progressivement. En ce qui concerne la première source, l'usage, celle-ci évolue en profitant de l'accroissement qui lui vient des autres sources. La deuxième source, les règles religieuses, se transforme pour regrouper ce qui sera plus tard qualifié de « droit divin ». La troisième source est la loi dont la sanction tire sa légitimité de

³⁹⁵ H. SPENCER, t. III, préc., note 87, p. 694 : Tant chez les Hindous que chez les Grecs et les Romains, les règles orientant la conduite furent d'abord confondues avec les prescriptions religieuses.

³⁹⁶ *Id.*, p. 695.

³⁹⁷ *Id.*, p. 700. Cette source est la moins puissante au premier temps des agrégats sociaux.

l'obéissance à un souverain vivant. La dernière source « est le germe de la loi que l'on finira par reconnaître comme l'expression de la volonté publique »³⁹⁸.

Considérant la nature du droit dans sa forme primitive, la première différenciation normative est celle qui sépare les lois sacrées des lois profanes. Cette différenciation se produit dès l'Antiquité, aussi bien chez les Grecs qu'à Rome où, grâce à la séparation de l'autorité politique et de l'autorité religieuse, l'on en vint à différencier nettement les prescriptions civiles des lois d'origine sacrée³⁹⁹. Cette différenciation surviendra au moment où, avec l'accroissement et la complexification des groupes sociaux, les règles sacrées deviendront insuffisantes pour répondre aux exigences créées par la multiplication des niveaux de relations sociales. La deuxième différenciation opère une distinction entre les lois humaines de nature publique (que Spencer décrit comme étant les lois qui « tirent leur autorité impérative de la volonté de l'organe gouvernemental ») et celles d'origine privée ou consensuelle tirant leur autorité impérative du *consensus* des intérêts individuels⁴⁰⁰. Cette différenciation a pour effet de créer deux types de *torts*, ceux commis à l'encontre de l'individu et ceux qui menacent la paix publique ou le groupe social personnifié dans le souverain royal ou l'État. Selon Spencer, dans le cours naturel de l'évolution sociale (sauf lorsque le type militariste persiste), les lois protégeant les intérêts privés tendent à absorber les lois qui sanctionnent la volonté du gouvernant⁴⁰¹.

Dans sa forme moderne, la loi est essentiellement le produit du consensus des intérêts individuels, qui « précède le genre de loi inaugurée par l'autorité politique », mais qui, à certaines étapes de l'évolution du droit, a dû céder le pas à cette dernière lorsque la

³⁹⁸ *Id.*; Cette dernière source, qui a toujours existé selon Spencer, sera plus ou moins prépondérante selon les époques, le niveau d'évolution sociale ou la fermeté du pouvoir politique. C'est en effet l'opinion commune qui motivera le désir de représailles et fera de la vengeance privée un devoir imposé par la société.

³⁹⁹ *Id.*, p. 703.

⁴⁰⁰ En italique dans la traduction française des *Principles of Sociology*.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 709.

justification de l'obéissance aux lois résidait principalement dans la déification du chef politique. Puis, à mesure que l'accroissement des populations et l'industrialisme favorisent la résurgence du troisième élément de la « structure triple et une »⁴⁰² du corps politique comme fondement de l'autorité politique, le *consensus* des intérêts individuels prend le dessus au titre de source principale de la loi.

Ce *consensus* des intérêts individuels, à la différence des autres sources de la loi que sont la religion et l'autorité personnelle du chef politique, est fondé sur le principe essentiel de l'égalité des individus⁴⁰³. Plus tard, alors que diminue l'autorité royale ou aristocratique, la volonté populaire resurgit comme fondement de l'autorité, et la loi issue de cette volonté devient la principale source des règles orientant la conduite des individus. Lorsque survient ce changement, le principe d'égalité redevient le fondement de la fonction de justice, qui aura dès lors pour objectif principal de traiter tous les individus de manière égale lorsqu'ils transgressent la loi imposée par la volonté populaire ou les règles émanant du consensus des intérêts individuels, sans égard pour la richesse, le statut ou le rang⁴⁰⁴. C'est ce que Weber qualifie de justice formelle.

⁴⁰² Les termes «structure triple et une » et « corps triple et un » utilisés par Spencer désignent l'assemblée primitive formée par le chef, les grands et le peuple : *id.*, p. 854.

⁴⁰³ *Id.*, p. 706. Dans les premières phases de l'évolution sociale, cette égalité de traitement impose une justice primitive du genre « œil pour œil, dent pour dent » qui impose un équilibre parfait entre l'offense et la réparation. D'ailleurs, lorsque surviennent les premières différenciations de classes, la compensation exigée pour l'offense variera selon la classe à laquelle appartient l'individu injurié.

⁴⁰⁴ Au moment où Spencer écrit son traité de sociologie, soit vers le milieu du XIX^e siècle, l'auteur qualifie lui-même ce temps d'« époque de transition » durant laquelle le « changement est incomplet ». Il écrit également que

« ...la sympathie pour les droits individuels et le *consensus* des intérêts individuels qui l'accompagne causent la prépondérance du genre de lois qui fixent directement l'ordre social au genre de lois qui le fixent indirectement en réclamant l'obéissance à une autorité divine ou humaine. En même temps que le régime du statut personnel décline et que celui du contrat grandit, la loi expression d'une volonté personnelle cède de plus en plus la place à la loi issue du consensus des intérêts individuels : changement nécessaire puisque l'inégalité expresse est le principe de la coopération obligatoire du premier régime, tandis que la coopération volontaire de l'autre a pour principe une égalité expresse » : *id.*, p. 708-709.

Les modifications à la collocation des sources des règles de conduite humaine sont aussi accompagnées d'un changement des idées à propos de la raison d'être de ces règles. Lorsque la structure normative a pour fondement les commandements de l'autorité divine, c'est la volonté présumée de cette autorité qui motive l'obéissance aux règles. Même lorsque les règles dérivant de l'autorité personnelle du gouvernant deviennent prépondérantes, la croyance dans l'origine divine des règles demeure, mais elle devient « plus nominale que réelle »⁴⁰⁵. Puis, lorsque les lois d'origine populaire deviennent la principale source normative, la croyance dans l'expression du désir populaire est l'autorité qui donne force obligatoire aux normes émanant de cette source.

Spencer évoque la « théorie régnante », qui inscrit dans la volonté de la « majorité » le fondement de l'autorité de la loi issue de l'assemblée populaire, et la qualifie de « théorie de transition ». On trouve dans cette théorie une réminiscence de l'idée ancienne selon laquelle c'est l'autorité visible qui commande l'obéissance à la loi. Spencer l'a qualifiée de théorie de transition, car elle laisse présager la « théorie finale » qui veut que la source de l'obligation légale réside dans le *consensus* des intérêts individuels, « et non dans la volonté d'une majorité qui se décide d'après l'opinion, juste ou non, qu'elle a de ce *consensus* »⁴⁰⁶. Enfin, la loi dérivée du *consensus* des intérêts individuels « n'est plus dans sa forme finale qu'un système de morale appliquée, ou plutôt que la partie de la morale qui concerne les justes rapports des hommes entre eux et avec la société »⁴⁰⁷.

Pour conclure cet exposé de la différenciation des lois selon Spencer, on peut dire de manière générale que le processus de différenciation du droit dans le temps traverse

⁴⁰⁵ *Id.*, p. 711.

⁴⁰⁶ *Id.*, p. 712. Spencer fournit quelques exemples qu'il tire de la théorie de la loi exposée par les juristes français d'après laquelle la loi naturelle est la source de la loi écrite, ou des théories de la raison humaine de la *common law*, pour démontrer que la source de toute obligation légale doit être attribuée au *consensus* des intérêts individuels. C'est aussi la raison pour laquelle la religion permet dans certains cas la désobéissance à la loi, même lorsque celle-ci émane de la majorité populaire.

⁴⁰⁷ *Id.*, p. 713.

plusieurs phases qui correspondent aux étapes de l'évolution générale des types sociaux⁴⁰⁸. Avant l'avènement du droit positif, dont la grande variabilité est une condition préalable dans les sociétés fonctionnellement différenciées, seules les règles immuables d'origine divine pouvaient convenir aux sociétés peu adaptées à la coopération volontaire. Dans ces sociétés, la punition de la transgression de l'obéissance était le principal objet du droit. Lorsque les activités humaines se développent, les règles d'origine sacrée deviennent insuffisantes pour couvrir la complexité des relations sociales; c'est alors que les règles d'origine humaine apparaissent. Puis ces règles d'origine humaine se subdivisent à leur tour en lois d'intérêt privé et en règles dérivant de la puissance souveraine.

Pendant la période où la société est organisée suivant le principe de la coopération obligatoire, la loi construite pour faire respecter ce principe doit être prédominante. Lorsque le type social évolue vers la coopération volontaire, les lois dérivées du *consensus* d'intérêts individuels prennent le dessus sur les lois qui dérivent de la puissance du souverain, car ce sont les premières qui reposent sur le principe d'égalité des droits. La loi dérivant de la puissance publique prend un rôle secondaire et demeure nécessaire que dans la mesure où elle fait respecter le principe de l'égalité des droits et la libre exécution des contrats. Dans son étape finale, la loi n'aura d'autre justification que de maintenir l'état d'association⁴⁰⁹.

1.2 L'appareil judiciaire

Dans son chapitre dédié aux appareils judiciaire et exécutif⁴¹⁰, Spencer fait un parallèle entre les mécanismes employés par les sociétés pour repousser les agressions du

⁴⁰⁸ Comme nous le verrons plus loin, la différenciation de l'appareil judiciaire suivra le mouvement évolutif de la structure sociale générale.

⁴⁰⁹ *Id.*, p. 716.

⁴¹⁰ *Id.*, chapitre XIII.

dehors et celles venant de l'intérieur⁴¹¹ et la fusion des institutions militaires et judiciaires dans les ordres primitifs. Dans l'histoire des sociétés, le dommage subi par l'individu est d'abord vengé par la force privée⁴¹², puis par celle du groupe familial auquel l'individu appartient, et enfin par celle de l'État ou de la puissance publique.

À l'intérieur des ordres primitifs, l'assemblée militaire fait fonction d'assemblée judiciaire⁴¹³. Avec le développement des sociétés primitives, la fonction de justice se différencie verticalement des autres fonctions exercées par l'assemblée militaire pour être dévolue au roi comme chef des chefs. La fonction politique se différencie également de l'assemblée militaire primitive et va, dans certains cas, absorber la fonction judiciaire⁴¹⁴. En ce qui concerne le rôle du peuple dans la fonction de justice, il est plus important à l'époque qui précède la féodalité, car après cette période, il est de plus en plus délégué aux agents du souverain⁴¹⁵.

La différenciation de la fonction judiciaire se fait très progressivement étant donné que la lutte devant les cours de justice succède par degrés seulement à la lutte armée. Lorsque suite à la guerre, les petites sociétés fusionnent pour en former une plus grande, les

⁴¹¹ Dans les sociétés militaires, la guerre extérieure a pour objectif d'égaliser les dommages subis lors d'une guerre antérieure, en infligeant la même perte à l'ennemi ou indirectement en exigeant une compensation : *id.*, p. 659.

⁴¹² *Id.*, p. 661. En Europe, ce n'est que tardivement que la procédure judiciaire a remplacé complètement la lutte armée comme mode de règlement des conflits. Spencer rappelle à propos de cette évolution qu'en France, les duels judiciaires, qui remplacent les guerres privées entre familles, demeurent en vigueur jusqu'à la fin du XIV^e siècle et qu'en Angleterre, ce sont des chevaliers armés qui siègent aux assises afin de rendre justice.

⁴¹³ À titre d'exemple, le *Witenagemot* de l'époque anglo-saxonne regroupe les chefs guerriers des clans tout en jouant le rôle de cour de justice : *supra*, partie III, titre I, chapitre 2, section 3.1.

⁴¹⁴ *Id.*, p. 666.

⁴¹⁵ Comme le démontre Spencer, l'ensemble des institutions administratives, exécutives et judiciaires de la société différenciée a pour origine le « corps triple et un primitif » constitué par le chef, les grands et l'assemblée populaire. Suivant que l'un ou l'autre des éléments du corps se développe, le type de pouvoir dominant sera militaire, oligarchique ou démocratique : *id.*, p. 664 et ss.

fonctions judiciaires sont déléguées à certains membres du groupe, notamment aux religieux et aux soldats. Dans les ordres primitifs, comme le droit est d'inspiration divine, il est normal que les fonctions judiciaires soient exercées par les prêtres. Même au Moyen Âge, la mainmise du pouvoir ecclésiastique sur la fonction judiciaire demeure très grande puisque beaucoup de seigneurs féodaux, détenteurs du pouvoir de justice dans leurs domaines, sont membres du clergé.

L'organisation judiciaire qui s'agrandit avec la société recrute son personnel dans la classe sacerdotale et la classe militaire. Selon que le degré de subordination au chef politique ou au chef divin prédomine dans la légitimation de l'obéissance, la fonction judiciaire sera composée d'une part plus importante de membres de l'une ou l'autre des deux classes. Selon Spencer, le partage des fonctions judiciaires entre la classe militaire et la classe sacerdotale, avec prépondérance de l'une ou de l'autre selon l'époque et le milieu, va durer jusqu'à ce qu'une autre classe possédant la richesse et l'influence se différencie dans la structure sociale. Cette autre classe, celle des commerçants et des bourgeois des villes, prendra la relève lorsque la méconnaissance du droit par les nobles et la séparation de plus en plus prononcée entre le pouvoir politique et la classe religieuse rendront les classes militaires et sacerdotales inaptes à remplir cette fonction. C'est alors que se formera une classe de personnes spécialisées dans le domaine légal qui se consacrera exclusivement aux fonctions judiciaires.

Le progrès de l'intégration politique et de la centralisation gouvernementale, qui requiert une délégation toujours plus grande des fonctions, amène une différenciation interne plus poussée de l'organisation judiciaire. Cette différenciation de l'organisation judiciaire se manifestera d'abord par une séparation des tribunaux laïques d'avec les tribunaux ecclésiastiques et militaires, et ensuite par une hiérarchisation des pouvoirs délégués par laquelle les assemblées locales et les cours seigneuriales perdront peu à peu leurs pouvoirs en matière exécutive et judiciaire.

Un autre aspect du développement de la fonction judiciaire est l'adjonction de juges itinérants chargés de rendre la justice dans les régions éloignées⁴¹⁶. La difficulté pour le roi de rendre la justice partout dans le royaume cause des frustrations auxquelles celui-ci doit remédier en déléguant une partie de ses fonctions judiciaires⁴¹⁷ et en assurant le maintien d'une cour centrale qui n'est plus tenue de le suivre lui et sa cour en déplacements continuels⁴¹⁸. Progressivement, le roi ne sera plus autorisé à exercer sa fonction judiciaire en personne, même s'il demeure la source et le pouvoir final en matière de justice⁴¹⁹. La délégation de plus en plus grande des fonctions judiciaires autrefois exercées par le chef politique et la *curia regis* entraîne une spécialisation progressive des tribunaux selon le type d'affaires qu'ils sont chargés d'entendre.

En conclusion, on peut dire que l'élément décisif de la différenciation de l'appareil judiciaire est la dévolution de la fonction judiciaire à une classe spécialisée dans les affaires légales. Cette différenciation instaure un changement important dans la structure gouvernementale, car contrairement aux autres fonctions de la « structure triple et une », la fonction judiciaire est déléguée progressivement à un groupe non pas en raison de son influence politique ou militaire, mais de sa connaissance spécialisée du droit. Ainsi, très tôt dans l'histoire, les juges auront acquis une position particulière dans la structure gouvernementale qui favorisera éventuellement l'instauration pour eux d'un statut

⁴¹⁶ En Angleterre, dès la moitié du XII^e siècle, le roi Henri II institua des juges *in eyres* chargés de rendre la justice royale partout dans le royaume, permettant du même coup au pouvoir royal de se substituer à la justice des seigneurs : *infra*, partie III, titre I, chapitre 2, Section 3.

⁴¹⁷ H. SPENCER, préc., note 87, t. III, p. 675. Spencer voit dans l'institution de ces cours ambulantes la preuve que dans l'évolution des mécanismes de protection des droits individuels, les « obligations sont primitives et les droits dérivés ». Car la fonction première des juges itinérants est de percevoir les impôts, et ensuite de rendre la justice. Ce qui fait dire à Spencer que « l'entretien de l'appareil gouvernemental précède l'obtention de sa protection » : *id.*, p. 677.

⁴¹⁸ En Angleterre, ce lieu fixe devint Westminster. En 1302, le roi Philippe le Bel installe le Parlement à Paris : *id.*, p. 679.

⁴¹⁹ *Id.*, p. 680-81. Laissant de plus en plus les fonctions judiciaires à ses délégués, le souverain n'interviendra pratiquement plus dans les affaires judiciaires, sauf pour remédier à des situations iniques ou qui ne sont pas prévues par le droit. En Angleterre, cette juridiction réservée, *l'equity*, sera déléguée à un fonctionnaire, le *Chancellor*, qui est un membre important de la *curia regis*.

particulier par rapport aux autres membres de l'appareil gouvernemental. C'est ce statut particulier qui justifiera de préserver la charge des juges à l'encontre des tentatives de révocation par l'exécutif, garantie dont ne bénéficieront pas les autres officiers de l'administration patrimoniale avant au moins deux autres siècles.

1.3 La profession juridique

Spencer présente à la fin de son traité de sociologie une synthèse de l'évolution des institutions professionnelles⁴²⁰. Il applique à son analyse des développements de la profession juridique les principes généraux de l'évolution des systèmes superorganiques, et fait état de la différenciation toujours plus poussée qui s'est opérée à l'intérieur de cette institution, prenant comme point de départ le fondement de l'ordre juridique dans les « anciennes sociétés », soit le respect des commandements des ancêtres morts⁴²¹. Ainsi, dans un premier temps, du fait de l'origine des règles formant l'ordonnement juridique, les personnes demeurant en contact avec les ancêtres sont autorisées à proclamer le droit, c'est-à-dire les prêtres, puisque c'est à eux que la loi primitive est révélée. Cette catégorie de personnes est également chargée de juger les infractions à cette loi et forme la classe des juges⁴²².

Après la chute de l'Empire romain, la juxtaposition de la religion et des lois civiles complique sensiblement l'administration de la justice chez les peuples barbares. Selon Spencer, le clergé païen assume la direction des affaires juridiques pendant cette période de transition. Puis, l'avènement de la chrétienté assoit la domination de l'Église et de son ordre

⁴²⁰ H. SPENCER, Les institutions professionnelles et industrielles. Fin des Principes de Sociologie, préc., note 97.

⁴²¹ *Id.*, chapitre VII : Le juge et l'avocat.

⁴²² *Id.* Spencer donne ainsi plusieurs exemples tirés de l'histoire hébraïque (certains passages du Deutéronome décrètent de qui sera formée la classe des prêtres – la race de Lévi - et leur rôle en ce qui a trait au jugement des affaires difficiles), de celle des Égyptiens, des Grecs et des anciens Romains (la garde des Douze Tables, la connaissance des lois et de la procédure, ainsi que le droit d'interpréter la loi, relèvent dans les premiers temps de Rome de la classe des pontifes).

d'origine mixte⁴²³. La classe chargée de l'administration de la justice est alors composée en majeure partie d'ecclésiastiques⁴²⁴. Avec la réforme grégorienne, les deux ordres se différencient et forment deux systèmes distincts qui sont en concurrence l'un avec l'autre, jusqu'au moment où le droit séculier plus différencié et universaliste réussit à dominer le paysage juridique occidental.

Comme le souligne Spencer, suivant la « marche habituelle des choses »⁴²⁵, la différenciation de la profession juridique et de la profession ecclésiastique suivra la différenciation progressive du système juridique et du système religieux. À l'origine, souligne Spencer, hormis le juge et les deux plaideurs, il n'y a qu'un fonctionnaire, lequel peut, une fois la fonction d'avocat consolidée, agir pour l'une ou l'autre des parties. Puis, ce groupe fusionné se subdivise progressivement jusqu'à la création de plusieurs catégories de personnes qui œuvrent dans le domaine légal⁴²⁶. C'est la situation qui existe actuellement dans la plupart des systèmes juridiques modernes, même les moins différenciés.

Section 2 *Durkheim* et la classification des règles juridiques: le droit répressif et le droit restitutif

Nous avons vu que Durkheim définissait le droit comme un fait social et qu'il s'agissait, selon lui, du principal indice du type de solidarité sociale d'une collectivité. L'analyse sociologique de Durkheim associe un type de droit à chacune des deux sortes de

⁴²³ Le droit de l'Église chrétienne provient en effet des lois civiles romaines et des règles ecclésiastiques du droit canon qui se sont modelées sur les formes du droit romain.

⁴²⁴ Dans l'histoire de la justice anglaise, le chef justicier et la très grande majorité des juges font d'abord partie du clergé : *infra*, partie III, titre I, chapitre 2, section 3.

⁴²⁵ H. SPENCER, Les institutions professionnelles et industrielles. Fin des Principes de Sociologie, préc., note 97, p. 112.

⁴²⁶ Si l'origine ecclésiastique des juges des anciennes sociétés ne fait aucun doute, rien n'indique que la classe des avocats soit d'extraction religieuse. Que ce soit dans l'Ancienne Rome, chez les Égyptiens, les Grecs ou en Palestine, l'avocat est d'origine séculaire uniquement. C'est à Rome que se forme, après le dévoilement de la procédure légale par Appuis Claudius, une classe composée d'experts dans la loi que l'on nomme *jurisconsulti* : *id.*, p. 107.

solidarité sociale qu'il a identifiées, car selon sa propre expression, le droit est le « symbole visible » de la solidarité sociale⁴²⁷. Dans le schéma durkheimien, les liens entre le type de solidarité sociale et le type de droit sont directs. Puisque le droit reproduit les formes principales de la solidarité sociale, il faut étudier et classer les types de droit pour savoir à quels types de solidarité ils correspondent⁴²⁸.

Selon Durkheim, le droit est aussi un appareil permettant de mesurer l'étendue relative de l'activité sociale dans la société. Le volume du droit des sociétés modernes allant sans cesse en augmentant, il faut en déduire que l'activité sociale augmente elle aussi, malgré l'élargissement de la sphère d'autonomie individuelle. Puisque le droit est « une règle de conduite sanctionnée », Durkheim choisit de le classer selon les sortes de sanctions qui y sont rattachées⁴²⁹. Celles-ci sont au nombre de deux. Dans la première catégorie, les sanctions sont essentiellement répressives ; elles consistent dans une douleur ou diminution de la fortune, de l'honneur ou dans une privation de liberté ou de quelque chose dont on jouit. Ce type de sanctions correspond au droit pénal. Dans la seconde catégorie, les sanctions ne visent pas à infliger une souffrance, mais à remettre les choses en état⁴³⁰. L'ensemble du droit est donc classé selon deux espèces de règles juridiques : répressives et restitutives.

Dans les sociétés archaïques ou primitives, la solidarité formée par les relations entre les individus est le produit des ressemblances : ce sont elles qui rattachent les

⁴²⁷ E. DURKHEIM, *La division du travail social*, préc., note 9, p. 28.

⁴²⁸ Afin de mesurer l'étendue de la division du travail productrice de solidarité sociale, il « suffira de comparer le nombre de règles juridiques qui l'expriment, au volume total du droit » : *id.*, p. 32.

⁴²⁹ Durkheim ne classe pas les différentes règles juridiques entre droit privé et droit public selon la classification usuelle des juristes, car ces catégories ne sont pas compatibles avec l'analyse fonctionnelle : « tout droit est public, en ce sens qu'il est une fonction sociale » : *id.*, p. 33.

⁴³⁰ Le droit restitutif comprend le droit civil, le droit commercial, le droit des procédures, le droit administratif et constitutionnel. Durkheim écrit : « Quant à l'autre sorte, elle n'implique pas nécessairement une souffrance de l'agent, mais consiste seulement dans la *remise des choses en état*, dans le rétablissement des rapports troublés sous leur forme normale, soit que l'acte incriminé soit ramené de force au type dont il a dévié, soit qu'il soit annulé, c'est-à-dire privé de toute valeur sociale » : *id.*, p. 34.

individus à la société. La cohésion sociale est basée sur les similitudes sociales, et c'est le droit de type répressif qui peut protéger cette cohésion contre tout affaiblissement. Les sanctions du droit visent à interdire toute forme de déviation, de division. Le délit est un acte qui « offense les couches fortes et définies de la conscience collective », car la personnalité individuelle est complètement absorbée par la personnalité collective⁴³¹. Les codes de lois de ces sociétés démontrent bien le caractère répressif des règles régissant la conduite des individus⁴³². Ce droit répressif est essentiellement d'origine religieuse⁴³³; il sanctionne des conduites allant à l'encontre des codes religieux et qui intéressent l'ensemble de l'agrégat social⁴³⁴. Selon Durkheim, le droit pénal actuel, qui était essentiellement religieux à l'origine, garde encore un caractère de religiosité en ce qu'il châtie des actes qui sont attentatoires à quelque chose de transcendant et impose une sanction souvent démesurée par rapport au délit commis⁴³⁵. La peine imposée est une réaction passionnelle qui vise surtout à faire expier le criminel⁴³⁶. Durkheim note enfin que

⁴³¹ *Id.*, p. 47.

⁴³² *Id.*, p. 111-112. Durkheim invoque à l'appui de sa thèse les règles tirées du droit hébreu - le Pentateuque - et du droit indien - le Code de Manou. Pour ce qui est de Rome, la Loi des Douze Tables est un code presque entièrement laïque, ce qui démontre que cette société a déjà opéré une séparation entre la vie sociale et la vie religieuse. De plus, on trouve dans ces lois des dispositions de droit contractuel et de droit domestique.

⁴³³ *Id.*, p. 44. Dans les sociétés archaïques, la religion englobe tout, en passant par les rites et les cérémonies religieuses, le droit et la morale.

⁴³⁴ *Id.*, p. 60. Pour Durkheim, il est évident que le droit pénal, qui est essentiellement d'origine religieuse, vise surtout des intérêts sociaux, et non des intérêts privés, comme l'ont soutenu certains historiens. Le cas de la *vendetta*, acte de vengeance dite « privée », est un châtiment que la société primitive laisse aux individus le soin d'exercer ou non.

⁴³⁵ *Id.*, p. 68.

⁴³⁶ *Id.*, p. 52-55. Ce besoin de vengeance et d'expiation est toujours présent, même si dans les sociétés modernes, la société criminalise certaines conduites avant tout pour se défendre :

« En un mot, pour se faire une idée exacte de la peine, il faut réconcilier les deux théories contraires qui en ont été données ; celle qui y voit une expiation, et celle qui en fait une arme de défense sociale. Il est certain, en effet, qu'elle a pour fonction de protéger la société, mais c'est parce qu'elle est expiatoire ; et d'autre part, si elle doit être expiatoire, ce n'est pas que, par suite de je ne sais quelle vertu mystique, la douleur rachète la faute, mais c'est qu'elle ne peut produire son effet socialement utile qu'à cette condition »: *id.*, p. 77 .

la justice répressive des sociétés anciennes tend à rester diffuse dans la société, puisque la société tout entière y participe⁴³⁷.

Comme le droit se modifie en fonction des relations sociales qu'il règle, lorsque la division du travail progresse, le droit répressif cède la place au droit restitutif. Ce mouvement, déjà bien amorcé dans le droit romain, se manifeste également dans le développement des sociétés chrétiennes : de la loi salique à la loi des Burgondes et à celle des Wisigoths, le nombre de dispositions répressives est directement proportionnel à leur ancienneté⁴³⁸. Les crimes religieux diminuent en nombre également. La société chrétienne réprime moins les déviations de nature religieuse que le droit hébreu, par exemple. L'intensité de la conscience collective diminue avec l'intensité du sentiment religieux. La vie religieuse se retire de la vie sociale et laisse libre cours à la pensée individuelle. L'individualisme prend la place de la religion, et devient, selon Durkheim, une sorte de culte⁴³⁹.

La solidarité de type mécanique s'affaiblissant, un autre type de solidarité issu de la division du travail prend sa place pour faire tenir ensemble les sociétés avancées. Dans la société à solidarité organique qui caractérise la société moderne, le droit est dit « restitutif », car la sanction, lorsqu'elle existe, n'est pas expiatoire, mais vise une remise en état. Le droit restitutif intéresse plus particulièrement les intérêts privés, mais il n'est pas

⁴³⁷ *Id.*, p. 42. La justice criminelle est exercée par l'assemblée du peuple chez les anciens Germains, et à Rome, par des institutions représentant le peuple (les comices curiates, puis les comices centuriates).

⁴³⁸ *Id.*, p. 116-117.

⁴³⁹ *Id.*, p. 147.

pour autant en marge de la société⁴⁴⁰, car le « droit est une chose sociale au premier chef, et qui a un tout autre objet que l'intérêt des plaideurs »⁴⁴¹.

À mesure que le travail se divise, les liens sociaux deviennent de plus en plus interdépendants et ne sont plus facilement séparés. Le droit contractuel, qui est l'« expression juridique de la coopération »⁴⁴², naît avec la division du travail et la réciprocité qui en résulte. Les relations contractuelles augmentent, de même que les relations non contractuelles⁴⁴³.

C'est donc dans les sociétés plus avancées que la nécessité d'un système normatif plus développé se fait sentir, soit un type d'ordre normatif qui est en mesure de fournir un cadre à la fois rigide (pour la sécurité des transactions) et souple (de façon à permettre l'accroissement des possibilités et la variabilité correspondante du droit qui est essentielle à la différenciation constante des systèmes sociaux). Ainsi, loin de célébrer la fin du droit comme moyen de contrôle social, le développement de la solidarité organique engendrée par la division du travail fait une place importante au droit, car celui-ci fixe les conditions de cette nouvelle coopération⁴⁴⁴. Comme le souligne Durkheim, « si la division du travail

⁴⁴⁰ Même les rapports privés ont besoin de l'engagement de la société à faire sanctionner les règles juridiques qui gouvernent ces rapports.

⁴⁴¹ *Id.*, p. 82. Le droit domestique, par exemple, distribue les fonctions dans la famille, qui est aussi une institution sociale.

⁴⁴² *Id.*, p. 93.

⁴⁴³ *Id.*, p. 184. Comme nous l'avons souligné plus haut, Durkheim réfute la distinction faite entre le droit privé et le droit public. Ce droit que d'aucuns qualifient de privé est en réalité, selon Durkheim, un indicateur important de la vie sociale, car il «règle les rapports des fonctions sociales diffuses ou, autrement dit, la vie viscérale de l'organisme social». Durkheim en donne pour exemple le formidable développement du droit domestique, qui est devenu beaucoup plus complexe qu'auparavant, en raison de la multiplication des relations juridiques auxquelles la vie familiale peut donner naissance, et dont le contenu est de moins en moins laissé à l'initiative des individus. Durkheim cite le cas du mariage, dont les conditions liées à la célébration et à la dissolution sont de plus en plus réglementées : *id.*, p. 185.

⁴⁴⁴ Vu sous cet angle, le droit contractuel n'est pas qu'un ensemble de règles supplétives s'appliquant seulement en cas de silence des contrats privés. La nomenclature considérable des dispositions régissant la formation de plusieurs contrats, de même que le nombre appréciable de contrats solennels dans le Code civil, démontrent que le droit contractuel est la norme fondamentale des contrats.

rend les intérêts solidaires, elle ne les confond pas; elle les laisse distincts et rivaux »⁴⁴⁵. La diversité des types de contrats dans le droit civil et les fonctions particulières qui relèvent de chaque cocontractant (vendeur et acheteur, locateur et locataire, dépositaire et déposant) démontrent bien que ce droit (aussi qualifié de « droit coopératif à sanctions restitutives ») est le produit de la spécialisation des fonctions résultant de la division du travail⁴⁴⁶. Enfin, Durkheim estime, contrairement à Spencer, que la place de l'individu dans la société va en augmentant, ce qui n'est pas incompatible avec la croissance de l'appareil étatique⁴⁴⁷. Non seulement l'appareil régulateur de la société augmente en volume, mais ses fonctions se diversifient et se spécialisent de plus en plus.

L'administration de la justice est un bon exemple de cette spécialisation des fonctions de l'appareil régulateur : ce qui n'était au départ qu'une méthode de contrôle socialement diffuse s'est diversifié dans des institutions entièrement distinctes et spécialisées. Il est donc tout à fait normal que, la division du travail allant en progressant, l'organe régulateur accapare de plus en plus de fonctions de surveillance et de contrôle du tout social. Dans le même sens, plus les fonctions diverses se multiplient, plus le corps des règles juridiques qui les réglemente se développe de manière à répondre aux nouveaux besoins. Par conséquent, plus la division du travail avance, plus les besoins de régulation des fonctions divisées sont importants, plus l'organe qui occupe ce rôle, l'État, croît en importance et en complexité, et plus l'individu est dépendant de l'État⁴⁴⁸.

L'une des conclusions importantes que l'on peut tirer de cet exposé de l'évolution du droit en regard de notre sujet de thèse est que le droit restitutif ne peut être mis en

⁴⁴⁵ *Id.*, p. 191.

⁴⁴⁶ *Id.*, p. 96. Pour Durkheim, cette réglementation des contrats est d'origine sociale plutôt qu'essentiellement privée, comme le laisse supposer Spencer.

⁴⁴⁷ Durkheim souligne que le droit administratif est plus développé dans les sociétés de type avancé, et que l'État idéal décrit par Spencer correspond plutôt aux formes primitives de l'appareil étatique dans les sociétés archaïques : *id.*, p. 200.

⁴⁴⁸ *Id.*

application que par le biais d'institutions judiciaires de plus en plus spécialisées. De même, l'accent mis par Durkheim sur le rôle régulateur de l'administration de la justice dans l'État nous sera utile pour faire la démonstration d'un rôle semblable pour les tribunaux judiciaires à l'égard des opérations du système juridique différencié.

Section 3 *Maine* et le passage du *status* au contrat

Dans *Ancient Law*⁴⁴⁹, l'historien Henry J. S. Maine a étudié les modes principaux de transformation du droit, de la Grèce antique au droit anglais du XIX^e siècle⁴⁵⁰. Selon Maine, le droit est toujours en retard sur les besoins sociaux et l'opinion publique. C'est pour cette raison que les systèmes juridiques ont eu successivement recours à trois méthodes pour mettre le droit à niveau, et ainsi répondre aux attentes normatives des sociétés : les fictions légales⁴⁵¹, l'équité⁴⁵² et la législation.

Au premier temps des sociétés, où la résistance aux changements dans le droit est à son plus haut degré, les fictions légales maintiennent la croyance dans la fixité du droit en créant de manière artificielle des institutions juridiques plus adaptées aux nouveaux besoins sociaux⁴⁵³. La seconde méthode de changement du droit vient de l'équité, qui consiste dans

⁴⁴⁹ Henry S. MAINE, *L'Ancien Droit*, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874 (traduction de Henry S. MAINE, *Ancient Law*, 1st édition, Londres, Murray, 1861).

⁴⁵⁰ En bref, dans la Grèce homérique, le droit est composé des sentences divines, les « Thémistes », qui étaient dictées au juge par Zeus. L'avènement de l'écriture a permis de passer d'un droit révélé non écrit, reposant entre les mains d'une classe privilégiée, à un droit écrit, codifié même, comme ce fut le cas de la Loi des Douze Tables à Rome. Cette étape cruciale va assurer une meilleure publicité du droit et une plus grande démocratisation de la connaissance des lois. Au moment du déclin du pouvoir royal, ce sont les aristocraties, religieuses en Orient, civiles et politiques en Occident, qui s'approprient la connaissance du droit : *id.*, p. 3-20.

⁴⁵¹ Une fiction légale, dans le sens où l'entend Maine, consiste dans « toute affirmation qui cache ou affecte de cacher l'altération survenue dans une règle de droit, dont l'application change, tandis que le texte subsiste » : *id.*, p. 26.

⁴⁵² En italique dans la traduction française du texte de Maine.

⁴⁵³ Le recours à la fiction légale de l'adoption a permis de créer artificiellement des liens familiaux, permettant ainsi aux sociétés basées sur les systèmes de parenté de survivre et de croître : *id.*, p. 27.

une modification volontaire du droit reconnue comme telle, afin de le rendre conforme aux principes sur lesquels il est censé se fonder. Ce mode de transformation du droit correspond, selon Maine, à un état social plus avancé que celui des fictions légales. La République romaine, par exemple, justifie d'un état social assez avancé pour se permettre d'avoir recours à ce type de stratégie modificatrice. Le préteur romain, premier fonctionnaire de la République, hérite du pouvoir des anciens souverains et peut, en vertu de son autorité, incorporer au droit romain les principes d'équité dérivés du *jus gentium* (le droit naturel romain hérité du stoïcisme) lors de la promulgation annuelle de son édit⁴⁵⁴. Le droit civil romain et les principes d'équité développés dans l'édit du préteur sont par la suite consolidés dans les réformes de Justinien. En ce qui concerne la législation, celle-ci apparaît beaucoup plus tard dans l'histoire des transformations légitimes du droit. La théorie utilitariste de Bentham, en assignant un objectif de poursuite du bien public à la législation, rend possible l'adaptation du droit anglais aux exigences normatives de la société industrielle du XIX^e siècle.

La thèse la plus connue de Maine est celle portant que le droit occidental a évolué en passant d'un ordre juridique fondé sur l'état (*status*), à un système basé sur le contrat⁴⁵⁵. La période correspondant au *status* est celle de l'état patriarcal. Les sociétés primitives ne sont pas des ensembles d'individus, mais des agrégats de familles placés sous l'autorité du patriarcat. Les systèmes de parenté règlent l'ensemble des relations sociales⁴⁵⁶. Les individus membres d'une famille ne peuvent s'obliger et engager leur famille; tout est réglé

⁴⁵⁴ *Id.*, p. 60. Michel VILLEY, *Le droit romain*, Coll. Que sais-je?, Paris, Presses universitaires de France, 1972, p. 30.

⁴⁵⁵ H. S. MAINE, préc., note 449, p. 162.

⁴⁵⁶ La communauté de sang est la première forme de collectivité, et non la communauté du sol, laquelle viendra beaucoup plus tard; c'est l'époque de la personnalité des lois. Le droit est fondé sur la supposition d'une descendance commune des membres de la communauté. La fiction légale de l'adoption devient alors le moyen d'étendre artificiellement la communauté de sang : *id.*, p. 122-123.

par le droit impératif et les ordres du chef de maison⁴⁵⁷. Les règles juridiques obligent les unités sociales constituées par les familles, et non par les individus⁴⁵⁸. Aussi, le statut des individus détermine leur position dans l'organisation sociale, qui ne peut être modifiée par un acte de volonté. Le droit reste donc indifférencié de la structure sociale qui, elle-même, est fixe.

Progressivement, les fictions légales et la législation font en sorte de transférer certains droits du chef de famille sur sa maison vers la juridiction des tribunaux. Avec l'évolution des relations économiques et sociales, les individus peuvent se détacher de leur groupe familial et déterminer eux-mêmes les rapports juridiques qu'ils entretiennent avec d'autres individus, en s'obligeant par un acte de volonté, le contrat⁴⁵⁹. Dans la progression des sociétés vers la modernité, le statut social des individus est de moins en moins déterminé par la condition de naissance. Un acte de volonté personnelle, le contrat, autorise les membres de la société à modifier leur position sociale et la nature de leurs rapports juridiques avec les autres membres de la société⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ *Id.*, p. 295. Il semble que les sociétés primitives ne connaissaient pas le testament qui aurait été introduit par les Romains. Cet instrument juridique avait pour fonction de faire passer la maison sous un nouveau chef : *id.*, p. 186. Ce sont également les Romains qui ont incorporé la notion de propriété individuelle dans leur droit, car les sociétés primitives ne connaissaient que la propriété collective : *id.*, p. 244.

⁴⁵⁸ La filiation par le père détermine la notion de parenté, car aucun descendant de la femme ne peut entrer dans cette catégorie. Ce sont les préteurs qui ont peu à peu éliminé la filiation par agnation et privilégié la filiation par cognation, ce qui a eu pour effet de permettre à la descendance des femmes de bénéficier des droits de succession reconnus uniquement aux agnats dans les anciennes coutumes : *id.*, p. 143.

⁴⁵⁹ Le droit romain connaît d'abord le *pacte* ou *convention*, qui est essentiellement un engagement mental manifesté par des actes extérieurs. Progressivement, les formalités extérieures sont abandonnées, et c'est alors que les contrats apparaissent. Ces contrats sont d'abord des conventions accompagnées d'une obligation. Les contrats *consensuels*, c'est-à-dire dont la validité dépend uniquement de l'accord des volontés, constitue la forme contractuelle la plus récente du droit romain : *id.*, p. 297, 306.

⁴⁶⁰ « ...dans les cas innombrables où l'ancien droit fixait d'une manière irrévocable la position d'un homme dès sa naissance, le droit moderne lui permet de la créer lui-même par des conventions » : *id.*, p. 288. Voir aussi Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 52.

CHAPITRE 2 LE DÉVELOPPEMENT DES MODES DE CRÉATION DU DROIT

Dans sa sociologie du droit, Weber a cherché à comprendre et à mesurer par la comparaison les différences entre les systèmes juridiques. Il n'était pas tant intéressé au contenu substantif des normes dans les systèmes juridiques anciens ou contemporains qu'à comprendre les multiples formes de création et de découverte⁴⁶¹ du droit. Il a étudié le droit romain, le droit canon, le droit hébreu, le droit musulman, le droit indien, le droit chinois et le droit occidental moderne, et ce, uniquement afin de mesurer les différences et variations dans les modes de création et d'application du droit. Il a notamment vérifié dans quelle mesure ces systèmes opéraient sur la base de normes préexistantes d'application générale et si les organes de création et de découverte du droit étaient différenciés des autres institutions sociales⁴⁶². C'est de son analyse des formes de création et de découverte du droit que Weber a élaboré sa typologie des formes juridiques que nous avons exposée dans la première partie.

Utilisant la méthode des types idéaux, Weber a identifié quatre stades historiques de développement du droit. Bien que ces quatre phases puissent être reliées à des périodes historiques précises, elles ne se succèdent pas de façon chronologique ou unilinéaire. Comme pour les autres types idéaux de la sociologie de Weber, aucun de ces paliers n'a de correspondance parfaite dans la réalité historique. Ce sont, pour reprendre les termes utilisés par Weber, des « stades théoriquement construits de rationalisation »⁴⁶³. La typologie du droit de Weber se distingue donc de celles de Spencer et de Durkheim qui eux

⁴⁶¹ Dans le sens d'application du droit.

⁴⁶² D. M. TRUBEK, préc., note 48, p. 728.

⁴⁶³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 222. Il faut toutefois noter que la description que fait Weber des phases de développement historique postule tout de même une certaine évolution des formes du droit à partir de stades plus ou moins embryonnaires : D. M. TRUBEK, préc., note 48, p. 732. Comme nous l'avons par ailleurs écrit dans la première partie, Weber souligne lui-même que plusieurs des institutions et distinctions reconnues dans le droit moderne ont une origine ancienne, ce qui implique une certaine reconnaissance de l'épistémologie évolutionniste en tant que mode de connaissance.

ont caractérisé l'évolution historique du droit comme étant un processus essentiellement unidirectionnel.

Par ailleurs, si Weber s'est toujours défendu d'utiliser une conception évolutionniste du droit, sa thèse sur la rationalisation progressive du droit ne peut se comprendre qu'à partir d'une perspective évolutionniste⁴⁶⁴. De plus, sa typologie des ordres juridiques s'appuie en partie sur une évolution des formes juridiques du point de vue matériel et formel. Enfin, si les quatre stades qu'il a identifiés sont éminemment construits et n'ont pas de correspondance exacte dans la réalité historique, ils décrivent néanmoins l'ordre dans lequel le processus de rationalisation s'est déroulé en Occident. En fait, Weber a surtout voulu insister sur les formes différentes prises par le droit dans sa marche vers la rationalisation : son but n'était pas de démontrer que les systèmes juridiques doivent nécessairement passer par ces quatre stades pour en arriver à un degré de rationalisation équivalent de celui de l'Occident.

Section 1 Création et découverte du droit

1.1 L'origine de la normativité juridique

L'origine des normes juridiques est difficile à cerner, car au niveau de la création du droit proprement dite, l'histoire nous révèle plusieurs variations dans les modes d'établissement des règles. La séparation que nous connaissons aujourd'hui entre l'édiction de normes juridiques et l'application de ces normes n'existait tout simplement pas jusqu'à une époque relativement récente de l'histoire du droit, tout comme la distinction entre droit processuel et prétention subjective⁴⁶⁵. Selon Weber, la création du droit par la loi n'est pas un processus normal, « même sous des conditions économiques et sociales très

⁴⁶⁴ Autrement, la rationalisation du droit et de la société devrait être considérée comme un accident.

⁴⁶⁵ M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 39 : dans l'histoire du droit, les recours précèdent les droits, et non l'inverse.

différenciées »⁴⁶⁶. L'idée d'une loi pouvant abroger le droit existant, et non uniquement le confirmer, est venue assez tard dans l'histoire du droit, même en Angleterre où cette conception a été développée⁴⁶⁷. De la même façon, aucune des distinctions connues aujourd'hui entre le droit public et le droit privé, ou entre la création et l'application de normes, n'a cours dans les premiers stades historiques de développement du droit, bien qu'elles existent de façon latente et embryonnaire⁴⁶⁸.

Selon Weber, il y a toujours eu dans tous les stades de transformation du droit des règles empiriquement valables nées de façon inconsciente, bien que leur caractère nouveau ne soit pas reconnu. Parfois, des normes ont été créées de façon consciente par l'autorité compétente (le sorcier, le prêtre ou le prophète) lorsqu'un changement dans les conditions économiques ou sociales avait créé des problèmes qui ne pouvaient être résolus à partir de normes connues⁴⁶⁹. Une activité nouvelle des intéressés au droit peut aussi mener à un changement de signification du droit existant ou à la création d'un nouveau droit⁴⁷⁰.

La création d'un droit nouveau ou d'un droit porteur d'une signification différente intervient lorsqu'il y a rencontre de plusieurs facteurs. D'abord survient une nouvelle

⁴⁶⁶ *Id.*, p. 116. Weber réfère pour appuyer ses dires à la *common law* anglaise qui est directement opposée au *statute law*. La qualification de droit coutumier donné au droit non édicté a aussi une origine moderne, car le droit ancien jusqu'au Moyen Âge ne connaît pas cette distinction entre droit législatif et droit coutumier.

⁴⁶⁷ Les empereurs germaniques de la branche des Hohenstaufen ont été les premiers à utiliser le concept romain de loi, après quelques rudiments chez les Carolingiens et leurs capitulaires. Il a par la suite été propagé par les puritains en Angleterre : *id.*, p. 132.

⁴⁶⁸ Weber donne comme exemple de distinction embryonnaire celle qui existe dans le droit primitif entre la justice religieuse par lynchage à l'endroit d'un membre qui menace la communauté et celle ayant pour objet de concilier les différends entre clans d'une part, et la répression criminelle d'office et la poursuite judiciaire à l'initiative des individus d'autre part, pour exposer comment les formes modernes du droit ont presque toujours existé antérieurement dans un état plus ou moins bien défini. Un autre exemple de l'état latent de certaines formes juridiques est représenté par l'administration, laquelle trouve son origine dans le pouvoir domestique absolu dévolu au chef de famille ou de clans, tandis que la juridiction vient, elle, de la procédure d'arbitrage entre clans : *id.*, p. 128-129.

⁴⁶⁹ *Id.*, p. 125.

⁴⁷⁰ *Id.*, p. 121.

orientation de l'activité des intéressés au droit, lesquels ne se préoccupent pas au départ du fait que celle-ci puisse devenir l'objet d'une contrainte juridique. Dans le cas où les nouvelles activités donnent lieu à des accords, ceux-ci peuvent ultimement être reconnus par l'appareil juridictionnel de contrainte juridique, à moins que ce dernier ne soit très éloigné de la vie commerciale en raison d'une différenciation sociale très accentuée⁴⁷¹. Si la juridiction confirme les ententes, les conseillers juridiques des intéressés participent à la création de normes en s'orientant d'après le fonctionnement de la juridiction. Ces nouvelles orientations devenues conventions et accords rationnels en finalité sont ensuite entérinées par les juges par l'application de décisions judiciaires et transformées en précédents⁴⁷².

La reconnaissance judiciaire d'un accord a souvent des répercussions au-delà du cas particulier traité, car, comme Weber le rappelle, la source des décisions judiciaires n'est pas la norme générale appliquée au cas particulier, mais plutôt l'inverse. C'est en effet la décision visant le cas particulier qui devient la règle générale, lorsque cette décision fait l'objet d'une discussion, ce qui n'est pas le cas en général dans le droit révélé. Comme les juges sont enclins à traiter les cas semblables de manière similaire, les normes de décision deviennent des maximes juridiques qui sont appliquées ultérieurement en tant que partie prenante de la tradition. De ce point de vue, Weber a raison d'affirmer que les accords et conventions créés par les activités des intéressés aidés de leurs conseillers professionnels et les précédents des juges « sont les sources primaires des normes juridiques »⁴⁷³.

1.2 Les stades historiques de développement du droit

Selon Weber, des causes plus politiques qu'économiques ont justifié les disparités dans le développement des systèmes juridiques, qui, de façon générale, a été influencé par l'action de trois facteurs décisifs : 1) la multiplicité des situations dans lesquelles se trouvait

⁴⁷¹ *Id.*

⁴⁷² *Id.*, p. 124.

⁴⁷³ *Id.*, p. 123.

le pouvoir – l'*imperium*; 2) les rapports de puissance entre les pouvoirs profane et théocratique et; 3) la diversité, conditionnée par des facteurs politiques, dans la structure des notables de la robe qui orientent la formation du droit⁴⁷⁴.

Les « traits généraux de l'évolution du droit » décrits par Weber se déclinent en quatre phases de transformation du droit qui ont existé (et dont certaines existent encore) en Occident ou ailleurs. Les développements historiques du droit en Occident offrent des particularités qui ne se trouvent pas dans les systèmes juridiques de l'Orient. Seul l'Occident a été le théâtre de la croissance d'une économie rationnelle par des agents qui étaient d'abord liés au prince et qui se sont révoltés contre lui par la suite, de la disparition complète de la personnalité des lois et de l'élimination de la maxime juridique voulant que le droit d'exception ait préséance sur le droit commun. Seul l'Occident a vu naître le droit naturel et le droit romain – le droit prémoderne le plus différencié – et a connu sa réception. C'est aussi uniquement en Occident que les juristes professionnels ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration du droit. C'est dans sa sociologie de la domination que Weber a expliqué les circonstances ayant conditionné le développement des particularités spécifiques du droit occidental. Sa typologie des dominations légitimes lui a permis d'établir la relation entre les formes du pouvoir légitime et les modes de création du droit. Dans notre thèse, nous proposons de pousser un peu plus loin la relation causale formulée par Weber et d'établir une corrélation entre l'évolution des formes de production du droit, l'exercice de la fonction de juger et la légitimation de la création judiciaire du droit.

Dans la typologie wébérienne, le premier stade de développement est celui de la révélation charismatique du droit. Selon la typologie de Weber, ce droit est formellement et matériellement irrationnel. Il est fondu dans un ensemble de règles encore non différenciées de la sphère religieuse. Ce droit d'inspiration divine est révélé par les chefs religieux, les prêtres ou les sorciers; il est matériellement et formellement irrationnel, car il prend forme

⁴⁷⁴ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 222.

au moyen de décisions rendues par des méthodes magiques (les règles sont révélées par des moyens tels que l'ordalie, les oracles, etc.)⁴⁷⁵. Peu importe leur source, les normes juridiques des sociétés archaïques ne peuvent absolument pas être considérées comme le produit d'une décision humaine.

Le droit révélé n'a pas de « caractère normatif » au sens de création d'une règle; seule existe l'« irrationalité du cas particulier » qui doit déterminer la décision à être rendue⁴⁷⁶. Ce droit de la première phase est aussi non systématisé, car il ne vaut que pour un cas particulier (la norme révélée n'est pas susceptible d'être réutilisée pour résoudre des cas semblables). Le droit est donc une affaire qui ne dépasse pas la situation concrète du cas en litige. Même en présence d'un appareil de contrainte, celui-ci ne rend pas des décisions appliquant des normes générales à des cas particuliers. Le processus est plutôt inverse; la décision de l'appareil de contrainte « survit » au cas particulier pour devenir du droit⁴⁷⁷. Le cas pur de ce droit charismatique correspond à la justice du *cadi* musulman ou à celle du jury moderne⁴⁷⁸.

Comme le droit révélé, le droit coutumier ne fait pas de distinctions entre droit objectif et droits subjectifs, ni entre création et application du droit. Même les résolutions parlementaires anglaises participent du droit coutumier, car elles ne font que confirmer le droit existant et conservent, jusqu'au XVII^e siècle, le caractère d'une décision judiciaire⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ Même dans nos systèmes juridiques modernes, plusieurs formes de création et de découverte du droit ont conservé leur forte consonance de type charismatique, à commencer par l'institution du jury ou la preuve assermentée : *id.*, p. 127-128.

⁴⁷⁶ Il peut, de manière exceptionnelle, formuler des règles générales pour régir tous les cas semblables lorsque les règles traditionnelles ne semblent pas être en mesure de trouver une solution à un problème créé par de nouvelles conditions économiques ou sociales : *id.*, p. 122.

⁴⁷⁷ *Id.*

⁴⁷⁸ *Id.*, p. 22.

⁴⁷⁹ *Id.* Comme nous l'avons vu, la source des décisions judiciaires n'est pas la norme générale, mais bien le cas particulier, qui peut se transformer en norme de décisions stéréotypée lorsque la décision fait l'objet d'une discussion ultérieure. Le droit anglais s'est développé de cette manière, ce pour quoi Weber a qualifié ce droit de droit concret et empirique.

De plus, selon Weber, bien qu'il se rapproche du terme « *consuetudo* » désignant les droits particuliers locaux⁴⁸⁰, par opposition au droit universel, le concept juridique de « coutumes » ne correspond selon lui à aucune réalité historique proprement dite. Ce droit coutumier est plutôt une « étape intermédiaire entre interprétation du droit déjà en vigueur et création du droit (...) »⁴⁸¹. Le droit se développe et les normes deviennent stéréotypées lorsque les décisions rendues font l'objet de discussions en vue de leur application ultérieure. Il en est ainsi dans toute société où la tradition domine l'activité sociale. C'est à partir du moment où les décisions font office de « précédents » que le droit commence son long processus de « rationalisation »⁴⁸².

Dans le deuxième stade, le droit est l'œuvre de notables judiciaires, tels que le juriste en droit romain⁴⁸³ ou le juge anglais de la *common law*. Le travail de ces notables est de trouver des solutions empiriques à des problèmes précis. Bien que ce droit soit casuistique et empirique, il se situe à un niveau plus élevé de différenciation et de systématisation que le droit révélé, car il est l'œuvre de spécialistes qui s'efforcent de trouver des solutions juridiques à des problèmes sociaux.

Le troisième stade de transformation historique est celui des droits sacrés et princiers. Bien qu'étant d'inspiration religieuse, les droits sacrés résultent tout de même

⁴⁸⁰ *Id.*, p. 117. Précisément à l'époque où le droit légiféré n'existe pas, le droit universel, seul détenteur de légitimité du droit, s'oppose aux droits particuliers. Ainsi, la *common law* est, en Angleterre, le droit commun qui s'oppose aux droits locaux, alors que sur le continent, le droit romain, qui n'est pas pour autant un droit légiféré bien qu'il soit réputé être un droit « écrit », est placé en opposition face aux droits nationaux.

⁴⁸¹ *Id.*, p. 131 : Le droit coutumier consiste dans une « déclaration sur des questions juridiques, concrètes ou abstraites, rendue par des autorités légitimées par le charisme personnel, l'âge, le savoir, la qualité notable détenue par la famille.

⁴⁸² *Id.*, p. 123. Aussi, selon Weber, le sentiment de justice ne fait pas partie des sources primaires du droit. Parce qu'il est instable et varie d'une société à l'autre, ce sentiment d'origine émotionnelle n'est pas susceptible d'appuyer le développement de normes et il ne fait pas partie du processus de création rationnelle du droit.

⁴⁸³ *Id.*, p. 157. Les juristes romains ont formalisé la manière de révéler le droit en utilisant la *responsa*, sorte d'opinion juridique qui était délivrée aux juges.

d'un effort de systématisation du droit charismatique⁴⁸⁴. Le droit des princes a pris forme à partir d'une rationalisation plus matérielle, car il fallait tenir compte des réalités politiques et sociales pour s'émanciper du droit naturel religieux. Aussi, l'organisation administrative et juridique de l'Église chrétienne du haut Moyen Âge favorisait l'intervention des princes dans l'administration de la justice et la création du droit, ce qui a eu pour effet de modifier le droit charismatique irrationnel et de le systématiser. Ces efforts de rationalisation sont présents notamment dans la procédure prétorienne de l'Antiquité, les capitulaires des rois francs et les innovations procédurales des rois anglais (la création de brevets pour initier ou renvoyer des recours devant les cours royales). La création d'une bureaucratie centralisée a contribué grandement à la systématisation du droit par les porteurs spécialisés chargés d'appliquer le droit dérivé de l'*imperium*⁴⁸⁵.

La dernière étape du processus de rationalisation du droit décrit par Weber fut le droit formellement rationnel des Pandectistes allemands du XIX^e siècle. Dans cette dernière phase, la spécialisation juridique a donné naissance à un système basé sur la sublimation logique et la rigueur déductive du droit⁴⁸⁶. Ce droit dit « moderne » favorise un relâchement du formalisme juridique en y substituant un modèle de libre appréciation de la preuve. Le droit, qui est de plus en plus rationnel et formel, est composé de règles abstraites, générales et systématisées, qui peuvent être appliquées de manière objective par un « juge-automate », métaphore utilisée par Weber pour désigner le type de juge dans un tel système

⁴⁸⁴ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 137. Le droit canon, le Code de Manou (droit indien), le droit talmudique et islamique sont autant de systèmes juridiques qui, tout en ayant un caractère religieux, présentent certaines caractéristiques de formalisation et de rationalisation du droit, bien qu'à un degré bien moindre pour ces derniers (droits indien, talmudique et islamique) que pour le droit canon qui, lui, s'est abondamment servi des formes rationnelles élaborées dans le droit romain.

⁴⁸⁵ *Id.*

⁴⁸⁶ *Id.*, p. 221.

juridique⁴⁸⁷. Grâce au développement interne de la pensée juridique, le droit augmente l'interprétation signifiante des normes et des transactions juridiques⁴⁸⁸.

1.3 Du contrat-statut au contrat-fonction

L'idée de contrat en tant que forme de création de droit est un concept qui remonte assez loin dans le temps. Le « pacte » entre l'autorité et l'assemblée du peuple est l'essence du droit des groupements politiques primitifs à l'intérieur desquels aucun droit « nouveau » ne peut être créé sans l'assentiment du chef et du groupement qu'il dirige. Le lien féodal est également dans sa nature profonde un contrat⁴⁸⁹. L'évolution en cette matière se situe donc au niveau du type de contrat et des domaines dans lesquels il domine.

Dans le développement sociétal, la forme de l'accord consensuel est passée du contrat statut au contrat fonction. Le contrat statut est la forme originaire du contrat; c'est le moyen par lequel les droits des groupements familiaux et politiques sont créés, car avant l'apparition du marché, le droit a surtout pour fonction de régler l'état des personnes pour des raisons autres qu'économiques. Le contrat statut détermine la situation juridique et le statut social des individus en entier et seul ce type de contrat peut modifier ce statut⁴⁹⁰, lequel est déterminé au départ par leur condition de naissance. Il est souvent conclu par le serment des parties.

À l'opposé, le contrat fonction ne modifie pas le statut en entier de l'une des parties contractantes, car il ne porte que sur un bien et est étranger à la qualité de

⁴⁸⁷ M. COUTU, préc., note 225, p. 160.

⁴⁸⁸ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 223.

⁴⁸⁹ *Id.*, p. 49.

⁴⁹⁰ *Id.*, p. 46. Une autre démonstration de cette chronologie dans le développement du contrat est révélée par le fait qu'au début, la liberté contractuelle est la norme dans le droit familial, le droit successoral et le droit public, alors qu'elle est beaucoup plus limitée en ce qui concerne les autres modes d'acquisition de biens. La tendance est à l'effet contraire aujourd'hui, alors que le droit successoral et le droit familial limitent grandement les transactions juridiques consensuelles : *id.*, p. 50.

l'individu⁴⁹¹. Le développement marquant dans le cheminement du contrat statut vers le contrat fonction a été celui par lequel la responsabilité personnelle pour délit s'est transformée en obligation contractuelle au travers de la responsabilité pour expiation décidée dans le cadre de procédures judiciaires⁴⁹². Cette transformation a permis d'octroyer une protection juridique à l'inexécution d'une obligation contractuelle, la violation d'un contrat pouvant alors être considérée comme un dommage requérant compensation⁴⁹³.

Dans l'histoire du droit, les contrats fonction ont progressé en refoulant du même coup les contrats statut, comme les relations commerciales ont remplacé les relations fraternelles⁴⁹⁴. Bien que le développement du marché et l'utilisation de la monnaie aient donné au contrat son importance dans le droit moderne, le principe de la liberté contractuelle n'existe que si une telle autonomie est nécessaire et reconnue par l'ordre juridique. Le droit de contracter est donc un droit subjectif qui doit être reconnu par le droit

⁴⁹¹ Le contrat monétaire, qui est « l'archétype du contrat fonction », a permis notamment dans le droit romain de se débarrasser du caractère sacramental de la transaction juridique et a eu un effet positif sur la sécularisation du droit : *id.*, p. 53.

⁴⁹² Dans le droit des sociétés archaïques, les procédures judiciaires sont des procédures de conciliation entre différents groupements; elles sont donc réservées aux cas de dissensions claniques. Lors de la commission d'un délit par un membre d'un clan, la responsabilité délictuelle du clan en entier est engagée de la même façon que celle de l'auteur du délit : *id.*, p. 56-57. Or, dans le droit primitif, l'exécution sur les biens du débiteur n'existe pas et le créancier ne peut s'en prendre qu'à la personne du débiteur. Ce n'est que très graduellement que l'exécution forcée sur la personne du débiteur peut se transposer sur ses biens. Le prévenu poursuivi est donc amené physiquement devant la justice pour y répondre de ses actes. Pour éviter d'être importuné pendant toute la procédure, le débiteur peut toutefois fournir une sécurité, tels une caution ou un gage. Les obligations contractuelles les plus anciennes sont donc celles qui résultent de la mutation d'actes de procédures judiciaires en transactions juridiques à l'extérieur du procès afin d'éviter la contrainte par corps. En droit romain, ce type d'obligation est appelé *nexum* et *stipulatio*, et en droit germanique, *wadiatio*. Il faut attendre au XIX^e siècle pour que cesse totalement la responsabilité sur la personne même du débiteur : *id.*, p. 59.

⁴⁹³ Selon Weber, « la rationalisation économique du droit favorise l'apparition d'une conception voulant que la responsabilité pour expiation ne soit pas tellement un rachat de la vengeance qu'une compensation pour le dommage subi ». L'origine mixte de l'obligation est toujours présente dans plusieurs systèmes juridiques contemporains. En Angleterre, la notion de *trespass* renvoie encore à une obligation à la fois contractuelle et délictuelle : *id.*, p. 60.

⁴⁹⁴ *Id.*, p. 91. Avec l'édification du concept de personne morale, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions furent créées pour satisfaire à la réalité des relations commerciales ayant remplacé les relations fraternelles.

objectif⁴⁹⁵. De plus, si la diminution de la contrainte et de la coercition dans les relations sociales résulte de l'accroissement de la liberté individuelle d'utiliser le pouvoir de contracter sans la menace de normes prohibitives, cette situation ne confère véritablement un avantage qu'à ceux qui sont en mesure d'en tirer profit. Ce qui fait dire à Weber que la mesure exacte de la liberté dans un système juridique dépend de l'ordre économique concret et ne peut aucunement être déduite du contenu du droit⁴⁹⁶.

1.4 La dissolution du droit naturel

Dans l'histoire, les principes dérivés du droit naturel ont eu une grande influence au niveau de tous les modes de production du droit. L'origine du droit naturel (*lex naturae*) remonte aux stoïciens de l'époque romaine. Il fut utilisé par l'Église chrétienne d'Occident pour « jeter un pont entre sa propre éthique et les normes laïques »⁴⁹⁷. Le concept est réapparu pendant la Renaissance alors que l'idée d'une harmonisation avec la nature dans tous les domaines prenait de plus en plus de place. Pendant le Siècle des Lumières, le principe d'un droit naturel a été repris pour appuyer la nouvelle pensée de philosophie politique selon laquelle tous les individus naissent égaux et pourvus de droits innés.

⁴⁹⁵ La possibilité offerte par le droit moderne d'utiliser l'institution contractuelle pour créer de toutes pièces des contraintes juridiques affectant même des tiers, est le « produit de l'unification et de la rationalisation du droit liées à la monopolisation officielle de la création du droit par les groupements politiques modernes organisés institutionnellement » : *id.*, p. 75.

⁴⁹⁶ Bien que la liberté contractuelle ait progressé dans le droit moderne, c'est uniquement dans l'ordre économique que l'on peut mesurer l'étendue de cette liberté ou de cette absence de contrainte juridique. La possibilité offerte par le droit de conclure n'importe quel type de contrat ne signifie pas, par exemple, que l'ouvrier est totalement libre d'imposer les conditions de son emploi :

« La liberté contractuelle a donc en tout premier lieu le résultat suivant : elle offre la chance par une utilisation intelligente de biens sur un marché libre d'acquérir un pouvoir sur d'autres. Les intéressés au pouvoir sur le marché sont donc les intéressés d'un ordre juridique de ce genre. Leurs intérêts sont garantis par la création de « pouvoirs de droit » qui créent les schémas d'accords valables. En cas de liberté formelle, ils peuvent être utilisés par tous, en fait cependant ils ne sont accessibles qu'aux possédants et ne font qu'étayer l'autonomie et la position dominante de ces derniers » : *id.*, p. 113.

⁴⁹⁷ *Id.*, p. 209.

Le droit « naturel », que Weber qualifie de « droit du droit »⁴⁹⁸, acquiert une certaine « force sociologique » lorsque la vie juridique est influencée de manière véritable par certaines maximes juridiques qui ne font pas partie du droit positif, mais qui sont néanmoins considérées comme ayant une force obligatoire et ne peuvent donc de ce fait être abrogées par le droit positif. De ce fait, le droit naturel formel peut être considéré comme un droit révolutionnaire, car il justifie le recours à des normes qui ne sont pas celles de l'ordre juridique en vigueur, mais qui sont plus justes que celles qui sont effectivement appliquées⁴⁹⁹.

Le type le plus pur de ce droit naturel est celui qui a été élaboré au XVII^e siècle et qui repose sur un mélange de liberté individuelle et de théorie contractuelle. La liberté individuelle de contracter est le fondement de ce droit naturel⁵⁰⁰. La nature et la raison sont les deux critères matériels du droit naturel légitime, car ce qui est conforme à la raison humaine est aussi en accord avec la nature des choses. Le droit naturel supra positif est ainsi légitimé du fait de son caractère raisonnable. Grâce à l'intrusion du concept de raison dans le droit naturel, on autorise la prise en considération de critères utilitaristes⁵⁰¹. Le droit positivé favorise, dans une certaine mesure, la soumission effective à l'égard des pouvoirs

⁴⁹⁸ *Id.* Weber donne au droit naturel la définition suivante :

« Le droit naturel est l'ensemble des normes qui ne sont pas légitimes en vertu d'une législation légitime, mais en vertu de leurs qualités immanentes. C'est la seule forme spécifique et conséquente de légitimité qui puisse subsister quand les révélations religieuses et la sainteté autoritaire de la tradition et leurs servants auront disparu ».

⁴⁹⁹ Le droit naturel formel est invoqué par les classes sociales contestant l'ordre établi pour justifier leur pouvoir de créer du droit : *id.*, p. 209. La bourgeoisie s'est notamment servie du droit naturel formel pour revendiquer des droits face au pouvoir politique : *id.*, p. 216.

⁵⁰⁰ Selon Weber, les jugements de la Cour suprême des États-Unis qui refusaient de reconnaître la validité des lois protégeant les travailleurs (en modifiant de manière obligatoire le contenu des contrats libres de travail) furent rendus dans le prolongement de cette conception *jusnaturaliste* de la liberté contractuelle : *id.*, p. 211.

⁵⁰¹ C'est cette incorporation du concept de raison qui aurait par ailleurs permis à la Cour suprême des États-Unis « de se libérer du droit naturel formel » et d'admettre la validité des lois sociales : *id.*, p. 213.

politiques et juridiques qui sont dès lors considérés du seul angle utilitariste⁵⁰². En ce qui concerne les juges, ceux-ci ont toujours été enclins à utiliser des principes métajuridiques dans leur volonté de s'opposer aux pouvoirs patriarcaux (comme nous le verrons dans la troisième partie), au nom de motifs idéologiques comme la lutte à l'arbitraire royal.

Avec les progrès du positivisme juridique, les dogmes jusnaturalistes formel et matériel sont peu à peu tombés en déchéance et font maintenant difficilement leur chemin jusqu'au jugement. La dissolution du droit naturel ne veut pas dire toutefois que l'ensemble des sources métajuridiques du droit s'est volatilisé. La dogmatique juridique n'a jamais renoncé à remettre à l'ordre du jour des discussions sur les fondements du droit la question d'un droit supérieur fondé philosophiquement qui viendrait corriger les avatars du droit positif⁵⁰³. Le recours au droit naturel est d'ailleurs maintenant la seule solution de remplacement à la légitimation externe de l'ordre légal moderne, étant donné la désuétude de la tradition et de la religion en tant que systèmes de légitimation normative⁵⁰⁴.

Section 2 La formalisation du droit moderne

Nous avons déjà fait état dans la première partie, de la typologie du droit conceptualisée par Weber selon le niveau de rationalité des types d'ordre juridique, et en fonction de l'aspect formel ou matériel des modes de création et de découverte du droit⁵⁰⁵.

⁵⁰² Étant donné cette vision du droit entretenue par les autorités, qui devient pour ainsi dire « légitime » du seul fait de son existence, les efforts de légitimation du droit positif sont de beaucoup réduits, même si, par ailleurs, les règles juridiques concrètes sont plus susceptibles de faire l'objet de contestations : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 217.

⁵⁰³ M. WEBER. *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 164. Le rôle des praticiens du droit à cet égard est parfois contradictoire; même s'ils représentent une force conservatrice étant donné leur position de classe qui les place au-dessus des classes ouvrières, ils se sont souvent fait dans le passé les champions de l'égalité juridique formelle et des droits des non-privilegiés. Ce changement d'attitude chez les juristes et les juges qui sont maintenant de plus en plus rangés du côté de l'ordre dominant serait dû, selon Weber, à la dissolution du droit naturel dans le droit moderne, *id.*, p. 218.

⁵⁰⁴ R. BENDIX, préc., note 49, p. 420.

⁵⁰⁵ *Supra*, partie I, titre II, chapitre 2, section 3.3

Par droit formel, Weber entend un droit élaboré à partir de critères qui sont intrinsèques au système juridique et non pas issus de dimensions extérieures comme la religion, l'éthique ou la politique⁵⁰⁶, tandis que le concept de rationalité renvoie à un droit qui est basé sur des critères applicables à tous les types de cas, ce qui exclut le droit d'exception, le régime de personnalité des lois et les privilèges⁵⁰⁷.

Selon Coutu, Weber a distingué deux types de droit formel⁵⁰⁸. Dans le premier type, « les caractéristiques juridiquement importantes possèdent un aspect tangible » — ce qui correspondrait à la *common law* anglaise, alors que dans l'autre, les caractéristiques juridiques prennent la forme d'interprétations logiques significatives et de concepts juridiques qui sont ensuite appliqués en tant que règles abstraites – ce qui répond à la définition du droit continental européen. Dans le tableau évolutif de la transformation historique du droit, c'est la rationalisation du droit qui s'impose progressivement, tant au niveau de la forme que de l'aspect matériel; le droit positif représente d'ailleurs le dernier chapitre du procès de rationalisation du droit. Weber a aussi voulu répondre à la question de savoir pourquoi le droit logiquement rationnel a émergé uniquement en Occident. La formalisation du droit a été, selon lui, le résultat combiné des efforts de systématisation des porteurs spécialisés et des intérêts politiques du prince et de l'État⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Le caractère formel ou non du droit mesure le degré d'autonomie de l'ordre juridique vis-à-vis les principes matériels issus de la religion, de l'éthique ou de la moralité.

⁵⁰⁷ D.M. TRUBECK, «Max Weber on Law and the Rise of Capitalism», préc., note 48, p. 729.

⁵⁰⁸ M. COUTU, préc., note 225, p. 130.

⁵⁰⁹ A. BUSS, préc., note 65, p.141. Bien que Weber ait admis que le droit a parfois fait écho aux intérêts purement économiques de la bourgeoisie, c'est parce que le prince était désireux de les avantager et qu'ils servaient en même temps «ses intérêts fiscaux et politiques» : M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 194. Il écrit:

« Quoi qu'il en soit l'intrusion de *l'imperium*, spécialement l'intrusion de *l'imperium* du prince – d'autant plus importante que son pouvoir est fort et stable – dans la vie juridique contribue partout à l'unification et à la systématisation du droit c'est-à-dire à la codification. Le prince veut de l'«ordre» ainsi que de l'«unité» dans son royaume. Et, à vrai dire, il le veut dans un but qui correspond à la fois aux besoins techniques de son administration et aux intérêts de ses fonctionnaires. L'utilisation indistincte de ces derniers sur toute l'étendue de

Une des phases importantes de cette formalisation du droit occidental s'est réalisée au moment de la différenciation du droit religieux et séculier⁵¹⁰. La séparation du *fas* et du *ius* en droit romain, suivie de la différenciation du droit civil et du droit canon de l'Église catholique, a laissé le champ libre à la formalisation du droit séculier⁵¹¹. Cette séparation du droit et de la religion permet au droit de se différencier matériellement de concepts éthiques et moraux, pour constituer une sphère autonome de régulation sociale⁵¹². Une autre répercussion de cette séparation s'est matérialisée dans la rationalisation du droit et de la religion. C'est d'ailleurs cette rationalisation parallèle des deux champs d'activité sociale qui a provoqué une césure dans l'unité des valeurs, déchirure qui est, selon Weber, à l'origine du polythéisme des valeurs chez les individus⁵¹³. Comme nous le verrons dans la troisième partie, cette opposition des valeurs domine maintenant les débats judiciaires en matière de protection des droits fondamentaux. Elle complique de ce fait la tâche du système judiciaire et son entreprise d'autolégitimation.

son royaume est rendue possible grâce à l'unité juridique. [...] En général les fonctionnaires désirent un droit clair et compréhensible, les classes bourgeoises une juridiction sûre » : *id.*, p. 195.

⁵¹⁰ Comme nous l'avons vu, ce seuil historique ne sera pas franchi de manière aussi tranchée dans le droit musulman, le droit indien et le droit hébreu.

⁵¹¹ *Id.* Dans la chrétienté, le droit religieux se développera de façon parallèle au droit positif et lui fera même concurrence à titre de droit supra-positif maquillé en «droit naturel» basé sur des principes philosophiques.

⁵¹² Lorsqu'il n'y a pas de différenciation entre les préceptes religieux et le droit laïc, la confusion subsiste entre les règles sacrées et les obligations civiles, et aucun droit formel ne peut se créer: M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 164 :

« Il en résulte une imbrication floue de devoirs éthiques et de devoirs juridiques, d'exhortations morales et d'obligations juridiques sans aucune rigueur formelle : bref un droit spécifiquement non formel » :

⁵¹³ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221 , p. 71.

2.1 Les porteurs spécialisés

Le rôle des porteurs spécialisés est d'une très grande importance dans la thèse de Weber sur la rationalisation progressive du droit, comme le démontre l'extrait suivant tiré de sa sociologie du droit :

« L'évolution générale du droit et de la procédure conduit de la révélation charismatique du droit par des «prophètes du droit» à une création et à une découverte empiriques du droit par des notables de la robe (jurisprudence de cautèle et les antécédents judiciaires), de là, à l'octroi du droit par l'imperium laïc et les pouvoirs théocratiques, et enfin, à une élaboration systématique et spécialisée du droit [...] se développant grâce à une formation littéraire et formellement logique en tant qu'œuvre de savants (les juristes professionnels) »⁵¹⁴.

Le droit occidental est le fruit de la rationalisation opérée par les porteurs spécialisés; c'est, comme l'écrit Weber, une œuvre de savants. Comme dans la sphère religieuse, la rationalisation est le fruit d'un travail de systématisation réalisé par les professionnels du droit. Les premiers efforts dans cette direction ont été réalisés à Rome par les jurisconsultes. Cette catégorie de juristes professionnels dominait la formation juridique et détenait un quasi monopole sur l'interprétation du droit, à la suite notamment de l'édit d'Auguste imposant l'obligation nommée *responsa*, sorte de procédure judiciaire formelle utilisant un langage juridique ultra spécialisé qu'il fallait respecter à la lettre, d'où l'importance de consulter ces professionnels du droit avant de l'entreprendre.

La formation d'un langage spécialisé et l'influence des jurisconsultes expliquent comment le droit romain s'est détaché rapidement de l'univers religieux. Le droit canon, qui fut le produit de la réforme grégorienne au sein de l'Église⁵¹⁵, contribua lui aussi à la

⁵¹⁴ M. WEBER. *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 221.

⁵¹⁵ Selon l'historien Berman, la réforme grégorienne, qui opéra la séparation du pouvoir temporel et spirituel au sein de la Chrétienté, fut une véritable révolution : H. BERMAN, *Droit et révolution*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002.

rationalisation du droit occidental. Ce droit sacré, inspiré des concepts du droit romain, opéra une véritable séparation d'avec le droit coutumier séculier, qui aura ainsi toute la liberté pour se développer de façon autonome. Le droit canon contribuera à la réception du droit romain en Europe, et les règles procédurales de la curie pontificale serviront de modèle pour la centralisation de l'administration de la justice⁵¹⁶.

Le processus de rationalisation du droit continuera de se développer en Europe sous l'influence du droit romain, qui fut redécouvert dans les universités italiennes aux XI^e et XII^e siècles, et en Angleterre, même si cette progression s'effectua de manière différente et plus lente que sur le Continent. La progression de la rationalisation du droit anglais est moins perceptible, notamment parce que la systématisation du droit anglais repose plus sur la formulation de solutions juridiques à des problèmes pratiques, et moins sur des concepts juridiques abstraits⁵¹⁷. Cependant, par la création d'une tradition juridique et par la sécularisation du droit, cette œuvre de rationalisation fut tout aussi grande en Angleterre que dans les pays de droit continental⁵¹⁸.

En Angleterre, comme nous le verrons un peu plus loin, c'est grâce aux efforts de juristes professionnels formés dans les *Inns of Court*, des corporations professionnelles réunissant les juristes, que le droit a pu se différencier et devenir une formation intellectuelle réservée à un corps d'artisans spécialisés. Ces corporations, fonctionnant comme des monopoles, ont restreint l'accès à la pratique juridique seulement à ceux qui faisaient partie de leurs rangs⁵¹⁹. On peut aussi avancer que les juges des cours anglaises

⁵¹⁶ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221, p. 79.

⁵¹⁷ Selon Weber, le droit anglais était un droit plus empirique, enseigné de manière artisanale par les praticiens du droit à partir de la résolution judiciaire de cas concrets dont on pouvait, de manière inductive, tirer des règles générales pouvant gouverner des cas semblables. De plus, étant très près des besoins de leurs clients, les avocats anglais étaient souvent les porte-paroles spécialisés des intérêts de leur clientèle.

⁵¹⁸ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221, p. 74.

⁵¹⁹ A. BUSS, préc., note 65, p. 140. L'une des raisons qui expliquent le développement différent de la professionnalisation du droit en Angleterre et en Europe continentale est la décentralisation de l'administration de la justice dans les pays du continent, qui a eu pour effet de séparer dès le début les

traditionnellement choisis parmi les anciens avocats membres des corporations (et c'est encore le cas de nos jours) ont eux-mêmes pris part à la grande œuvre de rationalisation de la *common law*. Dans le droit anglo-saxon fondé sur l'application de précédents, le rôle des juges comme porteurs spécialisés sera nécessairement plus important que celui du magistrat dans le droit continental.

Mais la vraie rationalisation du droit occidental, selon Weber, a été l'œuvre des théoriciens du droit formés dans les universités de l'Europe continentale. Ces universitaires ont dominé la formation intellectuelle et professionnelle des juristes. S'occupant de la mise en forme logique et systématique du droit, au point même d'en négliger les aspects pratiques et de faire fi des réalités sociales nécessitant des solutions pragmatiques qui ne vinrent jamais, les juristes de l'Europe continentale ont appris très tôt dans leur carrière à dissocier la formation juridique des attentes normatives particulières portées par leur clientèle⁵²⁰.

Le rôle important attribué par Weber aux porteurs spécialisés dans la rationalisation du droit moderne vient appuyer la thèse du développement autonome de la sphère juridique selon une logique interne particulière. Si le droit ne s'est pas développé en isolement du monde extérieur, comme l'a admirablement démontré Weber dans son exposé des transformations historiques du droit, il n'en demeure pas moins que ce sont les conditions intérieures au droit qui sont en grande partie responsables de la formalisation du droit moderne⁵²¹. Le développement des normes juridiques sera aussi stimulé par l'activité

fonctions d'avocat et de magistrat (en deux groupes, l'un pour le parquet et l'autre pour le siège), empêchant ainsi les corporations professionnelles de juristes de devenir très puissantes. Comme nous le verrons également dans la troisième partie de la thèse, d'autres différences dans le développement de la fonction de justice en Angleterre et sur le continent, notamment en ce qui concerne sa position relative dans l'administration étatique, expliquent la progression différente du processus de différenciation du droit et de la justice dans les deux types d'ordres juridiques occidentaux.

⁵²⁰ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221, p. 75.

⁵²¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 141. Pour Weber, c'est de façon très indirecte que les conditions économiques et sociales ont influencé le développement du droit.

de ceux pour qui le droit a une importance, comme les artisans et les commerçants, ceux que Weber appelle les « intéressés au droit »⁵²². Cette influence est nettement plus forte dans le droit anglo-saxon que dans le droit continental, en raison de la structure interne des corporations professionnelles de juristes, de l'enseignement du droit axé essentiellement sur l'activité concrète et de la nécessité de trouver des solutions pratiques à des problèmes empiriques⁵²³.

2.2 Différenciation du droit formel et matériel; vers la justice et l'égalité formelles

Le droit moderne est un droit de juriste au niveau formel et un « droit du peuple » au niveau matériel⁵²⁴; il est formellement rationalisé et construit par des professionnels formés au droit, mais son contenu est en grande partie insufflé par les attentes des intéressés. L'instauration d'une justice formelle est aussi une conséquence de la rationalisation du droit et de la différenciation du droit formel et du droit matériel. Dans la période prémoderne, il n'y a en effet pas de différenciation entre la procédure et le droit substantif. Dans le droit romain et dans le droit anglais par exemple, le droit substantif n'est reconnu devant la justice que s'il peut être invoqué dans le cadre très précis d'une formule ou d'une plainte déjà existante. La procédure primitive de nature magique est à l'origine de la qualité formelle du droit : seule la formulation d'une question sacramentelle peut alors mener à la reconnaissance d'un droit. Le principe de notre procédure civile⁵²⁵, maintes fois

⁵²² *Id.*, p. 123. Les intéressés au droit, de concert avec leurs conseillers juridiques, délimitent leurs sphères d'intérêts respectifs et standardisent des conventions et des « accords rationnels en finalité ». Ainsi, les « sources primaires des normes juridiques » sont donc, au commencement du droit, formées par les conventions des intéressés et les précédents des juges.

⁵²³ D'où la qualification du droit anglais par Weber de « jurisprudence de cautèle » : *id.*, p. 144.

⁵²⁴ *Id.*, p. 140.

⁵²⁵ Au Québec, l'article 2 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, énonce ce qui suit :

« [L]es règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. [...] »

réitéré par les tribunaux, selon lequel la forme ne doit pas l'emporter sur le fond, est tout simplement inexistant dans l'ancien droit où, sans forme, il n'y a pas de droit qui tienne⁵²⁶.

La transformation de la justice patrimoniale du prince en méthode d'arbitrage et de résolution des conflits entre parties égales a constitué cette étape essentielle de la formalisation du droit. Comme nous le verrons dans la troisième partie, cette évolution de la fonction de justice sera l'une des conséquences de la « Glorieuse révolution » en Angleterre, en raison du transfert du pouvoir de contrôle sur les juges, du roi vers le Parlement. La formalisation de la justice se produira aussi en France, avec la disparition des cours souveraines après la Révolution française et la limitation du pouvoir créateur des juges.

2.3 L'éradication des privilèges

Les systèmes juridiques des sociétés prémodernes ne sont pas fondés sur des normes générales universalistes, mais plutôt sur des droits spéciaux qui accordent des privilèges au bénéfice de certaines catégories de personnes ou de biens : « le droit est un privilège de personnes ou de choses ou d'une masse de personnes ou de choses »⁵²⁷. C'est le régime de la personnalité des lois qui domine⁵²⁸. La plupart des droits existants sont liés au statut des personnes, ou aux biens qu'ils possèdent; ces droits confèrent des privilèges aux individus

⁵²⁶ Jean GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, p. 395.

⁵²⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 79. Cette caractéristique fondamentale du droit ancien sera à l'origine de la Révolution française alors que le régime des privilèges sera combattu avec force par les révolutionnaires du Siècle des Lumières.

⁵²⁸ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 77. Par exemple, à Rome, c'est le *jus civile* qui détermine les normes applicables aux citoyens romains (le droit romain n'a donc jamais compris l'ensemble du droit privé), alors que c'est le *jus gentium* qui règle les litiges entre personnes qui n'ont pas la citoyenneté romaine. De même, en Angleterre, avant la création des tribunaux royaux appliquant la *lex terrae*, chacun revendique le droit d'être jugé selon le droit spécial applicable au groupement duquel il se réclame : *id.*, p. 82-85. Comme l'écrit Weber, « [L]individu emporte partout sa confession juridique. » (p. 77).

ou à des objets dont la possession détermine la participation au droit spécial⁵²⁹. Il y a aussi une multiplicité de régimes juridiques qui coexistent et parfois s'entrecroisent, car la multiplication des groupements engendre la possibilité d'une pluralité de liens d'appartenance des individus à l'un ou l'autre de ces groupements. Ce pluralisme juridique est la cause de la concurrence pour le monopole sur le droit à laquelle se livreront plus tard les autorités politiques.

Dans le même ordre d'idées, la distinction faite aujourd'hui entre le droit privé et le droit public est, d'un point de vue tant sociologique que juridique, difficile à reconnaître historiquement. D'ailleurs, cette différenciation n'est pas univoque dans tous les systèmes, et certainement pas en ce qui concerne le droit ancien où elle est, en pratique, inexistante⁵³⁰; avant la période de systématisation du droit moderne, il y a fusion des domaines du « droit privé » et ceux du « droit public »⁵³¹. Par exemple, dans l'état patrimonial, le pouvoir de commandement est une prérogative, un privilège personnel (du père de famille, du propriétaire terrien, du seigneur) qui peut faire l'objet d'une transaction juridique comme n'importe quel autre droit subjectif « acquis »⁵³².

L'universalisation des normes juridiques et l'intégration de tous les individus dans un seul droit général sont deux caractéristiques importantes du droit dans la modernité, bien que des particularismes juridiques continuent à exister. La base du droit moderne est le

⁵²⁹ C'est le cas notamment des droits rattachés à certains ordres comme les chevaliers, la noblesse et les membres d'une guilde. Dans le droit moderne, des droits spéciaux existent aussi, mais ils sont fondés sur des qualités purement économiques ou techniques, comme le droit des professions ou le droit des rapports collectifs de travail, et sont indépendants du statut à la naissance ou du style de vie : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 78.

⁵³⁰ *Id.*, p. 28. Pour ce qui est de la distinction entre droits réels et droits personnels, elle est apparue à l'époque où a émergé la notion de propriété individuelle, c'est-à-dire lorsque la domination stricte du clan sur la propriété foncière s'est effritée.

⁵³¹ Gérard GIORDANENGO, «De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *Cahiers de recherches médiévales*, 7 / 2000, mis en ligne le 03 janvier 2007 : <http://crm.revues.org/index880.html>, consulté le 30 avril 2009.

⁵³² M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 28.

PARTIE II – TITRE I – LES TRANSFORMATIONS DU DROIT
 CHAPITRE 2 - LE DÉVELOPPEMENT DES MODES DE CRÉATION DU DROIT

principe de l'égalité juridique formelle des individus. Ce droit est l'aboutissement de l'œuvre des deux forces qui orientent le droit vers la rationalisation de ses concepts : l'extension de l'économie de marché et la bureaucratisation de l'administration publique et privée⁵³³. Grâce à ces deux développements évolutifs, qui font partie des « universaux de l'évolution » décrits par Parsons, le champ de création autonome des droits privilégiés par des confréries corporatives est remplacé par celui de la création autonome de droits privés au moyen de transactions juridiques ou par le biais d'une association comme la société par actions. Dans la suite de cette évolution, les deux caractéristiques dominantes du droit moderne sont l'unité du droit général et le monopole de création du droit dans l'institution étatique, laquelle doit voir à encadrer formellement la création autonome de droits par des groupements et associations privés⁵³⁴. Ce monopole de l'institution étatique sur le droit ne peut se réaliser que si tous les groupements sont tenus de se soumettre à un « droit pacifiquement appliqué par une juridiction organisée »⁵³⁵. Au niveau des droits des particuliers vis-à-vis de l'État, la différenciation de l'État des autres groupements rendra

⁵³³ *Id.*, p. 79 :

« Les forces décisives quant à ce changement dans les formes techniques de la création autonome du droit sont d'une part, au point de vue politique, les besoins de puissance ressentis par les souverains et fonctionnaires de l'institution étatique qui vont en se confortant, d'autre part au point de vue économique les intéressés au marché – à vrai dire pas exclusivement, mais dans une large mesure —, c'est-à-dire ceux qui sont privilégiés dans la libre concurrence sur le marché en vertu de leur position sociale en tant que propriétaires ».

⁵³⁴ Dans l'histoire du droit, toute tentative de centraliser dans une institution étatique ou bureaucratique le monopole de création du droit a été fortement opposée par les groupements politiques et les corporations. Weber écrit à ce sujet :

« Pour des raisons de politique et de police, la République a dû combattre avec vigueur les groupements privés. La démocratie se doit de craindre les associations formées par des économiquement et socialement puissants : la monarchie se doit de redouter les conséquences politiques de tout groupement non contrôlé. Le droit romain républicain et impérial ne connaît l'autonomie que sous forme de droit corporatif ou de droit d'association au sens moderne de ce mot. » : *id.*, p. 85-86.

⁵³⁵ *Id.*, p. 86.

moins accessible le droit de mettre en cause l'État devant la juridiction ordinaire⁵³⁶. Ce n'est qu'au XX^e siècle que l'État accordera aux particuliers ce droit pour mieux contrôler l'administration bureaucratique⁵³⁷.

2.4 La naissance du capitalisme

Weber était d'avis que le capitalisme avait besoin d'un droit calculable et prévisible, ce que le droit continental européen formel, systématisé et pourvu d'une cohérence interne semblait le plus en mesure de fournir⁵³⁸. Or, comme Weber l'a lui-même admis, le capitalisme a prospéré dans des systèmes juridiques fort différents, et même dans un système (le droit anglais) qui ne connaît pas le concept de « propriété dans son acception continentale »⁵³⁹. Ce qui a été vu comme un paradoxe dans l'application de sa thèse et qui est désigné sous le vocable de « problème anglais » soulève encore beaucoup de divergences entre les auteurs, notamment sur l'impact de cette présumée contradiction entre la théorie et la réalité empirique⁵⁴⁰.

Bien que Weber ait été convaincu que seule la structure du droit occidental moderne pouvait donner naissance au capitalisme, il n'a jamais établi de lien de causalité entre le développement du capitalisme et la formalisation du droit. Selon Weber, rien dans le système économique capitaliste ne favorise une « rationalisation du droit qui depuis

⁵³⁶ *Id.*, p. 93. En Angleterre et dans le Saint-Empire romain germanique, le souverain est considéré comme un simple détenteur de privilèges et peut être poursuivi en justice. De plus, en raison de l'influence du droit canon et de l'absence du concept de corporation tel qu'il s'est développé en droit germanique, c'est la Couronne anglaise qui est « investie de tous les droits et obligations du groupement politique » : *id.*, p. 103.

⁵³⁷ R. MELOT, préc., note 76, p. 149.

⁵³⁸ M. COUTU, préc., note 225, p. 136. Toutefois, selon Coutu, la notion de prévisibilité peut avoir deux sens, l'un systématique et l'autre empirique. Suivant le premier sens, la norme juridique entraîne des conséquences précises lorsqu'elle est appliquée selon une déduction purement logique. Sur le plan empirique, il s'agit plutôt de l'adéquation entre la norme de conduite et le comportement réel, autrement dit, la mesure de l'effectivité de la norme.

⁵³⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 229.

⁵⁴⁰ A. BUSS, préc., note 65.

l'enseignement romaniste universitaire du Moyen Âge est spécifique de l'Occident sur le continent »⁵⁴¹. Fait intéressant, Weber a affirmé que non seulement le développement prospère du capitalisme anglais et continental n'avait pas eu pour effet de rapprocher les deux systèmes, mais que dans un pays où les deux systèmes d'administration de la justice ont été en concurrence, comme au Canada, c'est le système anglo-saxon qui a été considéré supérieur et qui a détrôné rapidement le type continental⁵⁴².

Pour Weber, la différence entre le droit anglo-saxon et le droit continental n'est pas liée à des déterminants économiques – lesquels ont quand même joué un certain rôle –, mais à des facteurs qui ressortissent de la structure interne et du mode de fonctionnement des juristes professionnels, ainsi que des circonstances politiques propres au Continent et à l'Angleterre⁵⁴³. La forme artisanale de l'enseignement de la *common law* dans les corporations d'avocats en Angleterre a « produit un droit formaliste lié à des analogies et à des précédents », ce qui a empêché « tout aperçu systématique sur l'ensemble de la matière juridique »⁵⁴⁴. La systématisation du droit anglais aurait aussi été retardée par le développement tardif d'une bureaucratie centralisée⁵⁴⁵. Les jurisconsultes dominant le pouvoir judiciaire, il y a eu peu d'efforts vers une systématisation des principes. De plus, le pouvoir politique n'est pas intervenu pour établir des codifications systématiques, comme il

⁵⁴¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 232.

⁵⁴² *Id.*

⁵⁴³ *Id.*, p. 229 :

« La différence entre le droit continental et le droit anglo-saxon, même si des déterminants économiques ont joué, a été générée par des facteurs qui se rattachent à la fois à la structure interne et au mode d'existence des juristes professionnels et accessoirement à des raisons liées à la diversité des développements politiques ».

⁵⁴⁴ *Id.*, p. 144. Selon Weber, la pratique juridique ne cherche que la création de contrats et plaintes qui répondent aux besoins de la clientèle. Cela correspond selon lui à ce qu'en droit romain on a nommé la « jurisprudence de cautèle ».

⁵⁴⁵ *Id.*, p. 160.

l'a fait sur le Continent. C'est surtout pour cette raison que le droit anglais est un droit empirique, c'est-à-dire un droit qui n'est pas systématique et rationnel⁵⁴⁶.

Il importe de retenir des thèses wébériennes sur l'évolution des formes juridiques l'importance des facteurs causals qui ne sont pas strictement économiques, mais politiques et institutionnels. Les différences entre les systèmes juridiques sont surtout le fait des développements au niveau des rapports de pouvoir et de l'influence des juristes professionnels. Dans le prochain chapitre, nous examinerons les thèses de trois sociologues du XX^e siècle qui ont eux aussi formulé des théories sur la manière dont le droit se met au diapason du changement social. Les théories de Talcott Parsons, Niklas Luhmann et Gunther Teubner ont ceci de commun qu'elles ont toutes trois postulé l'évolution comme moteur du changement dans les systèmes juridiques. Contrairement à Max Weber qui avait, lui, occulté le mouvement évolutif dans son analyse des transformations historiques du droit, ces sociologues ont bien fait ressortir les liens existant entre la transformation de la structure sociale et les changements dans la normativité juridique. Pour ces sociologues de la modernité, c'est en raison de cette interdépendance mutuelle entre le droit comme mode de régulation des rapports sociaux et la société en tant que système social que l'évolution de l'un et de l'autre doit être étudiée ensemble.

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 229-230 : « Même de nos jours et malgré toutes les interventions de plus en plus fortes réclamant une formation scientifique, la pensée juridique anglaise est dans une large mesure un art "empirique" ».

CHAPITRE 3 L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME JURIDIQUE

Comme système social, le droit est une « machine historique ». Ce constat ne découle pas seulement du fait que son développement a une histoire, mais aussi parce que chaque opération du système a besoin de s'appuyer sur une composante interne déjà existante pour mener à bien son exécution⁵⁴⁷. Ceci signifie qu'il n'y a pas de véritable commencement à l'histoire du droit, uniquement une reconstruction du passé⁵⁴⁸. Considérant ce postulat, il n'est pas possible d'échapper à une perspective historique et évolutionniste pour l'étude du droit comme système.

Nous avons exposé dans la première partie la thèse de sociologie juridique qui postule que le droit est un sous-système issu de la différenciation fonctionnelle du système social. Le développement du droit a progressé en fonction des besoins du système social. Les mutations des formes principales d'organisation sociale (segmentation, stratification et différenciation fonctionnelle) ont entraîné des modifications identiques dans le système juridique, ceci afin de permettre aux nouvelles configurations juridiques d'offrir des solutions adaptées au degré d'évolution de l'organisation sociale. C'est pour mieux remplir sa fonction de stabilisation des attentes normatives dans le temps que le système juridique s'est différencié dans le système social. Les changements sociaux ont provoqué l'apparition de nouvelles attentes qui devaient ensuite être sélectionnées par le système juridique en fonction de ses propres programmes⁵⁴⁹.

Les sociétés segmentées n'avaient pas besoin d'une multitude de possibilités pour résoudre un problème sociétal donné. Dans ces sociétés, le droit contenait peu de normes et celles qui existaient étaient concrètes et précises. La pauvreté normative des sociétés

⁵⁴⁷ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 91.

⁵⁴⁸ N. LUHMANN, « Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System », préc., note 199, p. 1428.

⁵⁴⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 93.

simples s'explique aussi par l'absence de mécanismes de résolution des conflits intraclaniques ou intrafamiliaux. Le besoin de normes se faisait sentir uniquement au niveau des conflits entre groupes familiaux, afin d'éliminer les guerres privées qui ravageaient des familles entières et menaçaient la paix sociale.

Le passage vers les ordres sociaux stratifiés ou hiérarchiquement différenciés va stimuler la production de règles et la variation des structures normatives⁵⁵⁰. La multiplication des possibilités de communication sociale à la suite de la division du travail social et du développement de l'économie de marché permettra la création de formes juridiques diverses, rendant ainsi moins impérieuse la limitation de l'accès aux tribunaux judiciaires imposée dans les systèmes de droit continental (*l'actio*) et en *common law* (le *writ*). À mesure que les sociétés se développent, les normes deviennent plus abstraites et plus générales pour pouvoir couvrir les situations différentes créées par la multiplication des possibilités offertes dans les sociétés plus différenciées. Pour gérer cet accroissement des possibilités, le droit doit aussi être plus facilement altérable.

Dans les sections qui suivent, nous verrons comment les théoriciens contemporains ont expliqué la variation dans les systèmes juridiques qui relèvent de la civilisation occidentale.

Section 1 L'évolution vers le système légal universaliste

Dans la première partie, nous avons fait état des seuils historiques significatifs identifiés par Talcott Parsons dans son étude de l'évolution des sociétés⁵⁵¹. Ces seuils de développement ont été identifiés pour leur qualité première, qui a été celle d'accroître la capacité adaptative générale du système social et de donner ouverture à d'autres possibilités

⁵⁵⁰ C'est au niveau de la sélection des normes que les difficultés surgissent. En ce qui concerne les sociétés fonctionnellement différenciées, le surplus normatif crée surtout des problèmes au niveau de la stabilisation : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 88.

⁵⁵¹ *Supra*, partie I, titre I, chapitre III, section 1.

de développement structurel⁵⁵². L'institutionnalisation d'un système de droit universaliste figure parmi ces seuils évolutifs. Il consiste en un système intégré de normes applicables à la société tout entière, et non pas uniquement à l'un de ses segments ou à quelques-unes de ses unités fonctionnelles, basé sur des principes généraux et relativement indépendant des unités religieuses chargées de la légitimation de l'ordre social ou des groupes d'intérêts actifs dans la fonction exécutive de la société, notamment au sein du gouvernement⁵⁵³. Lorsqu'il a atteint ce niveau de développement, le droit « assure l'indépendance des composantes normatives de la structure sociale vis-à-vis des exigences des intérêts politiques et économiques et des facteurs personnels, organiques et physiques qui opèrent par leur intermédiaire »⁵⁵⁴. C'est de ce développement important dont nous allons traiter dans la présente section.

Les deux éléments fondamentaux de tout système légal universaliste sont la codification de normes générales qui ne sont pas directement déduites de textes religieux, quand bien même elles tireraient leur origine première de l'univers religieux, et l'adoption de règles de procédure générale définissant les conditions dans lesquelles un jugement peut être rendu. Le droit des sociétés modernes est caractérisé principalement par le fait que la prise de décisions se déroule suivant une procédure distincte des critères et éléments substantifs du système juridique. C'est par le biais de la procédure que le système peut faire face à la contingence des situations et événements sans jugements prédéterminés⁵⁵⁵, ce qui est l'un des objectifs de la sécularisation du droit⁵⁵⁶. Ce critère distinctif d'un ordre

⁵⁵² T. PARSONS, “ Evolutionary Universals in Society ”, préc., note 24, p. 356.

⁵⁵³ *Id.*, p. 351.

⁵⁵⁴ T. PARSONS, *Sociétés: Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 35.

⁵⁵⁵ La neutralisation des influences de la stratification sociale ambiante sur le droit est un but inatteignable, mais qui avait déjà été identifiée dans l'Antiquité comme un objectif dont on devait se rapprocher le plus possible. Pour Aristote, les lois étaient préférables aux décisions des juges, en raison des affinités familiales et autres que les juges pouvaient entretenir à l'égard de certaines parties ou positions : N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 92.

⁵⁵⁶ Parsons, citant Weber, écrit que l'un des éléments importants dans le passage du droit prémoderne au droit moderne est l'institutionnalisation de tribunaux « professionnels » ayant d'autres fonctions que celle de

juridique moderne correspond à l'étape décisive de la différenciation du système judiciaire à l'intérieur du système juridique; la séparation de la fonction d'adjudication de celle de création du droit ou de découverte du droit représente un tournant crucial dans le processus d'institutionnalisation d'un système légal universaliste⁵⁵⁷.

Selon Parsons, le droit a joué un rôle déterminant dans le passage des sociétés du stade primitif au stade intermédiaire, puis au stade avancé ou moderne. Le développement d'un système de normes universel s'est opéré principalement par le moyen d'une différenciation du sous-système social intégrateur et du système politique axé sur la réalisation des buts collectifs⁵⁵⁸. Pour atteindre ce niveau de développement, et marquer le passage de la société intermédiaire à la société moderne, l'ordre normatif a été contraint de se séculariser, de façon à intégrer des principes universels, et être suffisamment général pour satisfaire au critère de ce que Weber a appelé la « rationalité formelle »⁵⁵⁹.

Selon Parsons, il n'est pas étonnant que dans le cycle de l'évolution historique du droit, la sécularisation du droit par la généralisation et l'universalisation des normes soit survenue sensiblement à la même époque que celle de la sécularisation du gouvernement par la différenciation de la fonction politique de l'univers religieux⁵⁶⁰. Comme nous le verrons tout au long de cette deuxième partie, la grande majorité des systèmes normatifs

permettre aux chefs politique et religieux de faire des démonstrations publiques d'autorité : T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 352.

⁵⁵⁷ Cette question cruciale pour notre thèse sera développée dans la troisième partie.

⁵⁵⁸ T. PARSONS, *Sociétés: Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 32.

⁵⁵⁹ *Id.*, p. 35.

⁵⁶⁰ *Id.* Dans les systèmes légaux à forte teneur religieuse, où une infraction à la loi constituait également une violation d'une interdiction religieuse (comme dans le droit talmudique ou islamique), il n'existait pas de norme légale qui ne soit pas directement liée à un texte religieux qui en fondait la validité et le caractère autoritaire. Dans ces sociétés, le droit ne constituait donc pas encore un mécanisme intégré de contrôle sociétal. De plus, ces systèmes étaient peu portés sur la formulation de principes généraux et favorisaient nettement la rationalité matérielle plutôt que formelle selon la classification de Weber (il y avait en effet fort peu de place dans de tels systèmes juridiques pour l'adoption de principes généraux permettant la prise de décisions selon une procédure uniformisée).

prémodernes, même dans les sociétés intermédiaires avancées, ont considéré le droit et la justice dans leur dimension essentiellement religieuse.

Dans l'histoire des premiers systèmes de droit, c'est le droit romain, surtout celui de la fin de l'Empire, qui a affiché un des plus hauts niveaux de formalisation et de différenciation, par rapport à l'univers religieux⁵⁶¹. Avec la fin de l'Empire romain⁵⁶², le droit romain s'est disséminé dans les coutumes des chefs barbares, puis, au XII^e siècle, il renaît dans les universités italiennes, principalement dans la forme que lui ont donnée les compilations de l'Empereur byzantin Justinien⁵⁶³. Ce « nouveau » droit romain est par la suite progressivement intégré aux principaux systèmes de droit des pays occidentaux, quoique de manière différente dans les pays de droit continental et en Angleterre où se développe un droit coutumier centralisé, la *common law*, et culmine graduellement dans la formation de l'État de droit, le *Reschtaat*⁵⁶⁴.

En Angleterre, le développement d'un système juridique universaliste progresse de manière plus rapide que dans les pays de droit continental, principalement par la différenciation d'un droit coutumier immémorial indépendant du contrôle politique. Bien que ce processus de différenciation débute dans ce pays dès le Moyen Âge (du fait de

⁵⁶¹ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 352; H. BERMAN, préc., note 515. Seul le droit romain s'est distingué des autres systèmes légaux prémodernes par le caractère formel de sa procédure et par l'indépendance du système légal face à l'univers religieux. Si, par ailleurs, le système judiciaire romain, qui était sous l'autorité du préteur, a toujours gardé un certain caractère politique, les jurisconsultes qui étaient, eux, de véritables professionnels du droit romain, ont contribué grandement à la systématisation de ce droit. Ce sont eux qui ont permis à ce droit de survivre et de renaître quelques siècles plus tard pour fonder, avec le droit canon, - un dérivé du droit romain, mais construit spécifiquement pour l'Église chrétienne - la tradition juridique occidentale.

⁵⁶² Selon Parsons, ce n'est pas le faible degré de formalisation du droit romain qui a entraîné le déclin de l'Empire, mais plutôt son faible degré d'institutionnalisation et son incapacité à inclure dans un même concept de citoyenneté l'ensemble des peuples conquis lors des campagnes militaires : T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 352.

⁵⁶³ Nous verrons plus en détail au titre II de cette deuxième partie quels furent les développements historiques qui ont mené à la réapparition du droit de l'Empire romain dans les systèmes juridiques occidentaux.

⁵⁶⁴ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 352.

l'imposition de la *Magna Carta* par les barons anglais en 1215 pour garantir le respect du droit coutumier représenté par la *legem terrae*), c'est au XVII^e siècle que ce processus trouva son achèvement dans une première conceptualisation du principe de l'indépendance judiciaire des tribunaux⁵⁶⁵.

Bien que Parsons se soit beaucoup inspiré de Max Weber dans sa conceptualisation des transformations historiques des systèmes sociaux, sa conclusion quant au type d'ordre juridique que constitue la *common law* se distingue fondamentalement de celle de Weber en ce qui concerne le degré de rationalité et de formalisme du droit anglais. Selon Parsons, la *common law* compte parmi les figures distinctives de la transition vers la modernité et constitue la forme la plus avancée d'un système légal universaliste⁵⁶⁶. Nous avons vu que pour Weber, ce n'est pas la *common law*⁵⁶⁷ qui constitue la forme la plus avancée d'un système légal universaliste, mais plutôt le droit continental européen, en raison du degré d'abstraction et de généralité plus élevé de ce droit, que Weber estimait supérieur à la *common law*, tant au point de vue formel que matériel.

Pour revenir à la thèse évolutionniste de Parsons, le développement d'un système juridique universaliste fut intimement lié au développement de l'économie de marché et de

⁵⁶⁵ Dès le début du XVII^e siècle en effet, comme nous le verrons de manière plus approfondie au titre II de cette deuxième partie, une certaine doctrine juridique fondée sur l'omnipotence de la *common law*, portée par son principal artisan le juge en chef de la Cour du banc du roi Edward Coke, s'est développée avec pour objectif de mettre un frein aux tentatives du roi Jacques 1^{er} d'utiliser la prérogative royale pour modifier le droit commun ou refuser de s'y soumettre : *id.*, p. 353.

⁵⁶⁶ *Id.* Il n'est pas étonnant selon lui que la révolution industrielle ait d'abord eu lieu en Angleterre. C'est aussi dans ce système légal que figurent les protections procédurales les plus développées. La *common law* en est ainsi venue à symboliser dans le monde occidental la forme la plus achevée d'un système juridique garant des droits individuels et des libertés fondamentales.

⁵⁶⁷ Selon Weber, la *common law* est un droit tangible, caractérisé principalement par une rationalité matérielle et qui ne se prête aucunement à la formulation de règles abstraites et générales applicables de manière universelle : *supra*, partie I, titre II, chapitre 1, section 3. En ce qui concerne par ailleurs les droits individuels et les garanties procédurales, lesquels constituent la marque distinctive du droit d'avancement du droit anglais, il semble que ces éléments de la structure de ce droit ne furent pas évalués par Weber.

la bureaucratie, car ces deux « universaux de l'évolution » ne pouvaient survenir et se maintenir sans l'appui d'un système juridique institutionnalisé prescrivant les conditions d'éligibilité aux postes dans la bureaucratie, et imposant des mécanismes pour réduire les capacités d'influence des groupes d'intérêts sur l'issue des décisions émanant de cette même bureaucratie. Enfin, sans le développement d'un système juridique universaliste, le dernier « universel de l'évolution », l'association démocratique, n'aurait pu se développer à son tour dans les grandes sociétés au plan démographique⁵⁶⁸.

Dans la société moderne complexe et différenciée, la fonction cruciale de l'association démocratique est donc de procurer des structures développées de participation dans la sélection de dirigeants et la formulation de politiques sociales, de même que la possibilité d'exercer une certaine influence dans les prises de décisions collectives⁵⁶⁹. Ces structures particulières sont nécessaires, puisque la généralisation du système de légitimation culturelle n'est pas suffisante pour assurer le consensus entre les différents groupes sociaux et garantir l'efficacité politique dans la prise de décisions collectives liant l'ensemble des groupes formant la population. À cet égard, puisque la fonction du droit n'est pas de produire un consensus entre les divers groupes d'intérêts ni de décider des orientations collectives qui lieront l'ensemble de la communauté sociétale⁵⁷⁰, le système

⁵⁶⁸ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 353. Il faut dire aussi qu'après Athènes et les autres cités grecques où il fut appliqué, le principe de l'association démocratique n'a pas complètement disparu de la carte géopolitique avant sa renaissance comme principe incontournable de la modernité. Il a survécu, dans une certaine mesure, dans l'Église chrétienne et dans les cités italiennes au Bas Moyen Âge. Il apparaît également en filigrane du long développement des assemblées parlementaires : *id.*, p. 353-354.

⁵⁶⁹ L'association démocratique est composée de quatre éléments principaux : l'institutionnalisation de la fonction de direction à l'intérieur d'un poste électif, qu'il soit individuel ou collégial, le droit de participation dans les décisions collectives par l'élection des représentants ou le vote sur des questions particulières, l'institutionnalisation d'une procédure électorale (un exemple de rationalisation formelle en ce qu'il dissocie le contrôle de l'activité de ses effets) et, enfin, l'adhésion volontaire des membres au groupe. En ce qui concerne les associations gouvernementales, l'adhésion volontaire est remplacée par l'universalisation du suffrage : *id.*, p. 354.

⁵⁷⁰ Même si ces deux universaux de l'évolution, le système juridique universaliste et l'association démocratique, sont intimement liés pour ce qui est du développement des sociétés modernes, ils ont, par ailleurs chacun une fonction sociale différente, mais interdépendante. L'association démocratique a besoin de

juridique et le système politique doivent demeurer différenciés afin de pouvoir opérer selon des codes différents⁵⁷¹.

Après l'analyse des universaux de l'évolution, on peut penser que la différenciation complète du droit, jusqu'au stade de sa reproduction autopoïétique, est le développement social le plus marquant de l'évolution sociale générale. Ce stade évolutif fut, d'une certaine manière, plus décisif pour la modernité que celui de la démocratisation des institutions sociales. Comme l'a écrit Parsons, la différenciation du droit et du système politique est une étape primordiale dans le développement de la modernité, dans la mesure où elle a permis d'assurer l'indépendance des composantes normatives en regard des intérêts politiques, économiques et de classe opérant dans le système politique et la structure sociale générale. De plus, c'est par l'intermédiaire d'une procédure fonctionnant de manière distincte des éléments substantifs du système normatif que le droit maintient son indépendance vis-à-vis des intérêts de groupes déterminés et qu'il assure son autonomie systémique.

Ces deux caractéristiques du droit dans sa phase moderne – l'indépendance des composantes normatives vis-à-vis des intérêts matériels et la disponibilité d'une procédure distincte du droit substantif — sont de première importance pour notre sujet de recherche. C'est autour de ces deux caractéristiques fondamentales du droit moderne que nous allons développer notre thèse sur la place des tribunaux dans le système juridique et la fonction de l'indépendance judiciaire.

l'appui d'un système légal universaliste définissant les règles de nomination et de conduite pour les postes électifs. En retour, l'association démocratique participe à la fonction de légitimation d'un système légal universaliste, et assure ainsi en partie son maintien : *id.*, p. 355.

⁵⁷¹ Plusieurs interprétations erronées concernant le droit sont issues de cette confusion entre la fonction propre à chaque sous-système. C'est en raison des différences dans le code et la fonction du droit qu'il n'est pas possible d'atteindre de résultat probant lorsqu'il est demandé à un sous-système en particulier (en l'occurrence au droit) de résoudre les problèmes fonctionnels qui relèvent d'un autre sous-système (celui de la politique, de la moralité ou de la religion, pour ne donner que ces exemples les plus révélateurs).

Section 2 L'évolution par la variation, la sélection et la rétention

Dans sa sociologie du droit, Luhmann s'est moins intéressé que Weber au détail des variations des institutions juridiques. Préférant concentrer ses recherches sur les fonctions du droit dans la modernité, Luhmann n'a pas tenté d'élucider les forces sociales ayant agi de manière causale sur le développement du droit. Au point de vue historique, Luhmann a divisé l'évolution des systèmes juridiques en deux périodes principales. La première période est celle du droit naturel immuable : pour être considérées comme valides et légitimes, les décisions qui émanent du système juridique doivent se fonder sur un droit préexistant, immanent. Dans la deuxième période, qui correspond à l'avènement du droit positif, le droit est considéré comme valide s'il est le résultat d'un processus formel de décisions prises par les autorités compétentes et selon la procédure prévue par la constitution.

Selon Luhmann, le système juridique a fait un bond évolutionnaire énorme lorsqu'il fut obligé de défendre son autonomie dans une société fonctionnellement différenciée⁵⁷². Le moteur de cette différenciation du système juridique a été le passage d'une société organisée sur la base d'un ordre social stratifié, à une société fonctionnellement différenciée aux prises avec la contingence des communications⁵⁷³. Cette étape de l'évolution du système juridique correspond à l'avènement du droit positif.

Dans la théorie luhmanienne, la différenciation sociale et l'augmentation de la complexité sociale sont les moteurs principaux de la transformation du droit occidental. Le postulat d'une autopoïèse⁵⁷⁴ indépendante du système juridique par rapport au système social a conduit Luhmann à postuler celui d'une évolution autonome du droit dans le

⁵⁷² N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 234.

⁵⁷³ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 247. La nécessité de résoudre les conflits et de gérer la dissidence figure parmi les éléments de base d'un système juridique différencié et fondé sur le droit positif, car dans une société pluraliste, la validité du droit ne peut dépendre du consensus.

⁵⁷⁴ *Id.*, p. 233.

système social⁵⁷⁵. Indépendance et autonomie ne veulent toutefois pas dire indifférence et autarcie; il n'a jamais été question de prétendre que le droit est en état d'isolement avec la société⁵⁷⁶. Le principe du développement autoréférentiel du droit signifie simplement que le droit change en réagissant à ses propres impulsions⁵⁷⁷.

Pour expliquer les étapes de l'évolution du système juridique, Luhmann s'est inspiré de la théorie darwinienne de l'évolution des organismes vivants⁵⁷⁸. La théorie évolutionniste présente l'avantage de partir des postulats de la différence et de l'accroissement de la complexité dans l'évolution⁵⁷⁹. Le défi était de transposer les trois concepts-clés de la théorie de Darwin — la variation, la sélection et la rétention⁵⁸⁰ - au processus d'évolution d'un système social différencié de son environnement. Selon Luhmann, l'évolution du droit en tant que système social s'est faite suivant ces trois phases et de manière circulaire⁵⁸¹.

L'évolution du système se produit lorsque les conditions suivantes sont « couplées » de manière conditionnelle (mais non nécessaire) entre elles : 1) variation d'un élément autopoïétique par rapport au mode antérieur de reproduction⁵⁸²; 2) sélection d'une

⁵⁷⁵ *Id.*, p. 233.

⁵⁷⁶ Les réticences de certains théoriciens du droit et de la société à accepter les thèses de la production autoréférentielle du droit viennent de leur mauvaise compréhension de ce qui signifie l'autoréférentialité du droit qu'ils assimilent à l'autosuffisance. Il est impensable pour eux d'admettre qu'une théorie du droit puisse être fondée sur l'idée que le droit se développe en dehors de la société.

⁵⁷⁷ G. TEUBNER, *Droit et autoréflexivité*, préc., note 29, p. 9.

⁵⁷⁸ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. xii.

⁵⁷⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 231. Luhmann justifie l'utilisation d'une double perspective évolutive et systémique par le fait que ces deux modèles de connaissance se présupposent réciproquement : l'évolution survient lorsqu'il y a reproduction déviante des systèmes. De plus, cette évolution ne peut survenir que si les deux conditions de « différence » et « d'adaptation » sont préservées dans la relation système/environnement, puisqu'autrement l'objet de l'évolution disparaît.

⁵⁸⁰ *Id.*

⁵⁸¹ *Id.*, p. 259.

⁵⁸² *Id.*, p. 230. Le système répond aux irritants externes par la variation et par la réutilisation de la stabilisation comme motivateur de l'innovation.

nouvelle « structure » permettant la reproduction autopoïétique; 3) rétention et maintien de la stabilité du système dans sa nouvelle forme. C'est l'interaction entre ces différents mécanismes d'évolution qui provoque le changement dans le système juridique⁵⁸³.

La question qui vient à l'esprit est celle de savoir comment la théorie de l'autopoïèse du système peut composer avec celle de l'évolution (et donc du changement de structure) du système. À partir du moment où le système autopoïétique se clôture opérationnellement pour la première fois, il évolue par la suite en réorganisant sa structure à partir des nouveaux éléments. Ensuite, par une clôture opérationnelle subséquente, le système exécute son autopoïèse sur la base de cette nouvelle structure. Étant donné la fonction du droit autopoïétique, qui est la stabilisation des attentes normatives dans le temps, la variation du système juridique s'effectuera par la communication de nouvelles attentes normatives. Dès la communication de ces nouvelles attentes, celles-ci seront ou non sélectionnées dans le système. Dans le cas où elles sont sélectionnées par le système, les nouvelles attentes sont intégrées par le système qui s'occupe ensuite de les stabiliser.

Le modèle luhmannien de développement du droit a l'avantage de reconnaître l'interaction entre l'autonomie et l'hétéronomie de l'évolution du droit à propos des changements qui ont lieu dans les autres sphères sociales. Il établit également un lien soutenu entre la fonction du droit et les modes de variation du système. Pour Teubner toutefois, la théorie de Luhmann est trop rigide et ne tient pas compte des phases qui précèdent l'autopoïèse du droit.

⁵⁸³ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, préc., note 29, p. 10.

Section 3 L'évolution du droit et de la société

3.1 Un modèle de coévolution des systèmes

Teubner s'est lui aussi inspiré de la différenciation fonctionnelle pour expliquer le développement systémique du droit. Son analyse des transformations historiques du droit se fonde sur une perspective évolutionnaire, qu'il distingue des thèses évolutionnistes⁵⁸⁴. Selon le modèle dit « évolutionnaire », qui se distingue du paradigme évolutionniste, l'évolution ne possède pas de logique déterminée, mais procède plutôt selon des mécanismes qui lui sont propres, en exécutant une recombinaison des programmes ayant apporté des résultats, et en en excluant d'autres qui n'ont rien donné⁵⁸⁵.

L'avantage du modèle reposant sur un programme évolutif aléatoire (et non prédéterminé) est qu'il laisse ouverte la possibilité de sélections qui ne mènent pas exclusivement vers l'avancement et le progrès, mais aussi vers des régressions, fusions, soumissions et dédifférenciations. La force explicative de ce modèle tient aussi dans sa capacité, même limitée, à prévoir les modifications de structure normative générale⁵⁸⁶. Les liens entre la théorie évolutionnaire et la théorie systémique sont d'autant plus faciles à établir qu'ils permettent la reconstruction de la réalité à l'aide des équivalents fonctionnels ou des alternatives. Cette reconstruction de la réalité sur la base de l'équivalence fonctionnelle permet de tenir compte à la fois des prévisions générales de structure et de la contingence de l'histoire. Les différences dans le développement du droit des sociétés

⁵⁸⁴ D'après Teubner, les théories évolutionnistes portent flanc à la critique, car elles reposent sur l'idée que l'évolution poursuit un but, une fin prédéterminée et qu'il existe une logique normative évolutive. Les théories évolutionnaires, en revanche, ne seraient pas téléologiques, mais « téléconomiques » : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 77.

⁵⁸⁵ *Id.*, p. 77.

⁵⁸⁶ *Id.*, p. 78. Teubner affirme, avec raison d'ailleurs, qu'une « théorie de l'évolution juridique ne sera donc jamais apte qu'à expliquer et à prédire des schémas structuraux du système juridique, et non pas des événements particuliers, par exemple les jugements d'une cour de justice, les lois ou les actes administratifs » : *id.*, p. 79.

modernes, même à partir de conditions sociales et politiques fort semblables, démontrent en effet qu'il n'existe pas qu'une seule solution juridique à un problème donné, mais une multitude de réponses fonctionnellement équivalentes.

Reprenant comme le fait Luhmann les trois mécanismes universels de la théorie darwiniste de l'évolution biologique (la variation, la sélection et la rétention)⁵⁸⁷, Teubner prend tout de même ses distances par rapport à de l'utilisation de concepts biologiques dans l'étude des systèmes sociaux. Ainsi, en ce qui concerne les unités évolutives, celles-ci ne sont pas composées par les individus ou les agrégats humains, mais plutôt par les idées, les coutumes et les phénomènes socioculturels en général⁵⁸⁸.

D'après Teubner, le concept-clé pour comprendre l'évolution du droit est celui d'autonomie, car celui-ci prend en considération que « la société et le droit représentent des systèmes communicationnels d'émergence »⁵⁸⁹. Le modèle préconisé par Teubner est donc celui de la coévolution, qui implique la cristallisation des trois mécanismes évolutifs identifiés plus haut à l'intérieur de systèmes clos au niveau opérationnel, mais ouverts au niveau cognitif par le biais des couplages structurels. Cette clôture du système en regard des mécanismes d'évolution permet d'expliquer comment le droit peut se maintenir au niveau contrefactuel, tout en étant constamment soumis à des pressions environnementales favorisant la variation. Il faut donc déplacer les trois mécanismes de l'évolution vers l'intérieur du système pour les subordonner à la logique de l'autopoïèse du système, dont la condition principale demeure l'autonomie systémique face à l'environnement extérieur. Ce sont les mécanismes juridiques internes qu'il faut examiner pour déterminer les conditions de l'évolution du système juridique, et non les facteurs externes qui se développent dans la société.

⁵⁸⁷ Dans le système juridique, la variation serait exécutée par les normes, la sélection par les structures institutionnelles (les procédures surtout), et la rétention par la dogmatique juridique : *id.*, p. 82.

⁵⁸⁸ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 83.

⁵⁸⁹ *Id.*

La logique de l'évolution autopoïétique du droit suppose que cette évolution n'est pas simplement le reflet des changements sociaux. La clôture autopoïétique du système juridique implique en effet que le droit ne peut être considéré simplement comme le produit normatif de l'évolution sociale. Tout au plus, les changements dans l'ordre social provoqueront des irritations aux frontières du système juridique. Les modifications au droit se feront en fonction des conditions internes du système, lesquelles décideront des changements à apporter aux programmes normatifs. Les critères de sélection des éléments de l'environnement qui pourront être acceptés par le système dépendront de la possibilité d'intégrer la modification dans les programmes juridiques existants et de la compatibilité avec l'application du code binaire, opération ultime du système juridique. C'est cette nouvelle condition de la mécanique de production du droit qui explique pourquoi certaines pressions sociales ne peuvent tout simplement pas faire leur chemin jusqu'à l'intérieur du système juridique, et y susciter un changement de règles. Si, dans l'état *anté-poïétique* du système juridique, les contextes de sens commun de la société pouvaient facilement faire leur chemin jusqu'au droit et y causer des changements, cela n'est plus possible avec l'accession du droit à la condition autopoïétique. Avec l'autopoïèse juridique, aucun déterminisme social, tel que la religion, l'économie ou la politique, ne peut plus fonder, expliquer ou changer la structure normative de la société.

Pour conclure, l'évolution du droit dans la société doit maintenant être comprise selon un modèle de coévolution, par lequel les systèmes sociaux se perturbent mutuellement et réciproquement, mais déterminent à l'interne les conditions de leur évolution. Concrètement, c'est à travers l'interaction particulière entre les systèmes qu'il sera possible de déterminer si la communication reste possible, malgré les divergences dans les attentes produites par chaque système (covariation). Quelquefois, cette interaction provoquera des changements dans les systèmes respectifs (cosélection). Les modifications seront retenues si elles sont compatibles avec les structures systémiques déjà existantes (corétention).

Une fois le modèle de coévolution du droit et de la société établi, la question qui se pose est maintenant celle de savoir comment (et par quelle instance), le système juridique arrive à réguler le flot continu des irritations et perturbations qui se font sentir aux frontières du droit. C'est dans la troisième partie de cette thèse que nous examinerons cette question.

3.2 La progression de l'autoréflexivité du droit

Tout en reprenant plusieurs des éléments du modèle luhmannien de formation et de reproduction des systèmes sociaux, Teubner a émis la thèse d'une différenciation du droit en trois étapes. Ces trois phases englobent les processus de rationalisation et d'autonomisation graduelle du droit.

Dans la première phase, le droit est socialement diffus. Fortement imbriqué dans la matrice sociale, il ne peut se dissocier des règles religieuses et culturelles qui lient les membres de la société. Ce droit ne se démarque pas de la communication générale de la société; il y est confondu et déterminé de manière hétéronome avec elle⁵⁹⁰. Malgré sa forme rudimentaire, le droit de la première phase se distingue des autres formes de résolution de conflits qui ne font pas appel à des normes préétablies⁵⁹¹. Dès que le règlement nécessite le recours à une normativité quelconque servant à catégoriser le comportement examiné selon une distinction binaire du type légal/illégal (autorisé/non autorisé), il s'agit d'un droit appartenant à cette première phase.

⁵⁹⁰ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 59.

⁵⁹¹ Teubner souligne que toute forme de résolution de conflits, même institutionnalisée, ne fait pas nécessairement partie du droit. La production normative relève alors d'un procédé hétéroréférentiel, car elle s'appuie en grande partie sur des normes sociales ou des processus généraux de solutions des conflits, et non pas uniquement sur une structure normative autonome et différenciée : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 62.

La deuxième phase est celle d'un « droit partiellement autonome » qui naît au moment où le discours juridique commence à définir lui-même les composantes systémiques, en vue d'un usage opérationnel. Le seuil critique du début de cette phase est la création de normes secondaires d'identification selon la conceptualisation de Hart, pour qui le droit n'apparaît que lorsque les règles secondaires d'identification recourent les règles primaires⁵⁹². Mais Teubner juge qu'on ne peut parler encore d'autopoïèse, parce qu'il s'agit essentiellement d'un processus d'autodescription du système, et non d'autoconstitution⁵⁹³. Or, le système juridique différencie l'autodescription (la doctrine universitaire) et l'autoconstitution (la pratique législative et jurisprudentielle). Ce n'est que lorsque ces autodescriptions sont utilisées de manière opérationnelle dans la régulation des communications juridiques que l'on peut à proprement parler d'autoréférentialité. La norme juridique est alors constituée de manière autoréférentielle (c'est-à-dire par l'application d'une norme secondaire (autodescription) à une norme primaire (via l'autoconstitution). Les règles juridiques sont détachées des autres formes de normativité sociale; elles ont une vie autonome. Mais on ne peut toujours pas parler d'autopoïèse juridique selon Teubner. Celle-ci survient uniquement lorsque les composantes systémiques s'enchaînent de manière réciproque selon un « hypercycle autoreproducteur »⁵⁹⁴.

Le droit positif moderne est ce droit autopoïétique formé par l'application de composantes systémiques à d'autres composantes systémiques; les normes juridiques se fondent sur des actes juridiques, qui se fondent à leur tour sur des normes juridiques. Cette

⁵⁹² Selon Hart, le cœur du système juridique se trouve dans « la structure qui résulte de l'articulation de règles primaires d'obligation et de règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision » : H. L. A. HART, préc., note 22, p. 123 ». Sur la composition de ces deux types de règles, voir *infra*, titre II, chapitre 5, section 2.

⁵⁹³ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 63.

⁵⁹⁴ *Id.*, p. 65.

connexion hypercyclique de l'élément et de la structure du système (l'acte et la norme juridique) est la « caractéristique centrale du droit moderne ».⁵⁹⁵

Pour Teubner, cette décomposition du processus d'autonomisation du droit n'est pas seulement un procédé euristique servant à la compréhension de l'évolution historique du droit; elle permet également de disséquer l'émergence de multiples formes de normativité du droit dans le système social⁵⁹⁶. Tout comme Luhmann, Teubner ne prétend pas que le droit autopoïétique se développe de manière autarcique et en complète indépendance avec la réalité sociale : l'autopoïèse juridique n'exclut pas les contacts du droit avec la réalité sociale, elle les présuppose. Le droit produit une réalité juridique qui n'est pas le reflet exact de la réalité sociale, mais une « “construction” du monde, qui traduit les limitations (et les chances) spécifiques de la communication juridique »⁵⁹⁷. De plus, malgré ses contacts avec les autres sous-systèmes, le système juridique conserve son autonomie décisionnelle en appliquant uniquement et exclusivement l'une ou l'autre version de son code binaire, puisqu'aucun autre résultat ne doit être attendu des opérations du système juridique. Car, pour remplir sa fonction de stabilisation des attentes normatives individuelles et collectives dans le temps, le droit doit rester contrefactuel, autrement il se dissout dans les autres formes de communications sociales, puis disparaît en tant que structure sociale différenciée.

Ayant examiné les différentes théories sur les transformations dans les modes de création et de découverte du droit, nous allons maintenant étudier les changements morphologiques qui ont été introduits dans le droit pour lui permettre de répondre aux

⁵⁹⁵ *Id.*, p. 68. L'opération dominante du droit positif demeure la relation circulaire entre la norme et la décision. La procédure et la doctrine réalisent ensuite une connexion hypercyclique qui se greffe à la connexion préalablement établie entre la règle et la décision (Teubner dit qu'elle va la « perfectionner »). L'enchaînement entre les deux connexions a pour effet de réguler l'autoreproduction du droit.

⁵⁹⁶ G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 61.

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 74.

PARTIE II – TITRE I – LES TRANSFORMATIONS DU DROIT
CHAPITRE 3 - L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME JURIDIQUE

nouvelles attentes normatives suscitées par les mutations dans les besoins organisationnels des sociétés.

TITRE II
LES FORMES DU DROIT DANS LE TEMPS

L'analyse sociologique des transformations historiques du droit nous démontre clairement que la différenciation du droit a été directement influencée par les changements dans la structure sociale à travers le temps. Les étapes historiques que nous avons choisies d'illustrer représentent selon nous les manifestations les plus significatives de l'évolution systémique et du procès de différenciation du droit dans le système social. Cette différenciation a suivi les trois principaux modèles de différenciation des relations sociales, soit la segmentation, la stratification et la différenciation fonctionnelle.

Notre analyse de l'évolution historique du droit couvre deux périodes principales. Dans la première, le droit est considéré comme étant issu de l'ordre naturel des choses. Les décisions issues des systèmes juridiques de cette première période doivent être fondées sur un droit préexistant, immanent et essentiellement immuable. L'inaltérabilité et l'enracinement de ce droit protègent contre l'arbitraire et l'injustice⁵⁹⁸.

L'avènement de la législation et l'élaboration d'une théorie de la suprématie législative font entrer le droit dans la deuxième période de son développement historique, celle du droit positif. Dans cette deuxième ère, le droit est considéré comme valide dans la mesure où il se présente comme le résultat d'un processus formel de décisions qui sont prises par les autorités compétentes et selon la procédure prévue par la constitution. Ce droit de la deuxième période est constitué par « les normes juridiques qui sont instituées

⁵⁹⁸ La *Magna Carta* imposée au roi Jean II en 1215 lui rappelle que le droit du royaume garantit la propriété et la liberté physique des barons anglais qui ne pourront en être dépossédés que par jugement de leurs pairs ou en conformité avec la *legem terre* (article 39) :

« Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, **nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre;** »

Source : <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>, consulté le 1^{er} mai 2009.

La version anglaise se lit comme suit :

“No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”;

Source : <http://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>, consulté le 1^{er} mai 2009.

comme étant valides au moyen d'une décision et qui, par conséquent, peuvent être invalidées également au moyen d'une décision »⁵⁹⁹.

Le moment de la création de ce droit n'importe plus; il suffit, pour être valide, que le droit résultant d'une décision n'ait pas été affecté par une autre décision qui le modifie⁶⁰⁰. La distinction qui existait dans la première période entre le droit posé et le droit naturel est remplacée par la dichotomie entre le droit positif et la moralité⁶⁰¹. C'est par la transformation du droit naturel immanent en droit « positif »⁶⁰² que les pouvoirs politiques pourront dorénavant agir sur la structure sociale et se mettre au diapason de la différenciation fonctionnelle de la société⁶⁰³. Par sa plus grande adaptabilité au changement, le droit positif favorise dès le XIX^e siècle la « juridicisation » de la société. La facilité avec laquelle le droit positif s'est imposé dans les sociétés occidentales tient précisément à la dimension temporelle de ce droit, et à la possibilité relativement aisée qu'il offre de remplacer l'ancien droit par le nouveau⁶⁰⁴.

Nous dresserons dans le prochain titre un tableau des périodes les plus significatives de l'histoire en ce qui concerne les développements du droit. Notre objectif est de faire état de l'articulation entre les changements de la structure sociale et les transformations morphologiques de l'ordre juridique. Pour ce faire, nous devons examiner les stades de différenciation du droit afin de voir comment ceux-ci ont influencé la place de

⁵⁹⁹ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 137.

⁶⁰⁰ N'est plus valide, donc, la conception médiévale voulant que la validité du droit dépende de son ancienneté. Dans le droit positif, c'est la conception contraire qui prévaut; c'est le droit le plus récent qui est considéré comme valide : N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. 161.

⁶⁰¹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 77.

⁶⁰² L'utilisation de l'expression latine *ius positivum* pour décrire le droit d'origine législative, comme les lois civiles et les *canones* (règles du droit canon), par opposition à la loi naturelle, remonterait au XIII^e siècle, et peut-être même avant. Le canoniste bolonais Damasus aurait utilisé ces termes dans sa *Summa titolurum* publiée après le 4^e Concile de Latran (novembre 1215) : Stephan KUTTNER, « Sur les origines du terme « droit positif » », (1936) 15 *Revue historique de droit français et étranger* 728 (Série 4).

⁶⁰³ *Id.*, p. 138.

⁶⁰⁴ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 101.

la fonction judiciaire dans la production du droit. Nous allons regarder de manière plus systématique les formes spécifiques qu'a prises le droit dans le temps en fonction de ces étapes de la différenciation du droit, de la période du droit révélé des sociétés archaïques, en passant par le droit romain, les lois des peuples germaniques, les coutumes médiévales, la loi du prince et enfin la loi moderne, expression de la volonté générale. Cette étude nous servira ensuite de toile de fond dans la troisième partie, alors que seront déployées les conclusions de cette thèse sur la différenciation du système judiciaire dans le système juridique.

CHAPITRE 1 L’ORDRE NORMATIF SEGMENTÉ

Dans ce chapitre, nous examinerons les éléments qui distinguent les sociétés primitives, archaïques et historiques en ce qui concerne leur degré d’institutionnalisation et d’indépendance du droit dans la structure sociale. C’est l’arrivée de l’écriture qui a donné le coup d’envoi de cette institutionnalisation. Notre exploration du développement des formes du droit dans le temps débute donc avec les sociétés primitives, avant et après l’avènement de l’écriture.

Section 1 Les sociétés primitives

Nous avons vu dans la première partie, spécialement dans l’exposé des thèses de Spencer et de Durkheim sur la différenciation sociale, que les rôles sociaux sont très peu différenciés dans les sociétés primitives, sauf en ce qui concerne les critères de clan, de lignage, de sexe et d’âge. Le maintien de la solidarité sociale dépend du respect de ces règles stéréotypées et très peu différenciées au niveau fonctionnel. D’ailleurs, les normes existantes visent principalement à structurer l’action sociale sur la base d’un modèle de valeurs qui sert uniquement à légitimer un ordre social codifiant cette structure de rôles rigide et indifférenciée.

Par ailleurs, les sociétés simples possèdent aussi un « code normatif commun contenant des règles qui ordonnent les activités sociales sous l’angle de la communication »⁶⁰⁵. Ces codes de communication régissent l’interaction des individus au niveau du mariage, des relations intergénérationnelles, des modes de subsistance, de même que les relations au domaine du sacré, le tout en fonction de statuts sociaux stéréotypés⁶⁰⁶. Les codes normatifs des sociétés primitives sont fondés principalement, sinon exclusivement, sur l’appartenance des acteurs à certains statuts sociaux auxquels sont

⁶⁰⁵ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 53.

⁶⁰⁶ *Id.*, p. 45.

associés des droits ou des devoirs d’obéissance par rapport aux membres des autres statuts; ils confèrent aussi des capacités d’influence hautement généralisées aux membres de certains groupes délimités selon leur statut social (généralement des groupes ayant un statut plus élevé)⁶⁰⁷.

L’arrivée de l’écriture change fondamentalement le code normatif des sociétés primitives, et contribue à faire passer ces sociétés au stade intermédiaire. L’écriture joue également un rôle déterminant dans les premiers pas de la différenciation du système juridique⁶⁰⁸. La mise en texte des règles sociales sera un facteur décisif pour la mise en marche du processus de différenciation du droit puisque sans un texte pour les appuyer, il n’est pas possible de distinguer les attentes normatives des autres types d’attentes⁶⁰⁹. Aussi, selon Luhmann, le point de départ fondamental de la différenciation du droit a consisté dans la distinction entre les déceptions normatives non contestées et celles qui le sont⁶¹⁰. L’écriture a, en quelque sorte, donné le coup d’envoi de cette distinction. Non seulement le langage écrit a-t-il permis de différencier les textes juridiques des autres textes, mais il a autorisé la répétition de l’information⁶¹¹. Plus tard dans l’histoire du droit, l’utilisation de textes écrits a été jugée essentielle pour confirmer l’existence des règles ou même instaurer

⁶⁰⁷ *Id.*

⁶⁰⁸ Weber a aussi affirmé que l’écriture a permis de dépasser l’étape de la révélation charismatique et irrationnelle du droit dans laquelle les prophètes prétendaient découvrir le droit dans les oracles ou les révélations qui leur étaient faits : J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221, p. 76 .

⁶⁰⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 245.

⁶¹⁰ *Id.*, p. 245: L’écriture a permis de consigner les décisions antérieures, de créer des procès-verbaux de procédures et d’organiser la preuve par témoignage.

⁶¹¹ *Id.*, p. 240. La confection de codes et de recueils comme le Code d’Hammourabi, qui est considéré comme l’un des plus anciens textes juridiques, a grandement facilité la systématisation du droit. Le développement d’un langage juridique précis distinct du langage ordinaire, marque distinctive de la procédure prétorienne, a eu également un effet sur l’évolution du droit. Enfin, au XIX^e siècle, la codification de grands pans du droit a servi de source majeure de transformation des traditions juridiques.

des changements dans le droit⁶¹². Ultiment, la forme écrite des lois fut imposée comme condition de validité⁶¹³.

Cette condition nouvelle au regard de la forme écrite du droit n’a pas nécessairement insufflé plus de certitude dans le droit, mais elle a ouvert la porte à des possibilités encore plus grandes d’évolution, notamment par l’introduction de la différence entre la forme et le sens, entre le texte et l’interprétation⁶¹⁴. Le rappel des lois par l’écriture a d’ailleurs contribué de façon importante à la stabilisation des attentes normatives qui, par leur nature, sont constamment soumises à l’épreuve des faits (autrement dit, à la violation de la loi dans les faits).

Section 2 Le droit des sociétés intermédiaires

Dans le stade intermédiaire de développement des sociétés, Parsons a identifié deux niveaux ou « sous stades », l’archaïque et l’intermédiaire avancé⁶¹⁵. L’Égypte et la Mésopotamie figurent parmi les sociétés dites archaïques. Le droit de l’Égypte ancienne affichait un faible niveau de rationalisation formelle. Les quelques compilations de règles normatives faites à cette époque représentaient en fait un recueil de « sages sentences ». De plus, le système de justice administré par les pharaons et leurs administrateurs n’était absolument pas indépendant des particularités et du statut social des « parties au litige »⁶¹⁶.

⁶¹² En Angleterre, le roi Henri II a pu participer à la création de nouvelles formes d’obligations légales par la publication de compilations juridiques, les Constitutions de Clarendon, qui ne devaient au départ que confirmer l’existence des *writs* existants.

⁶¹³ Les lois non écrites n’en ont pas moins gardé leur supériorité pendant longtemps, notamment en raison de l’aura mythique entourant ces lois et des possibilités moins grandes de contestation par le peuple : N. LUHMANN, *Law as Social System*, préc., note 7, p. 238.

⁶¹⁴ L’introduction de la forme écrite du droit et de la distinction fondamentale entre le texte et son interprétation fut non seulement responsable de l’évolution du droit civil romain sur une période de plus de 1000 ans, mais également de l’évolution du droit après la dissolution du concept unifié de *jurisdictio*, c’est-à-dire de la différenciation entre la forme législative et la forme judiciaire : *id.*, p. 243.

⁶¹⁵ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 66.

⁶¹⁶ *Id.*, p. 76.

Par contraste, le droit de l’Empire mésopotamien était beaucoup plus universaliste⁶¹⁷. Le Code d’Hammourabi⁶¹⁸, compilé en Mésopotamie au troisième millénaire avant Jésus-Christ, comportait un éventail impressionnant de règles portant sur plusieurs sujets de droit privé, notamment les contrats, le droit de propriété et la famille, ce qui est assez exceptionnel pour un code aussi ancien⁶¹⁹.

Dans son étude des sociétés intermédiaires « historiques » (la Chine, l’Inde, les empires islamiques et Rome), Parsons conclut que c’est l’absence d’un principe d’inclusion dans l’ordre normatif qui distingue ces sociétés dites historiques des sociétés modernes⁶²⁰. En ce qui concerne la Chine, celle-ci n’a pas réussi, selon Parsons, à instaurer un ordre « légalement fort et défini » qui aurait permis de soutenir l’activité économique⁶²¹. En Inde, la structure à deux classes a précédé le développement culturel et a instauré un ordre social radicalement différent de l’ordre cosmique ou religieux, délaissant ainsi l’intérêt pour la réforme et le développement des structures sociales qui sont demeurées relativement dissoutes dans le système religieux de castes. Celui-ci a continué de régir l’ordonnement de l’ensemble des activités des membres de chaque caste. Quant au droit islamique, il n’a

⁶¹⁷ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, note 142, p. 87 : Selon Parsons, le système légal de la Mésopotamie était l’un des traits les plus impressionnants de cette société, et ce, malgré l’absence d’une conception unitaire pour fonder les obligations créées par l’ordre normatif sociétal. L’incorporation de règles légales sur les contrats et le droit de propriété révèle l’existence d’une certaine mobilité des ressources et du développement d’une économie monétaire dans l’Empire. Également, la présence des dispositions sur le droit familial suppose un niveau de différenciation du système social dont la structure principale ne repose plus uniquement sur des liens de parenté.

⁶¹⁸ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221, p. 76; M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 199. Le Code d’Hammourabi et les autres compilations, telles que le Décalogue et la loi des Douze Tables, ne constituaient pas des « codes » comme nous l’entendons aujourd’hui, mais plutôt des compilations de règles de divination utilisées dans la résolution de conflits. Mais à ce titre, ils constituaient déjà de précieux outils de compromis religieux et social.

⁶¹⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 198-199. Pour Weber, le contenu des règles du Code d’Hammourabi démontre qu’il existait dans la société mésopotamienne une classe commerçante suffisamment puissante pour réussir à convaincre le roi qu’il était nécessaire d’appuyer la sécurité juridique du commerce.

⁶²⁰ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 91.

⁶²¹ *Id.*, p. 100. Le système juridique de la Chine était aussi orienté beaucoup plus vers la rationalisation matérielle que formelle.

pu instaurer un système juridique du même niveau que celui établi à Rome, notamment en raison de l’absence du concept de citoyenneté⁶²². Aucune de ces sociétés intermédiaires avancées n’a donc pu rivaliser avec celle de Rome en ce qui concerne le degré de développement d’un système juridique indépendant.

Parsons note enfin que les sociétés plus avancées se distinguent par l’institutionnalisation de systèmes administratifs civils séparés des organisations religieuses ou militaires, surtout de celles des chefs des groupes locaux ou régionaux. La centralisation de l’administration grâce à la taxation et à la justice constitue d’ailleurs un facteur décisif du passage à un stade de développement social plus avancé⁶²³. Également, plus les sociétés évoluent, plus les règles de conduite, et celles qui régissent « le respect des engagements, l’exercice du pouvoir et la dépense de l’argent », acquièrent une indépendance structurelle vis-à-vis de l’exercice de l’influence⁶²⁴.

⁶²² *Id.*, p. 111. La loi islamique s’applique uniquement aux fidèles et repose principalement sur des textes religieux. Les concepts normatifs, remplis d’aphorismes, sont peu systématisés, et les bases philosophiques, comparées à celles développées dans le concept de droit naturel des stoïciens, pratiquement inexistantes. Le droit islamique ne peut donc intégrer la culture séculière dans l’ordre normatif, ce qui est l’un des signes distinctifs des systèmes juridiques modernes.

⁶²³ *Id.*, p. 65. Nous verrons plus loin comment la centralisation de l’administration judiciaire a été un développement crucial pour le droit anglais.

⁶²⁴ *Id.*, p. 45.

CHAPITRE 2 LE DROIT ROMAIN ET SON HÉRITAGE

Ce que l'on désigne comme le « droit romain » est, en fait, un ensemble de règles juridiques ayant évolué sur une période de mille ans, du début de la période monarchique à la fin de l'Empire, en passant par la période classique⁶²⁵. De la Loi des Douze Tables aux compilations de l'empereur byzantin Justinien, le droit romain se modifie, ce qui lui permet de s'adapter aux changements dans la structure du pouvoir à Rome, qui est tour à tour une monarchie, une république, et enfin un empire.

Dans ce chapitre, nous examinerons d'abord le droit de la société romaine qui, de par ses qualités formelles et son degré de différenciation sociale, se situait dans une catégorie nettement supérieure à celle des autres normativités de l'époque prémoderne. Il s'agissait en effet du premier effort de rationalisation des règles juridiques. Nous verrons aussi de quelle manière le droit romain a survécu à la chute de l'Empire pour former les racines du droit occidental laïc et religieux.

Section 1 La modernité du droit romain

Tant par le haut degré de sophistication qu'il a atteint que par la pérennité des institutions juridiques qu'il a créées, le droit romain s'est distingué des autres ordres juridiques issus des sociétés de l'Antiquité, car aucun autre droit de cette période n'a connu un si haut niveau de développement ni une influence aussi durable sur l'ensemble des systèmes juridiques modernes⁶²⁶. Le droit romain est le droit ancien qui s'est le plus rapproché des critères de formalité propres aux sociétés modernes, en dépit du fait que la société romaine n'ait pas été elle-même en mesure d'institutionnaliser suffisamment le droit dans la structure sociale pour qu'il s'élève au niveau de généralité exigé par les critères de

⁶²⁵ L'âge d'or du droit romain se situe aux II^e et III^e siècles après J.C.

⁶²⁶ Selon Parsons, aucune autre société prémoderne n'a atteint un degré aussi avancé de différenciation entre le système social intégrateur, dont le noyau est l'ordre normatif, et le système politique attaché à la fonction de poursuite des buts collectifs : *id.*, p. 32.

la modernité⁶²⁷. Le droit romain sera d'ailleurs la première source des concepts juridiques des systèmes de droit occidentaux.

Parmi les nombreux aspects modernes de ce droit, la laïcité de ses normes est certainement l'élément le plus significatif pour l'époque dans laquelle il se développe⁶²⁸. Bien que le culte aux dieux romains ait été très important, il se manifestait surtout dans la sphère publique; le droit sacré n'avait en effet pas la prétention de régir les comportements individuels ni d'imposer des devoirs particuliers dans la sphère privée⁶²⁹.

C'est dans la société romaine qu'est né le concept de droit naturel issu de la philosophie stoïcienne, qui est l'un des éléments les plus remarquables de l'héritage qu'a laissé ce droit pour le développement de la tradition juridique occidentale⁶³⁰. Les concepts juridiques du droit romain ont aussi constitué la source à laquelle ont puisé les nombreuses doctrines exprimant la réciprocité des droits et devoirs entre le roi et ses sujets⁶³¹. Enfin, c'est à Rome que la nécessité d'une connaissance spécialisée du droit s'est imposée et que

⁶²⁷ Dans son étude sur l'évolution comparée des sociétés, Parsons confirme d'ailleurs que la société romaine se distingue des autres sociétés et empires historiques par l'autorité et la fermeté de la loi. La Chine, la Mésopotamie, l'Inde et les empires islamiques affichent un degré de rationalisation du droit et des procédures légales nettement inférieur : *id.*, p. 113.

⁶²⁸ Les autres aspects distinctifs du droit romain sont, notamment, l'extension de la citoyenneté romaine à des groupes toujours de plus en plus étendus de la société, l'instauration d'un droit spécifiquement applicable aux relations entre l'autorité de Rome et les groupes qui ne possèdent pas cette citoyenneté, ainsi qu'aux relations des membres de ces groupes entre eux, et, enfin, son système de procédure judiciaire, lequel constitua pendant longtemps l'un des systèmes de procédure de droit séculier le plus avancé, et ce, jusqu'aux débuts de l'époque moderne. Ce système de procédure judiciaire inspira fortement le système judiciaire ecclésiastique au Moyen Âge, lequel jouera à son tour le rôle de précurseur de la procédure judiciaire séculière des systèmes modernes : *id.*, p. 114-115.

⁶²⁹ Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 71.

⁶³⁰ *De Republica*, III, 17 : Le père de cette philosophie, Cicéron, qui reprend l'idée formulée par Aristote, affirme que la loi naturelle est universelle; elle est conforme à la nature et aussi à la raison. C'est le guide suprême, en l'occurrence Dieu, qui « donne naissance, sanction et publicité à cette loi, que l'homme ne peut méconnaître sans se fuir lui-même et sans renier sa nature ».

⁶³¹ Parmi ces règles, mentionnons celles de l'*autoritas*, du *populus*, de la *plenitudo potestatis*, et du *summum imperium* : Jean-Louis THIREAU, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2001, p. 156.

la formation d'experts en droit a permis la naissance d'une classe de professionnels du droit, les juriconsultes ou jurisprudents⁶³². C'est toutefois seulement au XII^e siècle, au moment de la redécouverte du droit romain, que la connaissance spécialisée du droit donne lieu à l'élaboration de concepts juridiques complexes et diversifiés permettant la création d'une culture juridique autonome.

Il faut souligner cependant que le droit romain n'a pas eu la vocation universaliste que l'on retrouve dans la plupart des systèmes juridiques de la modernité. Comme nous l'avons écrit plus haut, dans l'histoire juridique, les procédures précèdent les droits; la caractéristique principale de l'ancien droit est d'ailleurs le fait qu'il ne contient pas de concepts de droit objectifs susceptibles d'une application généralisée⁶³³. Le droit romain n'échappe pas à ce trait particulier du droit prémoderne, puisqu'il est lui aussi composé de concepts *ad hoc* qui sont, en fait, des solutions formulées spécialement pour résoudre des problèmes pratiques. Pour être réutilisés, ces concepts doivent obtenir la reconnaissance du préteur lors de la proclamation de son édit annuel. C'est aussi un droit formaliste et procédurier à l'extrême, surtout dans la période qui précède l'instauration de la fonction de préteur. L'une des caractéristiques de la modernité symbolisée de manière contemporaine par le concept de « primauté du droit » est de plus nettement absente dans l'ordre juridique de la société romaine.

L'autre problème de Rome est aussi l'absence de différenciation entre les pouvoirs civil, militaire et judiciaire, et le faible degré de spécialisation des fonctions⁶³⁴. En plus de

⁶³² Aucun autre système juridique prémoderne n'a connu une telle différenciation de classe basée sur la connaissance spécialisée du droit : N. LUHMANN, *Law as a social system*, préc., note 7, p. 249.

⁶³³ C. H. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Rev. Ed., Ithaca, Great Seal Books, 1947, p. 48; Le professeur McIlwain rappelle la thèse avancée par H. S. Maine selon laquelle le droit va se faufiler graduellement dans les interstices de la procédure.

⁶³⁴ Les préteurs par exemple, qui exerçaient des fonctions judiciaires, n'étaient pas des spécialistes du droit et la charge de préteur n'était souvent qu'une étape dans la carrière politique d'un fonctionnaire : T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 118.

cette résistance à la différenciation, la conquête de vastes territoires et la domination de peuples diversifiés et hétérogènes entraînent la segmentation de la société romaine; l'agrandissement des territoires sous la domination politique et légale de Rome va provoquer un affaiblissement de la notion de citoyenneté et une plus grande demande de légitimation de l'ordre sociétal que la multitude de sectes et de cultes présents dans la société romaine ne pourra combler. Le droit romain, malgré son haut niveau de développement, ne sera pas en mesure d'offrir un cadre normatif suffisamment universaliste pour réguler l'ensemble des interactions sociales de ces groupes particularistes et non intégrés⁶³⁵.

Section 2 L'évolution du droit à Rome

Il faut distinguer quatre périodes dans l'histoire du droit romain⁶³⁶. La première est celle de la domination des rois étrusques (du VIII^e au VI^e siècles avant J. C.). Pendant cette période, le droit romain est encore bien ancré dans la tradition religieuse; il est révélé par les pontifes qui forment un collège de prêtres d'origine patricienne comme les consuls⁶³⁷. Les pontifes déterminent les formules qui doivent, sous peine de nullité, être prononcées par les plaideurs afin d'avoir accès à une forme quelconque de procès judiciaire ou de conclure un acte juridique⁶³⁸.

⁶³⁵ T. PARSONS, *Sociétés: Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p. 119.

⁶³⁶ L'histoire constitutionnelle de Rome est divisée en quatre périodes. De la fondation de Rome en 753 avant J. C. à la chute du roi étrusque Tarquin, c'est la période monarchique. Puis, de 509 à l'an 27 après J. C., Rome est une république (*res publica*, soit le gouvernement de la « chose publique »). À la fin de la République, c'est un empereur qui domine la structure étatique. Cette période est divisée en Haut-Empire ou Principat (du début du I^{er} siècle jusqu'au début du III^e siècle après J. C.), et en Bas-Empire ou Dominat (du III^e siècle après J. C. jusqu'à la chute de l'Empire romain d'Occident).

⁶³⁷ Les consuls, au nombre de deux, sont les premiers magistrats de Rome. Ils ont hérité de l'*imperium* des anciens rois.

⁶³⁸ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 32.

La deuxième période débute avec la rédaction de la Loi des Douze Tables en 451 (pour les dix premières) et 452 (pour les deux dernières) avant J. C.⁶³⁹ L'objectif de cette rédaction officielle des lois est d'octroyer des droits aux citoyens et de leur donner les moyens de les faire reconnaître en justice. La loi des Douze Tables facilitera le recours au procès en mettant par écrit l'ensemble des actions qui donnent ouverture à un recours en justice, et en limitant l'arbitraire des consuls qui décidaient auparavant de la recevabilité des actions au cas par cas⁶⁴⁰. La loi comprend désormais quatre voies procédurales distinctes (*legis actiones*)⁶⁴¹.

Pendant la République (509 à 27 av. J. C.), les comices, sorte d'assemblées populaires, votent des lois qui touchent surtout des matières d'ordre public⁶⁴². Le droit régissant les relations d'ordre privé n'est pas considéré comme relevant de l'autorité républicaine, *l'imperium*, qui lui doit se concentrer sur les matières touchant l'ensemble de la population, le bien commun, la chose publique⁶⁴³. C'est la coutume qui joue un rôle prépondérant dans le domaine des relations interpersonnelles. Au début de la République, on la désigne sous l'expression de *mos majorum* (les mœurs de nos ancêtres)⁶⁴⁴.

⁶³⁹ Ce sont les décemvirs, sorte de magistrats extraordinaires, qui ont charge de rédiger les lois sur *l'imperium* consulaire. La Loi des Douze Tables fut ensuite votée par les assemblées plébéiennes, les comices : *id.*, p. 33-34. Selon les informations obtenues à ce jour, la Loi des Douze Tables fut transcrite sur des panneaux affichés au forum afin que tous puissent en prendre connaissance : *id.*, p. 36.

⁶⁴⁰ Cette entreprise de rédaction législative correspond à une victoire de la plèbe sur les pontifes, afin de restreindre leur pouvoir sur la création du droit. La loi énumère les droits qui peuvent faire l'objet d'une action en justice (*legis actio*), limitant ainsi l'arbitraire judiciaire des consuls qui décidaient au cas par cas la question de l'accès au procès. Les plaideurs doivent respecter une procédure très formaliste afin de voir leur demande acceptée par le consul. Dans l'affirmative, celui-ci réfère alors l'audition de la demande à un juge qui n'est pas un magistrat, mais un simple particulier.

⁶⁴¹ Une cinquième action de la sera ajoutée entre 250 et 200 av. J.C.

⁶⁴² À Rome comme dans l'ensemble de la période prémoderne, l'activité législative est plutôt réduite, car il ne s'agit pas du mode dominant de création du droit.

⁶⁴³ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 36. Ainsi, sur huit-cents lois votées pendant la République (près de cinq siècles), vingt-quatre seulement portent sur des questions de droit privé.

⁶⁴⁴ *Id.* Selon Cicéron, il s'agit du droit qui naît de la volonté de tous sur une période de temps assez longue, et sans que l'intervention de la loi ne soit nécessaire.

Vers le milieu du IV^e siècle av. J.-C., le consul est remplacé par le préteur. C'est lui qui a maintenant charge d'étudier les demandes des plaideurs voulant intenter une action de la loi, et de décider si ces demandes seront référées au juge. Au III^e siècle av. J.-C., les actions prévues par la loi deviennent nettement insuffisantes pour régler tous les nouveaux cas qui sont amenés devant le préteur. Celui-ci crée donc, avec l'aide des jurisconsultes, de nouvelles formules qui permettent d'accroître les possibilités d'ouverture au procès. Ces formules consistent dans des instructions données au juge pour l'aider à résoudre le litige qui n'est pas formellement couvert par une action de la loi. Avec le temps se constituent donc, à côté des actions civiles prévues par la loi, des actions dites « prétorienne ». C'est le début de la procédure formulaire. Le préteur devient officieusement par cette procédure un créateur de droit. Il le deviendra officiellement vers le II^e siècle av. J.-C. alors qu'une loi l'autorisera à promulguer dans un édit de nouvelles actions sur la loi. Ce que fera chaque nouveau préteur annuellement, jusqu'à l'adoption de l'Édit perpétuel en l'an 130⁶⁴⁵. On peut donc dire, comme l'a écrit H. S. Maine, que c'est le préteur qui, à Rome, est chargé d'assouplir la rigueur du droit et d'adapter celui-ci aux nouvelles exigences posées par les changements sociaux⁶⁴⁶.

Les préteurs sont aidés dans leur fonction par les jurisconsultes⁶⁴⁷. Selon Cicéron, leur tâche est de « transformer le droit en art »⁶⁴⁸. Imbus de rhétorique et de grammaire, qu'ils ont empruntées aux philosophes grecs, les jurisconsultes de l'époque classique

⁶⁴⁵ J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 41.

⁶⁴⁶ Nous avons vu que Weber a établi plusieurs similitudes entre le droit prétorien et la *common law* anglaise. Ces deux droits visent à répondre aux besoins de la vie juridique. Comme pour la *common law* anglaise, ce sont les besoins des intéressés au droit, de la clientèle juridique, qui motivent la création du droit prétorien. Mais le droit romain fait en plus l'objet d'une élaboration théorique, ce dont ne bénéficie pas la *common law* anglaise, du moins avant la période moderne : *supra*, partie II, titre I, chapitre 2, section 2.4.

⁶⁴⁷ Ch. GIRAUD, *Histoire du droit romain*, Paris, Videcoq, 1841, p. 170. La démarche des juristes romains est une démarche inductive : la règle (*regula*) est déduite des solutions pratiques apportées à des situations juridiques réelles, et non l'inverse.

⁶⁴⁸ J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 40. Le droit est, selon Celse, l'art du bon et du juste (*ars boni et aequi*), et la justice est, dit Ulpien, la « volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun son dû » (*sum cuique tribuere*) : *id.*, p. 59.

commencent par classer les règles juridiques en « genres » puis en « espèces »⁶⁴⁹. Ils distinguent le droit commun à tous les hommes de celui qui est propre à chaque peuple, à chaque cité; c'est la distinction insérée par Gaius dans ses *Institutes* entre le *iura propria* (droit propre) et le *ius commune* (droit commun). Une autre distinction ajoutée plus tard par Ulpien, est celle qui sépare le droit naturel, le droit des gens (*ius gentium*) et le droit civil. Les jurisconsultes romains classent enfin les règles juridiques à l'intérieur de deux grandes catégories principales : le droit privé et le droit public. Les grands jurisconsultes mettent leurs connaissances du droit à profit en rédigeant des ouvrages de doctrine (*Responsa, Disputationes, Institutes, Digest*) au bénéfice des magistrats et de l'empereur lui-même⁶⁵⁰. Le droit émane donc des principes dégagés par les jurisconsultes, les professionnels du droit; il est ensuite utilisé par l'empereur dans la rédaction des lois qui visent la réalisation du bien commun, de la *res publica*.

À la fin de la République, les sources traditionnelles du droit romain perdent de leur importance. Les lois ne seront plus votées par les comices et l'édit du préteur devient perpétuel, et donc sans possibilité de modifications lors d'une autre promulgation. La source principale de la loi réside dans l'autorité de l'empereur⁶⁵¹. C'est à cette époque que le jurisconsulte Ulpien écrit la célèbre formule *Quod principi placuit legis* (ce qui plait au prince a force de loi)⁶⁵². C'est une époque caractérisée par l'inflation de règles législatives, au détriment de la cohérence du droit.

⁶⁴⁹ *Id.*, p. 60.

⁶⁵⁰ Ces grands jurisconsultes sont Julien -le rédacteur de l'Édit perpétuel-, Gaius, Papinien, Paul et Ulpien.

⁶⁵¹ Progressivement en effet, les pouvoirs se concentrent entre les mains de la plus haute autorité impériale. L'empereur devient en moins de deux siècles la principale source de droit législatif et même judiciaire : *id.*, p. 42-43.

⁶⁵² *Id.*, p. 43. Ulpien explique ce principe par le fait que l'empereur a reçu du peuple l'*imperium* et la *potestas*, ce qui l'autorise donc à prendre toutes les décisions requises pour le gouvernement et l'administration de l'Empire. C'est ainsi que ce dernier devient l'incarnation de la loi vivante (*lex animata*), et que les lois viennent à régir tous les domaines de la vie sociale.

Section 3 Les premiers efforts de codification

Dès 429, l'empereur Théodose ordonne la codification, achevée en 438, de toutes les lois impériales depuis le règne de l'Empereur Constantin. Puis, dès sa consécration, l'empereur byzantin Justinien ordonne en 527 la plus grande compilation jamais réalisée dans le monde occidental. Le Code de Justinien reprend le Code Théodosien en y ajoutant les constitutions impériales adoptées depuis un peu plus d'un siècle. La compilation comprend les constitutions impériales et lois romaines (le Code), les commentaires de la doctrine classique (le *Digeste*)⁶⁵³, les enseignements des jurisconsultes destinés aux étudiants (les *Institutes*), et les lois postérieures (*Novelles*). Lors de la renaissance du droit romain au XII^e siècle, cette compilation sera désignée sous le vocable de *Corpus juris civilis*, ce qui représente ni plus ni moins que la base de la tradition juridique occidentale⁶⁵⁴.

Le Code de Justinien consacre l'hégémonie de la loi sur les autres sources du droit, qui se définit alors comme l'expression de la volonté exclusive de l'empereur. Non seulement l'empereur est-il la seule source de la loi, mais il est aussi le gardien exclusif de son interprétation : en cas de doute sur l'interprétation de la loi, on doit en référer à l'empereur qui est aussi la plus haute instance judiciaire⁶⁵⁵. De plus, l'empereur n'est pas lié aux lois⁶⁵⁶. Comme nous le verrons plus loin, ce principe sera abondamment utilisé par les

⁶⁵³ *Id.*, p. 48. Le Digeste comprend les éléments les plus importants de la jurisprudence romaine, de même que les commentaires d'environ trente-huit jurisconsultes ayant publiés pas moins de mille six cents ouvrages. Justinien ordonne aussi de rafraîchir les manuels d'enseignement du droit. Ceci est fait dans les *Institutes*, lesquels reprennent notamment le manuel de Gaius avec son plan tripartite: personnes, biens et actions, que nous retrouvons plus tard en France dans le Code Napoléon et au Canada, dans le Code civil du Bas-Canada.

⁶⁵⁴ Justinien, qui rêvait de faire revivre la grandeur déchuée de Rome, a fait le projet de faire rayonner son code dans tout l'Empire d'Orient, et même en Occident. Les peuples ayant conquis Rome s'en tiendront au Code Théodosien qu'ils intégreront à leurs lois personnelles. Mais le Code Justinien bénéficiera ultimement d'une renommée beaucoup plus vaste que le Code Théodosien, car c'est celui-là qui sera utilisé pour bâtir les fondations du droit européen et celui de plusieurs autres pays qui seront conquis ou colonisés par les royaumes princiers d'Europe.

⁶⁵⁵ Le Code Justinien reprend une constitution impériale datant de 529 qui stipule que seul l'empereur peut faire les lois et les interpréter : J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 50.

⁶⁵⁶ *Id.* p. 51.

légistes princiers pour justifier les tendances absolutistes de certains monarques européens et le maintien des prérogatives et privilèges royaux, dont certains subsistent encore aujourd'hui.

Section 4 Les droits savants : renaissance du droit romain et rayonnement du droit canon

Avant le XII^e siècle, période où le droit romain est « redécouvert », il n'y a pas de systèmes juridiques proprement dits. Il existe bien dans chaque communauté un ordre légal dont les règles sont appliquées par une ou plusieurs autorités constituées, mais ce droit est largement diffus dans l'ordre social⁶⁵⁷. Il ne s'agit pas encore d'un ensemble de règles synthétisées et systématisées comportant un groupe ordonné de principes et concepts généraux qui trouvent application dans des situations déterminées, ce que nous connaissons aujourd'hui sous le vocable de « droit positif ». Vu l'absence d'un droit systématisé, il n'existe pas non plus une classe de professionnels du droit formés dans l'apprentissage et l'application des lois.

Le changement débute à la fin du XI^e siècle, et coïncide avec la professionnalisation de la science du droit. En un siècle, on assiste à l'apparition d'une véritable classe de juristes composée de juges et d'érudits spécialement formés à l'étude et à l'application de règles juridiques⁶⁵⁸. Une partie de cette classe de professionnels est formée dans les universités créées au XII^e siècle en Italie, principalement à Bologne. Ces universitaires étudient les compilations du droit romain faites par Justinien au VI^e siècle. C'est le début de la création du *Corpus juris civilis* inspiré du Code Justinien, du Digeste et des Institutes⁶⁵⁹. Le droit sacré de l'Église chrétienne, comprenant les canons décrétés par

⁶⁵⁷ On peut parler, comme Teubner, d'un « droit socialement diffus » : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 202, p. 61.

⁶⁵⁸ H. BERMAN, préc., note 515, p. 66.

⁶⁵⁹ Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004, p. 79.

les papes, est aussi étudié. Des clercs, comme Gratien, vont créer des compilations privées des édits canoniques.

Le droit romain et le droit canon coexistent avec les coutumes locales, qu'ils vont parvenir à supplanter. Ces deux types juridiques (le droit romain et le droit canon) s'imposent graduellement pour former un véritable droit commun européen et déclenchent le mouvement vers la transformation du droit coutumier non écrit en un droit écrit codifié. L'imposition d'un droit écrit va aussi s'opérer par la nécessité de pourvoir à des solutions plus élaborées que ce qui peut être trouvé dans les coutumes afin de répondre aux besoins créés par la complexification des relations sociales⁶⁶⁰.

En raison de leur supériorité indéniable sur les autres sources du droit, le droit romain et le droit canon seront qualifiés de « droits savants », car ils fournissent des outils (les mots, concepts et principes) pour la réformation des droits disparates et multiples qui s'entrecroisent dans le territoire européen. Les droits romain et canonique apportent également une méthode pour classifier les droits (public/privé, général/particulier, absolu/relatif, meuble/immeuble, etc.). C'est aussi grâce à la réception du droit romain et du droit canonique dans les systèmes juridiques du continent européen que ceux-ci pourront s'affranchir des droits d'exception d'origine féodale et vassalique. Enfin, le droit romain et les règles administratives de l'Église chrétienne d'Occident figurent parmi les modèles dans la construction de la structure étatique des futures nations de l'Europe occidentale.

Avant d'examiner les formes de ces droits savants, il est important de dire quelques mots sur des événements politiques qui ont eu une grande influence sur le développement de la tradition juridique occidentale, et qui se sont déroulés à peu près au même moment où le droit romain est redécouvert. Il s'agit de la Querelle des Investitures qui a suivi la réforme grégorienne, du nom du Pape Grégoire VII qui le premier s'est

⁶⁶⁰ E. DURKHEIM, *La division du travail social*, préc., note 9, p. 41.

opposé aux pouvoirs laïques concernant les investitures ecclésiastiques. L'une des conséquences non prévues de cette réforme a été celle d'amorcer la séparation des pouvoirs temporels et spirituels au sein de l'Empire chrétien d'Occident en consacrant l'idée que l'Église est un corps politique fonctionnant de manière autonome vis-à-vis les pouvoirs séculiers qui, eux, possèdent une autorité complète sur les affaires temporelles⁶⁶¹.

4.1 La théorie des deux glaives

À partir de l'instauration en l'an 380 du christianisme comme religion officielle de l'Empire romain, la communauté chrétienne est unie sous l'autorité de l'Empereur qui est investi du pouvoir temporel et du Pape qui détient le pouvoir spirituel. C'est la théorie des deux glaives, l'un représentant le pouvoir temporel et l'autre le pouvoir spirituel. Selon cette théorie, les prêtres sont responsables des sacrements religieux, mais les décisions concernant l'Église continuent d'être prises par les rois et par l'Empereur.

Jusqu'à l'époque de la Querelle des Investitures, il existe une collaboration étroite entre l'Église et les princes au sujet des affaires séculières et religieuses⁶⁶². Les monarques, chefs de clans et de tribus de l'Occident, dont l'Empereur, gèrent les affaires tant religieuses que laïques sur leur territoire. La communauté chrétienne est unie sous une même allégeance envers la puissance de Dieu incarnée dans, et divisée entre les chefs religieux et temporels selon la théologie des deux glaives. Le sacre des empereurs carolingiens est d'ailleurs l'occasion de remémorer l'origine divine de l'autorité séculière. Cette mainmise sur les affaires de l'Église est nécessaire pour faire échec aux pouvoirs locaux qui tentent de corrompre les clercs et prélats ecclésiastiques⁶⁶³. Dans cette époque troublée par les invasions barbares, l'Église, l'Empire et les monarchies régnautes doivent collaborer et se soutenir mutuellement.

⁶⁶¹ H. BERMAN, préc., note 515.

⁶⁶² Joseph STRAYER, *Les origines médiévales de l'État*, Payot, Paris, 1979, p. 37.

⁶⁶³ H. BERMAN, préc., note 515, p. 105.

La justice est « divinisée »⁶⁶⁴ et sert à la fois de fondement et de légitimité au pouvoir monarchique. Mais à mesure que la paix s'installe en Europe de l'Ouest au XII^e siècle et que la féodalité instaure des règles définies concernant la propriété de la terre, cette collaboration s'effrite. Sur l'initiative du Pape Grégoire VII, la papauté revendique le titre d'autorité suprême tant sur les affaires spirituelles que temporelles. Aussi, le Pape possède non seulement un droit exclusif de désigner les prêtres et ministres de l'Église, mais il a un droit de regard dans les affaires qui intéressent les pouvoirs séculiers, notamment en ce qui concerne la succession des rois et la transmission du pouvoir monarchique⁶⁶⁵.

Le Pape prétend dorénavant détenir les deux glaives, directement en ce qui concerne le glaive spirituel, et indirectement en ce qui concerne le glaive séculier. Selon cette nouvelle doctrine, c'est par l'entremise du Pape que les monarques obtiennent le pouvoir séculier. Or, les légistes formés à Bologne qui sont maintenant au service des monarques français et anglais contestent la théorie augustinienne des deux glaives, en affirmant que le roi, et non le Pape, est le vicaire de Dieu (*vicarius Dei*)⁶⁶⁶. Alors que l'Empereur romain germanique conteste âprement la nouvelle interprétation de l'origine du pouvoir séculier, l'affrontement entre les monarques et l'Église au sujet des investitures ecclésiastiques aura paradoxalement pour effet d'instaurer une séparation étanche entre les affaires temporelles et spirituelles dans les royaumes et communautés de la Chrétienté. La mainmise sur les affaires religieuses qu'obtiendront les réformateurs grégoriens laissera le

⁶⁶⁴ Norbert ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 381.

⁶⁶⁵ Jacques-Yvan MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, The Hague, Martinus Nijhoff Pub., 1995, p. 49. Dans son ouvrage *Policraticus*, Jean de Salisbury, évêque de Chartres, écrit que même si le prince tient son autorité de Dieu, il est néanmoins soumis à l'autorité de l'Église. Les juristes pontificaux vont aussi justifier la suprématie papale sur la base de la règle de la *plenitudo potestatis* qui repose entièrement sur les épaules du chef de l'Église chrétienne, et dont Jean Bodin va plus tard faire l'essence de la souveraineté.

⁶⁶⁶ Fritz SCHULZ, « Bracton on Kingship », (1945) 60 *English Hist. Rev.* 136, 148.

champ libre aux princes pour affirmer leur autorité sur les affaires séculières sans l’approbation de l’Église⁶⁶⁷.

Après la réforme grégorienne, le Pape ne peut plus dicter sa conduite au monarque sur ce qu’il convient de faire dans son royaume, car il n’existe aucune autorité supérieure au roi dans les affaires terrestres⁶⁶⁸. C’est sur la base de cette autorité séculière affranchie de *l’imprimatur* ecclésiastique que les rois vont affirmer leur souveraineté politique et législative et édifier la structure de l’État moderne⁶⁶⁹. La réforme grégorienne va provoquer la première forme de séparation entre l’Église et l’État, bien qu’aucune des monarchies européennes des XII^e et XIII^e siècles ne puisse encore être qualifiée d’État⁶⁷⁰. La légitimité politique conférée aux rois chrétiens par la Querelle des Investitures durera au moins jusqu’à la fin du Moyen Âge.

4.2 Le Corpus juris civilis

C’est en Italie qu’eurent lieu les premiers enseignements du droit romain à partir des textes du *Corpus juris civilis*⁶⁷¹. Les maîtres y ont formé les futurs clercs qui se sont disséminés par la suite dans toute l’Europe. Ces spécialistes du droit romain utilisaient la glose, qui est comparable à la méthode des grammairiens, soit l’explication de textes. Dès le début du XIII^e siècle, les gloses des maîtres se multiplient, au point où un dénommé

⁶⁶⁷ J. Y. MORIN, L’État de droit: émergence d’un principe du droit international, p. 38-39.

⁶⁶⁸ F. SCHULZ, préc., note 666, p. 149-151.

⁶⁶⁹ Peu après la Conquête anglaise par les Normands, Guillaume 1^{er} s’empressera de donner suite à cette nouvelle politique de non-intervention en séparant les juridictions ecclésiastiques et laïques : *infra*, partie III, titre I, chapitre 2, sous-section 3.1

⁶⁷⁰ Une autre conséquence de la réforme grégorienne est l’instauration d’une organisation de type étatique et bureaucratique fondée sur un système juridique différencié, le droit canon.

⁶⁷¹ L’un des premiers maîtres à lire les textes juridiques de Justinien, *Irmerius*, est juge à Bologne où il enseigne le droit jusque vers l’an 1130. Puis, ses quatre disciples, Martinus, Bulgarus, Hugo et Jacobus, prennent la relève et forment la deuxième génération de juristes formés au droit romain, dont Azon. Dès le milieu du XII^e siècle, l’enseignement de ces quatre docteurs attire des élèves dans l’Europe tout entière : J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 139-142.

Accurse, élève d'Azon, publie déjà une mise en ordre de celles-ci. Des Sommes furent ensuite rédigées, qui résumaient et expliquaient les différentes parties des compilations justiniennes. C'est grâce au travail de cette nouvelle génération de maîtres en droit que le droit de Justinien a pu renaître et fonder, avec le droit canonique, le nouveau droit européen.

Alors que les glossateurs du XII^e siècle s'efforcent de trouver le sens originel du texte justinien, les commentateurs (appelés aussi *postglossateurs*) des XIII^e et XIV^e siècles tentent d'adapter le droit romain du VI^e siècle aux nouvelles données de la vie sociale⁶⁷². Aux XV^e et XVI^e siècles, l'école humaniste du droit, sous l'influence du Français Jacques Cujas, prône le retour à la pureté du droit romain et favorise une lecture plus littérale du *Corpus*, mais replacée dans son contexte actuel. Enfin, au XVII^e siècle, un autre français, Domat, voit dans le droit romain un ordre conforme à la loi naturelle voulue par Dieu. C'est ce qu'il justifiera dans son traité paru en 1689 sous le titre « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* ».

L'héritage du droit romain le plus significatif pour la tradition juridique occidentale est sans conteste celui du droit public, notamment la partie de ce droit qui concerne les droits et devoirs du citoyen et de l'État. Ce concept d'État, inconnu chez les Grecs, dont l'étymologie renvoie à la durée, la stabilité (*stare*) est une idée qui est bien développée chez les Romains : le prince ou l'empereur peut mourir, mais l'État, la *res publica*, demeure. Grâce à ces règles de droit public, le droit romain permet aux princes européens d'établir leur hégémonie politique sur des bases juridiques. C'est en effet en se fondant sur ces règles autocratiques développées dans le droit romain, que les légistes princiers réussissent à forger une doctrine juridique sur les droits du prince qui se substitue

⁶⁷² L'un de ces commentateurs est Bartole, auteur d'un traité de droit universel (*Tractatus Universi Juris*) qui comprend non seulement des sources tirées des compilations justiniennes, mais également des textes de droit canonique. Bartole et son élève Balde figurent parmi ces commentateurs qui utilisent les compilations justiniennes plus librement, en y puisant les concepts et principes à l'aide desquels sera formé le droit commun européen. : *id.*, p. 149.

aux anciennes règles coutumières prévoyant la soumission du roi au droit⁶⁷³. S’inspirant des principes du droit romain qui désigne l’empereur comme la « loi vivante », les légistes royaux rédigent les lois princières qui formeront plus tard les droits nationaux⁶⁷⁴.

À titre d’exemple, les premiers commentateurs des compilations justiniennes vont tirer de leur étude des écrits d’Ulprien le principe que l’empereur est l’unique source créatrice de loi et qu’il n’est pas soumis au droit. D’autre part, le *Corpus* de Justinien contient aussi des principes limitant l’absolutisme princier. Si la loi royale est supérieure, c’est que Dieu a donné au prince l’autorité sur les affaires temporelles; c’est la loi qui l’a fait roi (*lex regia*). En ce qui concerne la maxime *Quod principi placuit legis habet vigorem* (ce qui plaît au prince a force de loi) qui a été tirée d’un extrait du *Digeste* d’Ulprien, il faut souligner que loin de consacrer la toute-puissance de l’Empereur, elle insiste plutôt sur le fait que sa puissance telle qu’incarnée dans *l’imperium* et la *potestas* lui a été transférée par le peuple et n’émane pas de sa personne⁶⁷⁵.

En clair, les princes ne sont pas tout à fait libres de faire ce qu’ils veulent et les théologiens sont là pour le leur rappeler. Car la légitimité du pouvoir, de *l’imperium*, passe avant tout par la religion et la morale qui dominent le système normatif, du moins en théorie. L’Église chrétienne, qui, seule, survit à titre d’organe transnational après la chute

⁶⁷³ Les juristes romains ont développé toute une panoplie de formules juridiques qui ont été abondamment utilisées par les légistes travaillant pour les princes et monarques européens pour justifier les prétentions souverainistes et absolutistes de leurs maîtres, notamment grâce à l’emploi de plus en plus fréquent de la législation comme mode prédominant d’établissement et de modification du droit. Les formules les plus souvent citées sont celles présentant le monarque comme la loi vivante (*lex animata*), ou que sa volonté a force de loi (*Quod principi placuit legis habet vigorem*). Également, l’un des préceptes les plus fréquemment discutés fut sans doute celui voulant que le monarque ne soit pas lié par les lois existantes (*Princeps legibus solutus est*). Voir, à ce sujet, l’excellent essai d’Adhémar ESMEIN, « La maxime *Princeps Legibus Solutus Est* dans l’ancien droit public français », dans Paul VINOGRADOFF (dir.), *Essays in Legal History*, London, Oxford University Press, 1913. Selon Eismen, qui se basait sur un texte de Mommsen (*Römisches Staatsrecht, zweiter Band, II. Abtheilung, zweite Auflage*, p. 728 et ss.), ce précepte ne s’appliquait qu’aux lois de droit privé, et pour certaines règles seulement. Il aurait été étendu, à tort, au domaine du droit public et à celui de l’administration de la justice.

⁶⁷⁴ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 177.

⁶⁷⁵ *Id.*, p. 164.

de l'Empire romain, ne cessera de rappeler aux princes et monarques européens que l'exercice du pouvoir politique doit se faire en respectant la loi suprême de Dieu⁶⁷⁶.

4.3 Le droit de l'Église chrétienne

Dès le III^e siècle, lorsque l'empereur Constantin met fin aux persécutions contre les chrétiens, le christianisme fleurit pour devenir quelques années plus tard la religion officielle de l'État romain⁶⁷⁷. À partir de ce moment, le christianisme sert de légitimation au pouvoir de l'Empereur, qui prétend exercer l'autorité divine sur la terre en tant que vicaire de Dieu.

Le droit de l'Église chrétienne se développe très lentement à partir du III^e siècle⁶⁷⁸. Il s'applique d'abord aux affaires religieuses proprement dites, c'est-à-dire aux célébrations du culte et à l'administration des sacrements. Puis, l'Église s'immisce dans plusieurs domaines de la vie sociale, familiale surtout, mais aussi économique. C'est que l'Église veut avoir son mot à dire sur les relations entre époux, la filiation, mais aussi sur les successions et l'utilisation de l'intérêt dans le prêt d'argent⁶⁷⁹. Les premières ordonnances juridiques de l'Église chrétienne sont des décisions rendues par les conciles, les « canons ». Au IV^e siècle, les papes répondent aux questions des évêques par les lettres décrétales, qui

⁶⁷⁶ Javier MARTINEZ-TORRON, *Anglo-American Law and Canon Law, Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 145.

⁶⁷⁷ C'est l'édit de Thessalonique promulgué par Théodose 1^{er} en 380 qui confirme ce changement.

⁶⁷⁸ Il faut préciser ici que, contrairement au judaïsme, les textes religieux du christianisme, les Évangiles, ne contiennent pas de prescriptions juridiques. Les premiers livres de la Bible contiennent en effet plusieurs textes juridiques, dont les plus connus sont le Deutéronome, le Pentateuque et le Lévitique.

⁶⁷⁹ Jean GAUDEMET, Brigitte BASDEVANT-GAUDEMENT, *Introduction historique au droit XIII^e-XX^e siècles*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2003, p. 100. L'Église chrétienne conservera sa mainmise sur la propriété ecclésiastique et les domaines de droit privé touchant les relations familiales et matrimoniales, mais le droit canon et le droit laïc seront dans une position de concurrence assez vive sur ces matières.

seront appelées par la suite tout simplement « décrétales ». Les premières compilations de règles canoniques sont rédigées au XII^e siècle⁶⁸⁰.

L'Église chrétienne d'Occident est la seule religion dans l'histoire qui se soit dotée d'« organes de création rationnelle du droit »⁶⁸¹. Elle puise abondamment dans les règles du droit romain pour l'édification de sa structure administrative⁶⁸². L'Église romaine établit très tôt une séparation claire entre la création de normes par l'autorité religieuse compétente (les règles de droit canon ne sont pas réputées avoir toujours existé, puisqu'elles créent de nouvelles normes de conduites) et l'application des normes par des tribunaux constitués spécifiquement pour cette tâche⁶⁸³.

La formation d'un droit sacré pour la chrétienté est l'une des conséquences de la différenciation de l'Église et du gouvernement séculier après la Réforme grégorienne⁶⁸⁴. Après cette réforme, les frontières de la juridiction temporelle et de la juridiction ecclésiastique sont bien délimitées et les prérogatives et privilèges de la royauté et de l'Église scrupuleusement respectés en raison notamment de l'appui mutuel que ces deux autorités se procurent. Si les monarques et princes européens sont ouvertement en conflit avec l'autorité pontificale, l'organisation fortement hiérarchisée et bureaucratisée de l'Église occidentale leur sert néanmoins de modèle dans l'exercice du pouvoir politique⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰ L'Église chrétienne constitue d'ailleurs l'un des principaux débouchés pour les clercs ayant étudié le droit romain en Italie.

⁶⁸¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 150.

⁶⁸² Après la chute de l'Empire, l'Église, déjà fortement romanisée, prend la relève et reste fidèle à Rome et à son droit.

⁶⁸³ R. BENDIX, préc., note 49, p. 401.

⁶⁸⁴ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 352. Aucun des systèmes juridiques en Orient ne connaîtra une telle différenciation et un tel dualisme entre les prescriptions religieuses et les règles séculières.

⁶⁸⁵ Henri II d'Angleterre, Philippe Auguste de France et Roger II de Sicile ont tous régné à la même époque. Souverains extrêmement puissants, ils se sont inspirés de la pratique ecclésiastique et ont fait progresser non seulement le concept d'État et la cause de la centralisation administrative, mais aussi l'institution de

L'utilisation par le pape de son pouvoir législatif pour créer des lois nouvelles (qu'il tire du droit romain), est une source d'inspiration pour les princes européens⁶⁸⁶. La doctrine du droit divin des rois, bien que d'origine religieuse, servira en outre à légitimer le pouvoir monarchique qui aura ensuite les coudées franches pour imposer sa volonté.

Le droit canon est un précédent formidable pour le droit séculier dans son cheminement vers la rationalisation⁶⁸⁷. L'influence du droit canon sur le droit laïque se fait notamment sentir dans la procédure pénale, qui est rendue plus humaine par le remplacement, à titre de moyens de preuve, des procédés magiques comme l'ordalie et le duel judiciaire, par le témoignage et l'aveu⁶⁸⁸. Cette nouvelle procédure pénale est qualifiée de « romano canonique », car elle emprunte des principes à l'un et l'autre droit⁶⁸⁹. Selon Weber, ce nouveau système de preuves et la procédure inquisitoriale garantissaient « la constatation optimale de ce qui est réellement arrivé »⁶⁹⁰. L'Église chrétienne est aussi à la source de la théorie de la personnalité juridique, la *persona ficta*, qui a été développée par le pape Innocent IV.

La plupart des historiens spécialisés dans l'histoire médiévale ont de même reconnu l'influence des règles canoniques dans l'émergence des théories constitutionnelles sur le gouvernement limité⁶⁹¹. Se basant sur la règle de droit canonique de la supériorité

procédures juridiques rationalisées dans leur royaume respectif : J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 155.

⁶⁸⁶ *Id.*

⁶⁸⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 183.

⁶⁸⁸ Ce changement survient lorsque l'Église décide d'interdire le recours à l'ordalie et au duel judiciaire. Le droit canonique impose aussi le principe de la responsabilité personnelle et prohibe les punitions collectives parce qu'elles sont injustes.

⁶⁸⁹ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 174. Si le système de preuve emprunte au droit canon, la procédure de type inquisitoriale vient du droit romain de l'Empire (principat) qui a remplacé la procédure accusatoire en vigueur pendant la République.

⁶⁹⁰ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 184.

⁶⁹¹ J. MARTINEZ-TORRON, *Anglo-American Law and Canon Law, Canonical Roots of the Common Law Tradition*, préc., note 676, p. 147; C.J. REID, « The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition :

absolue de la loi divine sur les lois temporelles, les théologiens et juristes du Moyen Âge ont élaboré des théories sur la soumission de tous, y compris le roi, au droit naturel d'origine divine. Ces théories permettent même le renversement de la monarchie dans le cas où elle exerce son pouvoir délégué par Dieu de manière tyrannique, et donc en contradiction avec le droit qui l'a constituée (*lex regia*). L'Église romaine sera aussi la première organisation occidentale à utiliser la forme électorale pour l'élection des représentants ecclésiastiques. L'on ne saurait enfin conclure ce résumé des influences du droit canonique sur le droit constitutionnel sans mentionner la règle *Quod omnes tangit* (ce qui concerne l'ensemble du groupe doit être approuvé par tous), qui est à la base de la théorie politique de la représentation⁶⁹².

An Historical Inquiry », (1991) 33 *Boston College Law Review* 37; Brian TIERNEY, *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

⁶⁹² C'est le Pape Innocent III qui le premier utilisa autour de l'an 1200 cette règle aux fins des assemblées ecclésiastiques; elle est tirée du droit justinien sur l'approbation de tous les tuteurs pour les actes de la tutelle: J. MARTINEZ-TORRON, préc., note 676, p. 157.

CHAPITRE 3 L'ENRACINEMENT TERRITORIAL DU DROIT

Les premières phases du développement de la tradition juridique occidentale débutent avec la renaissance du droit romain au tournant du deuxième millénaire. L'Europe continentale est alors sous l'emprise du droit coutumier. Les légistes formés au droit romain s'activent toutefois à formuler des thèses pour les princes et chefs ecclésiastiques à partir des concepts juridiques du *Corpus juris civilis* et du droit canon. Cette période correspond aussi à la formation du système de tribunaux en Angleterre et en France.

Avec les mélanges ethniques qui sont de plus en plus importants à partir du IX^e siècle, le régime de personnalité des lois disparaît⁶⁹³ et un processus de « territorialisation du droit » se met en branle. L'Église favorise d'ailleurs beaucoup l'unité territoriale au nom de l'unité dans la foi chrétienne⁶⁹⁴, ce qui facilite l'enracinement des populations, tant du point de vue physique que politique. Les anciennes règles des peuples germaniques sont remodelées à l'aide d'usages locaux pour établir de nouvelles règles qui s'appliqueront à une échelle plus restreinte, celle d'une région, d'une ville ou même d'une seigneurie. Les coutumes territoriales comblent en quelque sorte le vide laissé par la dissolution des systèmes de parenté et de clan.

Le « droit coutumier » (traduction française du mot latin *consuetudo*)⁶⁹⁵ est un droit ancré dans la réalité sociale qui est réputé avoir toujours existé. La validité de ce droit dépend de sa longévité et de son immutabilité; il se forme avec le temps et la répétition, tirant sa force obligatoire du consentement présumé de la population à laquelle il s'applique, et de son application constante depuis un passé très ancien. Les défauts de la

⁶⁹³ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 107.

⁶⁹⁴ La Chrétienté adoptera d'ailleurs plusieurs lois matrimoniales canoniques qui empêcheront les mariages endogamiques, de façon à briser les anciennes divisions familiales et claniques d'origine païenne et renforcer l'appartenance au royaume chrétien : *id.*, p. 108.

⁶⁹⁵ Dans le droit romain, l'expression latine « *consuetudo* » désigne le « droit qu'un long espace de temps a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans intervention de la loi » : *id.*, p. 36.

coutume sont nombreux : il s'agit d'un droit oral difficile à prouver⁶⁹⁶. Les coutumes ne sont souvent reconnues comme ayant force obligatoire que lorsqu'elles sont validées par une décision judiciaire⁶⁹⁷. C'est aussi un droit qui ne peut faire face aux situations nouvelles et qui est éminemment incertain et instable par opposition aux droits savants qui lui font concurrence.

Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime en France, et après la Glorieuse Révolution en Angleterre, le contrôle royal sur la création du droit demeure donc limité par le droit existant formé par la coutume, l'usage et la raison. Ce droit est considéré comme la propriété du peuple, et il est défendu assez farouchement par les juges, cette classe de personnes spécialisées dans la connaissance juridique. Il faut dire aussi que, dans la période qui précède les grandes codifications du droit privé en Europe, les lois princières, le droit coutumier et le droit romain qui leur fait concurrence n'ont pas de légitimité en tant qu'expression directe de la volonté populaire. Les coutumes naissent de pratiques répétées sur une longue période, les lois sont l'œuvre du monarque et les jugements des cours souveraines appliquent ces lois ou des règles coutumières fortement teintées de principes de droit romain.

Dans le présent chapitre, nous examinerons les caractéristiques de ce droit formé par la coutume dans les deux systèmes juridiques emblématiques de la tradition juridique occidentale. Nous verrons aussi les bases sur lesquelles se construisent les théories visant à freiner les tentatives absolutistes des princes européens.

⁶⁹⁶ Une ordonnance de Saint-Louis règlera la preuve de la coutume au moyen de l'enquête par turbe (groupe composé d'au moins dix témoins, des hommes sages (« prudhommes »)) pour aider le juge à déterminer la coutume applicable : J. M. CARBASSE, *Introduction historique du droit*, préc., note 629, p. 123. C'est notamment en raison de l'incertitude créée par l'oralité des coutumes, et aussi parce que certaines coutumes locales sont parfois silencieuses sur certains sujets, que le roi de France Charles VII ordonnera en avril 1454 que les coutumes de France soient mises par écrit. Il s'agit de l'Ordonnance dite de Montil-lès-Tours, par laquelle les baillis et sénéchaux doivent rédiger les coutumes dans les localités qui sont de leur ressort.

⁶⁹⁷ Alan WATSON, *The Evolution of Law*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1985, p. 53.

Section 1 Les lois des peuples d'origine germanique et franque

Les peuples « barbares » qui ont mis fin à l'Empire romain d'Occident ont apporté avec eux leurs lois coutumières. Cette époque est considérée par les historiens comme celle de la personnalité du droit : ce n'est pas le territoire qui détermine la loi applicable, mais l'appartenance au groupe ethnique ou familial d'un individu⁶⁹⁸.

Les anciens textes juridiques de ces peuples sont des compilations de lois qui rassemblent l'ensemble des coutumes et usages dans la communauté, les chefs politiques ne pouvant créer du droit eux-mêmes. Plusieurs de ces compilations ont été rédigées dans un but de sécurité juridique, étant donné le vide juridique laissé par la chute de l'Empire romain pour les groupes autrefois régis par ce droit et qui ont été conquis par les « Barbares »⁶⁹⁹. Elles visent à présenter de manière ordonnée le droit en vigueur. Ces lois coutumières sont aussi écrites dans le but d'inciter les clans rivaux à soumettre leurs différends à des assemblées locales afin d'éradiquer la vengeance privée. Certaines lois fixeront notamment la somme d'argent ou le bien à remettre par la partie fautive en compensation de la perte encourue par l'autre partie⁷⁰⁰.

Ce sont surtout les Germains du sud de la Gaule, les Wisigoths et les Burgondes qui sentent le besoin de mettre par écrit les lois pour leurs populations romaines⁷⁰¹. L'une

⁶⁹⁸ Dans le régime de personnalité du droit, la première question posée dans un procès était celle de savoir sous quel régime de loi le justiciable prétendait vivre. Les choses pouvaient devenir compliquées lorsque les deux parties ne vivaient pas sous le régime de la même loi. Encore aujourd'hui, ce type de régime juridique survit sous le vocable du droit international privé. Ce droit particulier détermine le régime juridique applicable aux questions sur le statut personnel des personnes ayant changé de domicile.

⁶⁹⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 198.

⁷⁰⁰ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 103. La loi salique, par exemple, indique de façon très précise le montant que devra déboursier l'auteur du crime, qui variera selon la nature du délit, la qualité de l'auteur du délit et celle de sa victime (coups ou blessures, meurtre, vol, commis par un homme ou une femme libre, à l'endroit d'un enfant, d'une servante, d'un compagnon du roi etc.).

⁷⁰¹ Le premier recueil de lois germaniques aurait été promulgué en 476 par le roi des Wisigoths, Euric. Le roi des Burgondes, Gondebaud, aurait ordonné la compilation des lois burgondes en 502 : M. MORIN, préc., note 659, p. 113.

des plus anciennes collections de ce type de lois est la loi des Francs saliens, la Loi salique (*Lex Salica*), qui a longtemps été considérée comme faisant partie de la loi fondamentale du royaume de France. La Loi salique est fortement inspirée du Bréviaire d'Alaric. Elle est composée en grande partie de dispositions pénales prescrivant la compensation pécuniaire à être versée à la victime d'un délit. Cette compensation monétaire est le prix du sang ou le *wergeld* (prix de l'homme), lequel varie selon le statut de la victime. Le Bréviaire d'Alaric est promulgué en 506 par le roi des Wisigoths, Alaric II ; il contient plusieurs règles du Code Théodosien, le premier code officiel de l'Empire romain⁷⁰².

Malgré son caractère archaïque au vu du droit moderne, la composition pécuniaire représente un progrès considérable pour l'époque, car il remplace l'anarchie antérieure causée par la vengeance privée par une méthode pacifique de résolution des conflits. Les codes des peuples germaniques vont progressivement tomber en désuétude dans la période qui suit le Haut Moyen Âge, alors que le droit prend racine dans le territoire, et non dans la personnalité des individus qui le réclame. Les coutumes territoriales remplacent ces codes qui sont personnels aux clans et aux groupes ethniques.

Section 2 Les coutumes de France

Au XI^e siècle, la société française se divise en ordres auxquels sont attachés des privilèges importants. Les trois principaux ordres ou états sociaux sont : 1) le clergé (ceux qui prient), 2) l'armée (ceux qui combattent), et 3) le tiers état (ceux qui travaillent). Le roi siège au sommet de cette division pyramidale, à la jonction des ordres militaire et ecclésiastique⁷⁰³.

⁷⁰² Id.

⁷⁰³ J. M. CARBASSE, *Introduction historique du droit*, préc., note 629 p. 113. Cette classification sociale est importante au niveau politique et le demeure jusqu'à la Révolution française

Le droit médiéval français est formé des droits privilèges attachés à ces ordres et de coutumes et chartes juridiques qui encadrent les relations d'ordre privé⁷⁰⁴. Le domaine de prédilection de la coutume est le droit patrimonial (successions, régimes matrimoniaux, droit des biens) et la condition des personnes (nobles, bourgeois, roturiers, serfs). Les coutumes sont considérées par les habitants comme une protection à l'encontre de l'arbitraire des pouvoirs, celui du roi et des seigneurs⁷⁰⁵. Les franchises accordées aux ordres et aux villes et les coutumes privées s'entremêlent pour constituer le droit coutumier, privilège d'une localité, d'une région, voire d'une province⁷⁰⁶. Du fait de cette division du territoire à la fois politique et juridique, coutumes locales et droits particuliers forment une mosaïque juridique complexe.

La rédaction des coutumes donne au roi la possibilité d'intervenir dans un processus de création du droit auquel il n'a normalement pas accès⁷⁰⁷. Une fois écrites, les compilations de coutumes d'une région font souvent l'objet d'emprunts par d'autres régions pour la simple raison qu'elles sont écrites⁷⁰⁸. Après la redécouverte du droit romain

⁷⁰⁴ André GOURON « Les ordonnances royales dans la France médiévale », dans Antonio PADOA-SCHIOPPA (dir.), *Justice et Législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 81 à 100; Albert RIGAUDIERE « Un enjeu pour la construction de l'État : penser et écrire la loi dans la France du XIV^e siècle », dans Antonio PADOA-SCHIOPPA (dir.), *Justice et Législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 101 à 132.

⁷⁰⁵ Par leur nature et leur mode de formation, les coutumes échappent au contrôle politique. En revanche, le roi peut légitimement légiférer sur le droit public, notamment pour préserver la paix publique.

⁷⁰⁶ La Coutume de Toulouse, rédigée originalement pour la ville même, en viendra à s'appliquer à l'ensemble du comté de Toulouse.

⁷⁰⁷ J. GAUDEMET, B. BASDEVANT-GAUDEMENT, préc., note 679, p. 249-250. Les coutumes non écrites doivent être prouvées. L'enquête par turbes est, en France, l'une des méthodes employées pour prouver l'existence d'une coutume présumée; elle consiste à demander l'opinion d'un certain nombre de personnes sur l'existence de cette coutume. La mise par écrit des coutumes vise à mettre fin à l'incertitude du droit et aux conflits de coutumes; c'est aussi une manœuvre pour encadrer la création du droit privé.

⁷⁰⁸ *Le Sachsenspiegel* par exemple, qui est une simple compilation de règles coutumières locales, sera utilisé dans tout le nord de l'Allemagne et dans d'autres pays d'Europe, notamment les Pays-Bas et la Pologne : M. F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, tome 5, Paris, Cotillon, 1858, p. 23.

au XII^e siècle, les coutumes seront progressivement remodelées selon le langage du droit romain en raison de la supériorité évidente de ce droit, et du fait qu'il est écrit⁷⁰⁹.

Les coutumes et franchises sont très différentes d'une région à l'autre. La plus importante division territoriale est celle qui divise le nord, pays de coutumes, et le sud, pays de droit écrit. En réalité, toute la France vit sous un régime de droit coutumier, mais c'est dans le Sud, en raison de l'influence du droit romain, que le processus de rédaction des coutumes commence le plus tôt. Dans le Nord, les coutumes ne sont pas écrites avant la fin du XV^e siècle, et même plus tard; les coutumiers rédigés avant cette date sont des œuvres privées qui n'ont pas de valeur officielle⁷¹⁰.

La rédaction des coutumes ne change pas la nature de la règle, mais elle lui donne un fondement différent. Dès sa mise par écrit, la coutume ne relève plus uniquement de la volonté populaire, mais aussi de celle du souverain⁷¹¹. En ce qui concerne la relation entre le roi et le droit coutumier, celle-ci est marquée par deux principes importants. Le premier est que le roi est gardien des « bonnes coutumes »; il a donc la charge de les faire respecter. Ce principe lui permet cependant de ne cautionner que les coutumes qu'il considère comme appropriées. Le second principe est que le roi étant chargé de rendre la justice, il doit réformer ou abolir les mauvaises coutumes qui créent des injustices. C'est en partie grâce à ce deuxième principe que le roi pourra graduellement élargir son pouvoir de légiférer sur l'ensemble du territoire et même intervenir dans le droit privé. De façon générale toutefois, les coutumes continuent à gérer l'ordre social français jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

⁷⁰⁹ Plusieurs des compilations et gloses rédigées sur les coutumes au Moyen Âge reprennent de façon souvent non avouée des concepts venant du droit romain : A. WATSON, *The Evolution of Law*, préc., p. 55. Selon Maine également, les coutumes des peuples ayant conquis l'Empire romain étaient déjà fortement imprégnées d'éléments de droit romain : H. S. MAINE, préc., note 449, p. 281-282.

⁷¹⁰ J. M. CARBASSE, *Introduction historique du droit*, préc., note 629, p. 122-123. Ainsi en est-il du *Très ancien coutumier de Normandie*, ou des *Coutumes du Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir. Étant donné l'absence de valeur officielle de ces recueils de droit coutumier, la tâche des tribunaux demeure ardue.

⁷¹¹ J. GAUDEMET, B. BASDEVANT-GAUDEMET, préc., note 679, p. 264.

Section 3 Le droit anglais immémorial

3.1 La *legem terrae* et la commune ley

Avant 1066, l'Angleterre est sous la domination de tribus d'origine germanique et nordique (Saxons, Angles, Jutes, Danois) qui se partagent le pays à la dissolution de l'Empire romain. Leur droit est sensiblement de même nature que celui des autres peuples germaniques ayant conquis la Gaule, l'Italie, et les autres territoires de l'Europe continentale⁷¹². Il est formé de lois adoptées par les chefs de guerre ou de clan. Ces lois sont essentiellement de nature répressive et contiennent peu de dispositions d'ordre privé, car les relations personnelles sont dominées par l'autorité patriarcale.

Les cours seigneuriales, les *hundred courts* et les *county courts*, gèrent l'ensemble des problèmes d'ordres légaux et administratifs de la communauté. Le gouvernement local est « judiciaire », car les décisions relatives à l'administration de la localité sont prises en assemblées publiques. Dans ces assemblées, on applique des règles qui sont réputées préexistantes. Les procédures devant ces tribunaux sont entièrement orales et le résultat demeure toujours incertain⁷¹³.

La Conquête normande change la structure administrative et judiciaire du pays. Les Normands centralisent l'administration du royaume entre leurs mains et réduisent considérablement le champ d'influence de l'administration locale⁷¹⁴. Les juges itinérants nommés par Henri II pour sillonner le territoire, percevoir les impôts et rendre justice dans le royaume s'installent de manière permanente à Westminster au milieu du XIII^e siècle.

⁷¹² *Supra*, section 1.

⁷¹³ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4^e édition, Bath, Butterworths, 2002, p. 13.

⁷¹⁴ De fait, le droit commun anglais, la «*common law*», est en fait le sous-produit du triomphe de la centralisation et de la spécialisation administrative de l'Angleterre après la Conquête normande : S. F. C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd, Toronto, Butterworths, 1981.

C’est le règne de la *legem terrae*⁷¹⁵, puis de la *commune ley* (en *law french*), du moins pour tout ce qui concerne le droit des personnes et des biens⁷¹⁶. Le droit est considéré comme l’héritage commun et inaltérable des habitants du royaume et lie le roi qui est tenu de le respecter⁷¹⁷:

« La ley est le plus haute inheritance, que le roy ad; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi, et nul inheritance sera »⁷¹⁸.

Le rôle du monarque est de préserver ce droit, de le déclarer et d’apposer une sanction lorsque cela s’avère nécessaire pour en assurer le respect. Mais l’origine du droit est populaire et non régaliennne : le droit est l’engagement commun de la république selon Bracton⁷¹⁹. Le pouvoir législatif du roi sert à déclarer le droit plutôt qu’à le créer, bien que les historiens anglais considèrent la loi *Quia Emptores* (1290) comme étant l’un des premiers exemples de législations créant de nouvelles règles. Le droit anglais est, comme le droit romain, intimement lié à la procédure qui permet de le mettre en action. Un droit n’existe que si une procédure, le *writ*, le reconnaît. D’ailleurs, sous le couvert d’ordonnances servant à clarifier le droit, la monarchie se sert de plus en plus de son pouvoir législatif pour créer de nouvelles procédures visant à renvoyer devant les tribunaux royaux les affaires qui sont du ressort des tribunaux locaux⁷²⁰.

⁷¹⁵ *Magna Carta*, 1215, Article 39.

⁷¹⁶ Gerald POSTEMA, “Classical Common Law Jurisprudence (Part I)”, (2003) *O.U.C.L.J.* 155, p. 160.

⁷¹⁷ Fritz KERN, *Kingship and Law in the Middle Ages*, Oxford, Blackwell, 1939; J. G. A. POCOCK, *L’Ancienne constitution et le droit féodal*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 58; G. BARRACLOUGH, “Law and Legislation in Medieval England”, CCXXI, *Law Quaterly Review*, 75, p. 76.

⁷¹⁸ *Year Books*, XIX, Henry VI, cité dans Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co., 1960, p. 184.

⁷¹⁹ C. H. McILWAIN, “The English Common Law, Barrier against Absolutism”, (1943) 49 *American Hist.Review* 23, p. 28.

⁷²⁰ Mais dès 1285, le Parlement anglais met fin à cette tendance par le Statut de Westminster, qui interdit la création de nouvelles procédures : 13 Ed. III, c. 4.

Sous l’impulsion des juges nommés par le roi et chargés de rendre la justice royale à travers le territoire, les « oracles du droit », se forme peu à peu une science du droit qui est ni plus ni moins qu’un mélange de droit romain et de règles féodales⁷²¹. Comme le droit romain, le droit anglais est un droit empirique dédié à la solution de problèmes pratiques. Appliquant le principe de similitude des cas (*In consimile casu*) après l’adoption du Statut de Westminster de 1285, les juges des tribunaux de la *common law* étendront peu à peu ce droit jurisprudentiel et empirique à l’ensemble du territoire.

Très tôt dans l’histoire juridique anglaise donc, c’est un droit commun à tout le territoire qui est appliqué par les tribunaux royaux, contrairement à la France qui est aux prises avec une multitude de coutumes locales et régionales qui se chevauchent. Ce droit commun est discuté par les juges et les avocats dans les *Inns of Court*, qui gardent ainsi le contrôle de la production juridique. Cette évolution favorise la création d’une culture de classe professionnelle parmi les porteurs spécialisés qui sont en nombre plus limité que dans le royaume français.

Au fil des siècles, grâce à la doctrine du *stare decisis*, la *common law* évolue et étend ses ramifications sur tous les domaines du droit. C’est un droit judiciaire qui est peu touché par la législation, laquelle est appliquée de manière restrictive par les tribunaux. Il est aussi peu influencé par la renaissance du droit romain, car le système des tribunaux anglais est déjà bien installé avant même que le droit ne soit systématisé dans les universités du Continent⁷²². Nous verrons dans la prochaine section comment le caractère

⁷²¹ *Id.*, p. 24.

⁷²² J. H. BAKER, préc., note 713, p. 28. Comme le soulignent les historiens anglais Pollock et Maitland,

“...while the other nations of Western Europe were beginning to adopt as their own the ultimate results of Roman legal history, England was unconsciously reproducing that history; it was developing a formulary system which in the ages that were coming would be the strongest bulwark against Romanism and sever our English law from all her sisters” : Frederick POLLOCK, Frederick W. MAITLAND, *History of English Law before the Time of Edward I*, 1895, p. 558.

intouchable de la *common law* sera porté au flambeau par une partie de la classe judiciaire, avec le juge Coke comme principal défenseur.

3.2 La raison artificielle du droit

Le début du XVII^e siècle voit naître, sous les auspices du juriste anglais Lord Edward Coke, une nouvelle théorie juridique qui élève la règle de suprématie de la *common law* au rang de doctrine constitutionnelle⁷²³. Lord Coke fut président de la Cour des plaids communs et de la Cour du Banc du roi entre 1606 et 1616, date où il fut destitué de son poste par Jacques 1^{er} en raison de son opposition constante aux théories du roi sur le droit et la Constitution.

Le juge en chef Coke défend l’idée d’un droit commun immémorial pour soutenir sa prétention selon laquelle ni le roi ni le Parlement ne peuvent modifier certains droits qui sont reconnus par la coutume anglaise⁷²⁴. Dans une société en proie aux bouleversements politiques et religieux comme l’est l’Angleterre du XVII^e siècle, on comprend la nécessité de défendre la thèse d’un droit immuable que ni le roi ni le Parlement ne peuvent détruire⁷²⁵. La thèse de Coke est en tout point conforme à l’idée que le droit est le bien commun des habitants du royaume auquel les tenants du pouvoir doivent rester soumis.

Le juge en chef Coke manifeste ses prises de positions idéologiques sur la primauté de la *common law* dans plusieurs déclarations judiciaires. Ainsi, s’opposant aux velléités de Jacques 1^{er} qui prétend pouvoir rendre lui-même des décisions en vertu de son pouvoir de justice retenue, Coke affirme qu’il revient à la Cour, et non au roi, de rendre

⁷²³ J. S. COCKBURN, *A History of English Assizes, 1558-1714*, Holmes Beach, Florida, Gaunt & Sons, 1986, p. 219.

⁷²⁴ *Dr. Bonham’s Case*, 4 Co. Inst. 109.

⁷²⁵ John Underwood LEWIS, “Sir Edward Coke (1552-1634): His Theory of ‘Artificial Reason’ as a Context for Modern Basic Legal Theory”, dans Allan D. BOYER (dir.), *Law, Liberty, and Parliament*, Indianapolis, Liberty Fund, 2004, p. 108.

jugement. Dans l’affaire *Prohibitions del Roy*, il rappelle au roi la phrase de Bracton sur la soumission du roi au droit : *Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*⁷²⁶.

À l’opposé de Coke, le chancelier Lord Ellesmere affirme que le roi est source de toute justice et qu’il revient à lui, et non à la Cour du Banc du roi, de gouverner le pays. Selon la thèse de Lord Ellesmere, grâce à sa position de chef suprême des tribunaux, le roi peut aussi instituer de nouveaux tribunaux et même statuer personnellement sur les controverses⁷²⁷. Coke soutient au contraire que le roi est *sub Deo et lege* et que son pouvoir judiciaire a été entièrement et irrévocablement transféré aux juges du droit commun⁷²⁸. Le roi ne peut plus « créer » de tribunaux spéciaux appliquant des procédures autres que celles du droit coutumier qui, de toute manière, est pleinement capable de résoudre tous les problèmes juridiques se présentant devant les juges de droit commun.

Dans un procès impliquant le pouvoir du roi de consulter les juges des cours de *common law*, l’affaire *Peacham*, Lord Coke s’attire les foudres de Jacques 1^{er} en affirmant que les juges ne pouvaient être consultés individuellement, mais seulement en tant que corps (« they ought to be consulted as a body »)⁷²⁹. Plus tard, dans ses *Institutes*, Lord Coke réaffirme ce principe chèrement défendu dans l’affaire *Peacham* (puisqu’il lui coute son poste de juge en chef de la Cour du Banc du roi), selon lequel les juges ne devraient pas être consultés sur des affaires qui risquent un jour de leur être déferées pour être jugées,

⁷²⁶ Steve SHEPPARD (dir.), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 3 v., vol. 1, p. 481 : “The king ought not to be under any man, but under God and the Law”.

⁷²⁷ Clive HOLMES, « Les instruments juridiques du pouvoir et l’État dans l’Angleterre du début de l’époque moderne », dans Antonio PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 330.

⁷²⁸ *Id.*, p. 329.

⁷²⁹ J. BEAUTÉ, *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke, 1552-1634 : ses idées politiques et constitutionnelles : ou, aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, p. 105.

affirmant du même coup que leur rôle est de juger, non de conseiller⁷³⁰. On voit poindre dans cette affirmation de Lord Coke une manifestation de cette conscience des intérêts particuliers de la classe judiciaire, intérêts que cette classe ne partage avec aucun autre membre de l’administration royale, dont la seule fonction est de conseiller le roi et d’exécuter ses commandements.

Lord Coke affirme aussi que la *common law* est le perfectionnement artificiel de la raison, telle que développée par une longue lignée de juristes savants qui l’ont fixé, affiné et raffiné⁷³¹; ce droit ne saurait donc être réduit à la raison personnelle d’un seul individu, fut-il roi. L’insistance de Coke à propos de cette « raison artificielle » du droit doit être comprise comme une ultime tentative de préserver un corps de règles immanentes que ni le roi ni le Parlement ne peuvent toucher. Le droit en tant que raison artificielle acquise par l’expérience et le long usage est une raison que seuls les juges ou les *common lawyers* peuvent acquérir par la réflexion et l’étude des précédents. Dans une époque où la stabilité et les certitudes octroyées par le droit médiéval ancré dans l’usage et la tradition sont constamment mises à mal, cette raison artificielle du droit permet la survivance de la *legem terrae* menacée autant par l’usage intempestif de la prérogative royale, que par l’activisme accru des parlements anglais de l’après Tudor.

⁷³⁰ Cet énoncé de Lord Coke pave la voie à la règle d’impartialité du juge qui exige que celui-ci n’ait pas préjugé d’une affaire avant de l’avoir entendue. En ce début du XVII^e siècle, le concept d’indépendance judiciaire est une idée obscure qui ne semble faire l’objet d’aucun précédent.

⁷³¹ *Prohibitions del Roy*, 12 Rep. 64-65 :

«Then the King said, that he thought the Law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: To which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent Science, and great endowments of nature; **but his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England**, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; **they are not to be decided by naturall reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it;**». (Notre mise en évidence)

C’est aussi, comme nous y faisons allusion plus haut, la manifestation de l’autonomie du droit en tant que connaissance spécialisée, portée par des juges aptes à l’interpréter et à l’appliquer. C’est une revendication du même ordre que font valoir les juges des parlements français qui, à la même époque, font des remontrances au roi et refusent d’enregistrer les ordonnances royales, au motif que ces ordonnances sont contraires au droit et à la coutume⁷³².

La révolution anglaise de 1689, qui met fin à l’absolutisme royal en Angleterre et introduit la toute-puissance du Parlement, aura des répercussions importantes sur la place du droit dans le système social et sur la position du juge dans le système juridique. Nous verrons dans le prochain chapitre comment s’enclenche ce très grand mouvement de différenciation hiérarchique du droit qui aura pour effet de conférer une place prééminente à la législation comme mode de production du droit.

⁷³² *Infra*, partie III, titre I, chapitre 2, sous-section 4.2.

CHAPITRE 4 LA DIFFÉRENCIATION HIÉRARCHIQUE DU DROIT

La synthèse du droit prémoderne démontre que l'acquisition d'un pouvoir normatif par les monarchies patrimoniales européennes fut un lent processus auquel ont fait obstacles le droit coutumier français et la *common law* anglaise. Le droit territorial (la *legem terrae* et les coutumes) est invoqué pour contrer l'extension des privilèges et des droits d'exception, dont les prérogatives royales. Même la doctrine du droit divin des rois, qui permet aux monarques d'écarter les pouvoirs religieux et d'asseoir leur souveraineté sur les affaires temporelles, n'en rappelle pas moins aux premiers qu'ils sont soumis au droit suprême, celui de la loi divine qui les a faits roi.

Dans la phase de transformation du droit qui suit la différenciation du droit entre la législation et le jugement, le contrôle de la production juridique devient l'un des enjeux majeurs de la lutte à trois que se mènent les monarchies régnautes, les aristocraties féodales et les nouvelles classes bourgeoises. Puis, le développement de l'économie de marché au XVI^e siècle met un terme aux alliances factices qui se sont créées entre la bourgeoisie et les princes européens pour miner les pouvoirs de l'aristocratie⁷³³. La fin de ces alliances ouvre la voie à un remaniement des bases juridiques de l'organisation sociale des sociétés européennes qui est encore majoritairement fondée sur l'attribution de privilèges d'origine féodale et les droits d'exception dont bénéficient la noblesse, le clergé, et par-dessus tout, les monarques. La rupture de ces alliances laisse aussi le champ libre aux courants révolutionnaires qui triomphent en Angleterre et en France. Dans le cas de la Révolution française, c'est une rupture qui survient dans les modes d'établissement et de découverte du droit, laquelle aura des répercussions radicales sur le pouvoir du juge.

Au terme de ces réorganisations politiques majeures, le contrôle de la création du droit par la législation est l'objet d'un transfert aux assemblées délibérantes et la loi devient

⁷³³ C'est ce type d'alliance qui a notamment permis à la Chambre des communes de se développer et de devenir une force dominante au sein de l'institution parlementaire anglaise.

le mode dominant de production du droit⁷³⁴. La législation, qui était devenue l'instrument privilégié des monarques, change de mains : c'est la Nation, représentée par l'assemblée populaire, qui en prend le contrôle.

Avec la progression de la bureaucratie et la différenciation du droit et de la politique, le droit acquiert une plus grande autonomie vis-à-vis des autres formes de domination, y compris l'État, qui doit lui-même composer avec l'octroi des droits subjectifs qu'il a autorisé et qui permet aux individus de le poursuivre en justice devant ses tribunaux. Déchargé de sa fonction purement instrumentale pour l'exercice du pouvoir politique et le maintien des valeurs morales, le droit général et universaliste peut remplir sa fonction d'intégration et de régulation des attentes normatives individuelles et collectives.

Nous verrons dans les sections qui suivent comment ces changements se sont mis en place, et de quelle manière les mutations politiques et juridiques ont donné ouverture à la formation d'un droit différencié de la matrice sociale fonctionnant de manière autoréférentielle.

Section 1 L'octroi des droits subjectifs

Les transformations dans les fondements de l'ordre juridique qui surviennent à l'aube de la modernité sont d'une importance cruciale pour la compréhension du mode d'acquisition des droits subjectifs. Afin de mieux expliquer les conséquences directes de ces développements sur la manière de penser le droit moderne, il faut revenir aux thèses de Weber, notamment à l'explication causale qu'il a avancée pour justifier le passage de

⁷³⁴ Comme nous le verrons dans la troisième partie, alors que les juges auront grandement contribué à limiter le pouvoir normatif des monarchies patrimoniales, ils seront relégués après les bouleversements révolutionnaires dans une position hiérarchiquement subordonnée pendant au moins les deux siècles que durera l'idée de la suprématie de la loi, expression de la volonté populaire.

l'économie domestique à l'économie capitaliste dans les sociétés occidentales⁷³⁵. D'ailleurs, si nous ne devons retenir qu'une seule thèse sociohistorique pour expliquer la différence fondamentale entre le droit des Anciens et celui des Modernes, ce serait celle établie par Weber pour justifier l'octroi des droits subjectifs par le droit objectif.

Dans les sociétés qui précèdent les sociétés de « marché », terme utilisé par Weber pour désigner les sociétés dont l'ordre économique repose sur le capitalisme, le droit en vigueur est le résultat « d'usurpations autonomes des différentes communautés indépendantes les unes des autres. L'ajustement, constamment nécessaire, est réalisé soit par des compromis réciproques, soit par le pouvoir des autorités politiques et ecclésiastiques qui en avaient la suprématie »⁷³⁶. Avec l'avènement du capitalisme, cet arrangement doit changer, car l'économie en plein développement nécessite un ordre juridique hiérarchisé, comme celui d'un État bureaucratique ayant monopolisé les appareils de contrainte. Un tel ordre est plus en mesure de répondre aux exigences de prévisibilité et de sécurité requises par un système économique fondé sur l'échange et la liberté contractuelle.

Selon Weber, c'est un changement de paradigme opéré dans la société médiévale qui aurait permis de distinguer, sur le plan juridique, l'individu en tant que membre de la communauté et l'individu comme acteur de marché⁷³⁷. Weber donne comme exemple la constitution d'un compte propre pour les individus dans les grandes communautés capitalistes des villes médiévales, ce qui représentait un changement important sur le plan du droit par rapport à la règle ancienne de la responsabilité du clan pour les dettes des membres individuels.

⁷³⁵ C'est dans sa thèse sur les sociétés commerciales au Moyen Âge que Weber a tenté d'expliquer les phénomènes juridiques qui ont permis l'essor du capitalisme médiéval et de là, de l'ordre économique du monde moderne : R. MELOT, préc., note 76, p. 139.

⁷³⁶ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 75-76.

⁷³⁷ *Id.*

Dans un premier temps, ce sont des facteurs économiques qui favorisent la constitution d'une sphère d'action individuelle devant être appuyée par le droit, d'où l'essor de la liberté contractuelle dont nous avons parlé plus haut. Des facteurs politiques s'ajoutent, au travers des actions des princes européens qui grugent petit à petit les pouvoirs juridiques des communautés de droits multiples réparties sur le territoire. Cette subordination des droits spéciaux à l'État princier qui se modernise et se bureaucratise, favorise l'économie de marché en ce qu'elle sape « la logique statutaire des communautés de droit traditionnelles »⁷³⁸. Puis, progressivement, l'État princier s'immisce dans les champs d'activités autrefois régis par les communautés dotées de privilèges et assujettit les espaces juridiques qui foisonnent sur le territoire en imposant du haut de son pouvoir une législation qui est censée dominer le paysage juridique. Aussi, le nouvel ordre économique qui s'installe nécessite un droit plus fiable et plus systématisé que ce que présente la multiplicité des droits coutumiers et des enclaves juridiques protégés⁷³⁹.

Rappelons la définition fournie par Weber à propos des droits subjectifs : il y a un « droit subjectif » suivant Weber, dans la mesure où il existe une « garantie d'un surcroît de chance pour que des attentes déterminées ne soient pas déçues, au profit des individus dotés de droits subjectifs par le droit objectif ». Dans un ordre juridique donné, cette chance emporte la garantie d'obtenir le soutien d'un appareil de contrainte collectif⁷⁴⁰. Le droit subjectif est aussi, selon Weber, « une source de pouvoir qui, du fait de l'existence de la

⁷³⁸ Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, *Études wébériennes: rationalités, histoire, droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 271.

⁷³⁹ C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., note 738, p. 271; M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 350 :

« D'un autre côté, l'extension du marché [...], du fait de ses conséquences immanentes, favorise la monopolisation et la réglementation de toute violence coercitive "légitime" par une unique institution de contrainte universelle en détruisant toutes les structures de contrainte particulières, de type statutaire ou autre, qui reposent la plupart du temps sur des monopoles économiques »;

⁷⁴⁰ M. WEBER, *Économie et Société*, préc., note 42, t. I, p. 325-326.

prescription juridique en question, peut échoir dans le cas singulier à celui qui, sans cette prescription, serait totalement impuissant »⁷⁴¹.

Avant la progression du marché et de l'État bureaucratique, les droits subjectifs sont octroyés par des communautés juridiques en fonction du statut à la naissance ou du lieu géographique⁷⁴². L'octroi est la règle générale⁷⁴³; les droits sont donc octroyés et non pas négociés par entente. Dans les systèmes prémodernes, avoir « des droits » ne vaut donc que dans les limites de l'appartenance de l'individu à un groupe auquel on a garanti des droits spéciaux⁷⁴⁴. Avec l'essor des relations économiques fondées sur l'échange et le marché, l'individu acquiert progressivement des droits indépendamment de son statut à la naissance ou de son appartenance à un groupement politique.

Dans la modernité, les droits subjectifs que possède l'individu changent non seulement de nature, mais d'origine. Dans le système légal universaliste, avoir « des droits » veut dire que l'individu est non seulement porteur de tous les droits qui valent dans le territoire où s'exerce la domination de l'État, mais qu'il peut en outre modifier, dans les limites de ce droit territorial, l'étendue et le contenu de ces droits par contrat. De plus, ces droits sont exercés individuellement dans le cadre d'un système qui garantit l'égalité juridique formelle au moyen de normes abstraites valant pour tous⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 45.

⁷⁴² H. S. Maine a expliqué le besoin du recours dans le droit ancien, à une fiction légale, l'adoption, pour inclure dans le groupement familial une personne qui autrement ne pourrait bénéficier des droits spéciaux attachés à la naissance de l'individu dans ce groupe : *supra*, partie II, titre I, chapitre 1, section 3.

⁷⁴³ C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., note 738, p. 230.

⁷⁴⁴ Georg JELLINEK, *L'État moderne et son droit, Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, Paris, Panthéon-Assas, 2005, p. 172-173 : « Au moyen-âge, le droit des villes, des corporations, des Églises, des seigneurs est couché par écrit, parce que ce droit est une concession que leur fait l'autorité supérieure ».

⁷⁴⁵ « Il est clair que ces exigences d'égalité formelle et de liberté de mouvement économique ont d'un côté contribué à la destruction de toutes les bases caractéristiques des ordres juridiques patrimoniaux et féodaux au profit d'un cosmos de normes abstraites, donc indirectement à la bureaucratisation et, de l'autre, qu'elles ont servi d'une manière toute spécifique à l'expansion du capitalisme » (traduction d'un extrait du chapitre 9 de *Wirtschaft und Gesellschaft* par C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., note 738, p. 264).

Nous verrons dans la prochaine section comment les systèmes juridiques occidentaux ont instauré un ordre juridique objectif qui permet l'obtention de ces droits subjectifs par loi ou par contrat.

Section 2 La législation comme mode principal d'établissement du droit

Dans la période de transition qui mène à l'épanouissement des régimes politiques basés sur la souveraineté des nations, le contrôle du droit sécularisé est l'un des moyens les plus efficaces d'assurer la domination politique sur un territoire donné. Ce contrôle est assuré par l'établissement de la législation comme mode dominant d'établissement du droit, et par l'élimination des droits spéciaux grâce à l'instauration d'un ordre juridique « objectif » formé de normes abstraites.

C'est ainsi que de simple mode d'organisation des relations privées, le droit investit progressivement la structure organisationnelle du pouvoir, jusqu'à l'étape ultime de l'établissement de l'État en tant qu'organe suprême et seule source légitime du droit. Dans le schéma des modes de domination légitime de Weber, cette étape correspond à l'instauration de la domination rationnelle légale.

La domination de l'État (*Anstalt*) sur les autres groupements politiques opère aussi un changement dans la structure de différenciation des relations sociales, qui passe d'une différenciation segmentaire à une différenciation hiérarchique⁷⁴⁶. Au niveau juridique, cette transformation se manifeste par la domination de la législation comme mode principal de création du droit, et la subordination de tous les espaces juridiques autonomes au pouvoir

⁷⁴⁶ Michael STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 600 :

« L'État princier, en se renforçant, investissait progressivement ces positions. Les liens personnels se transformaient en liens territoriaux, la société médiévale articulée en de multiples espaces juridiques, fut nivelée en une masse uniforme de sujets et la législation d'en bas remplacée par la législation d'en haut ».

législatif. Dans l'ère de la suprématie législative, les privilèges et droits d'origine coutumière sont soit carrément éradiqués (pour la France - § 2.1), soit soumis à la loi (en Angleterre - § 2.2).

2.1 L'État légal

L'histoire du droit public français de l'Ancien Régime est celui de la progression continue du pouvoir législatif royal. Dès la fin du Haut Moyen Âge, alors que le régime de la personnalité des droits conserve toute sa force, les rois français légifèrent pour l'ensemble du royaume. Les capitulaires, divisés en chapitres (*capitula*), prescrivent des règles pénales, administratives ou procédurales qui sont censées s'appliquer sur tout le territoire. Par la suite, avec l'aide des légistes formés au droit romain, les rois édictent des établissements, statuts et ordonnances pour la meilleure administration du royaume. Ces législations royales portent principalement sur des matières publiques, car le droit privé du peuple est réputé intouchable. En général, la royauté respecte cette limitation.

La législation royale française est cependant soumise à la procédure d'enregistrement auprès des parlements, ces cours souveraines à qui a été déléguée la fonction de justice dès le XIII^e siècle. Jusqu'à la Révolution, les actes royaux à caractère public, les « lettres patentes », sont envoyés à tous les parlements du royaume. Ceux-ci entrent les lettres patentes dans leur registre, ce qui leur confère ainsi un caractère public⁷⁴⁷. Malgré le caractère purement matériel de l'enregistrement qui vise uniquement à assurer la conservation et la dissémination des actes royaux ayant une dimension publique, les parlements se mettent tout de même à examiner ces actes et à en demander des modifications et amendements, voire à en refuser l'enregistrement⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ Albert RIGAUDIÈRE, Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, Des temps féodaux aux temps de l'État, t. 2, Paris, Armand Colin, 1994, p. 207.

⁷⁴⁸ *Id.*, 217.

Les conseillers des parlements prétendent qu'ils sont les dépositaires des intérêts de la nation, d'où le rôle de surveillance du pouvoir législatif royal qu'ils s'octroient et qui justifie selon eux leur pouvoir de refuser l'enregistrement des édits et ordonnances royales⁷⁴⁹. Déjà en 1350, le Parlement de Paris refuse d'enregistrer certaines ordonnances royales au motif qu'elles sont « injustes, iniques, subreptices et octroyées contre raison »⁷⁵⁰. Il existe bien un droit qualifié de « droit de remontrance », qui, au début de l'histoire des parlements, n'est qu'une technique par laquelle les cours souveraines font des observations au roi sur l'amélioration purement formelle des textes royaux⁷⁵¹. Or, cette technique est utilisée de plus en plus souvent comme justification au refus d'enregistrer les édits et ordonnances royaux, et ce, jusqu'au XVII^e siècle⁷⁵².

La Révolution marque la fin de la législation royale, et du pouvoir des parlements. C'est le début du règne de la Loi⁷⁵³, le seul instrument capable d'incarner la volonté générale, laquelle émane de la souveraineté du peuple qui réside dans la Nation⁷⁵⁴. Tous y sont soumis, le peuple comme le roi, l'aristocratie et le clergé⁷⁵⁵. La Loi est l'« expression de la volonté générale », à laquelle « tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à [l]a formation »⁷⁵⁶; elle détermine les bornes

⁷⁴⁹ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 356.

⁷⁵⁰ *Id.*, 367.

⁷⁵¹ J. –M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 207.

⁷⁵² Le roi Louis XIV fera introduire dans l'Ordonnance civile de 1667 une disposition interdisant aux parlements de faire des remontrances avant l'enregistrement du texte : *id.*, p. 214).

⁷⁵³ Article 3, Section 1, chapitre 2, titre ii, de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance ».

⁷⁵⁴ *Id.*, art. 3.

⁷⁵⁵ VOLTAIRE, *L'A, B, C ou Dialogues entre A, B, C*, cité dans A. ESMEIN, « La maxime *Princeps Legibus Solutus Est* dans l'ancien droit public français », préc., note 673, p. 214.

⁷⁵⁶ Art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, reproduite dans Maurice DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, 13^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1992, pp.17-18.

de « l'exercice des droits naturels de chaque homme »⁷⁵⁷. La loi ne défend que les « actes nuisibles à la société »⁷⁵⁸, mais elle doit être obéie « à l'instant » par tout citoyen « appelé ou saisi » par elle⁷⁵⁹. Dans un tel système, tout converge vers la loi et rien n'existe en dehors d'elle.

La liberté individuelle remplace aussi la paix et la justice comme objet principal de la pensée politique⁷⁶⁰. Les philosophes des Lumières élaborent des doctrines politiques justifiant la limitation du pouvoir des princes pour éviter qu'ils n'empiètent sur les droits naturels de l'homme et sa liberté. Au XIX^e siècle, la protection de la liberté individuelle devient la raison d'être de l'État légal, qui remplace l'État monarchique d'origine divine comme source unique et légitime du droit⁷⁶¹. État légal, pour reprendre l'idée de Carré de Malberg⁷⁶², puisque la loi fonde la légitimité du pouvoir et définit l'étendue de la liberté des individus, car tout ce qui n'est pas interdit par elle est permis⁷⁶³.

L'idéalisation de la loi conduit les principaux pays européens, surtout sur le Continent, à vouloir transfigurer tout le droit sous une forme législative, d'où les grands mouvements de codifications qui ont cours au XIX^e siècle. La codification du droit privé en Europe, à la suite de l'initiative française, a d'ailleurs constitué un instrument formidable

⁷⁵⁷ *Id.*, art. 4.

⁷⁵⁸ *Id.*, art. 5.

⁷⁵⁹ *Id.*, art. 6.

⁷⁶⁰ Rousseau commence son essai sur le contrat social en ces termes : « L'homme est né libre et partout il est dans les fers » : Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 41.

⁷⁶¹ J. Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 52; Simone GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, 1^{re} éd., Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 161.

⁷⁶² Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Recueil Sirey, 1920-1922, réimpression par le Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1962.

⁷⁶³ J. Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 31.

de neutralisation du droit coutumier par sa formalisation et l'abolition des privilèges patrimoniaux⁷⁶⁴.

Dans l'État légal, l'Administration est entièrement soumise à la loi⁷⁶⁵ qui est l'instrument par lequel l'État gouverne. La révolution ayant éliminé les droits d'exception, la loi garantit en elle-même la liberté et l'égalité des individus, que l'État légal peut parfaitement faire respecter. L'idée de l'État de droit tarde toutefois à percer dans la prolifération de doctrines sur la légitimité de la loi. Comme l'écrit Carré de Malberg, la Constitution française, si elle assure une certaine protection aux individus à l'encontre des abus de l'Administration, « ne s'est pas élevée jusqu'à la perfection de l'État de droit »⁷⁶⁶. Pour qu'il y ait un véritable État de droit, l'ensemble des pouvoirs étatiques doit être juridiquement soumis à une norme supérieure ayant force obligatoire.

Le pouvoir judiciaire est, dans l'État légal, entièrement subordonné au pouvoir législatif et son rôle est celui d'appliquer la loi faite par le corps législatif au nom du peuple souverain : l'intervention des tribunaux est même dangereuse pour la liberté. La loi protège le statut des juges et l'indépendance judiciaire est « garantie » par la sujétion de la fonction judiciaire au pouvoir législatif⁷⁶⁷.

En Angleterre, la protection de la liberté individuelle n'est pas la tâche de l'État, mais celle des tribunaux qui appliquent le droit commun. Cette différence importante entre les deux systèmes aura un impact déterminant sur le rôle des tribunaux et l'indépendance judiciaire dans le droit français, impact qui se poursuit encore aujourd'hui, même si des

⁷⁶⁴ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », préc., note 221, p. 76-77.

⁷⁶⁵ S. GOYARD-FABRE, préc., note 761.

⁷⁶⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, préc., note 762, p. 488, 490 et 492. Avec l'instauration du constitutionnalisme au début du 20^e siècle, l'idée de la souveraineté législative sera toutefois réinterprétée à la lumière des limites prescrites par le droit suprapositif des constitutions rigides que la plupart des pays occidentaux se seront imposées.

⁷⁶⁷ J. Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 98.

changements se font sentir. Nous verrons dans la troisième partie comment l'idéalisation de l'État bureaucratique français a pu nuire à la protection des droits individuels en intériorisant les conflits de classes, sans pour autant assurer l'efficacité de l'administration étatique.

Dans la prochaine section, nous allons voir que le culte idéologique voué à la loi dans le système français est fondamentalement opposé à la doctrine anglaise de la *rule of law*, portée par son chantre principal, le constitutionnaliste Dicey.

2.2 La Rule of law

Dans le droit anglais, étant donné l'existence de la *common law* qui est principalement composée de règles formulées par les juges, il ne peut être question de réduire la validité juridique à la souveraineté législative. Le système juridique anglais va donc trouver un principe équivalant à la souveraineté de la loi du droit français postrévolutionnaire pour exprimer le principe de la supériorité du droit légitime : le « *rule of law* ».

La *rule of law*, que l'on a traduit par l'expression « primauté du droit » ou « principe de légalité », est l'aune à laquelle les tribunaux anglais mesurent la conformité des actes de l'administration avec la justice. On peut même avancer que la *rule of law* a remplacé le droit divin comme principe fondateur. C'est d'ailleurs sous ce vocable de « principe fondateur » que la Cour suprême du Canada désignait tout récemment le principe de la primauté du droit⁷⁶⁸.

Dans la tradition anglo-saxonne, l'ouvrage de référence sur la notion de *rule of law* est celui du constitutionnaliste anglais Dicey intitulé *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Dicey écrit que la primauté du droit est un principe constitutionnel

⁷⁶⁸ Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 19.

fondamental signifiant trois choses : 1) la prééminence de la règle du droit sur l'arbitraire, la prérogative et le pouvoir discrétionnaire du gouvernement; 2) l'égalité de tous devant la loi ordinaire administrée par les tribunaux de droit commun, et 3) l'idée que la constitution n'est pas la source des droits⁷⁶⁹, mais la conséquence de l'existence de ces droits individuels qui déterminent la position de la Couronne et du gouvernement⁷⁷⁰.

La soumission des autorités discrétionnaires au contrôle des tribunaux de droit commun est centrale dans la conception de Dicey. Pour le professeur Wade, qui a écrit l'introduction de la 10^e édition de l'ouvrage de Dicey, la *rule of law* ne peut être maintenue sans une magistrature indépendante appliquant le droit de façon uniforme et sans parti pris⁷⁷¹. C'est ce que conclura également plusieurs années plus tard la Cour suprême du Canada dans l'arrêt rendu dans le *Renvoi*.⁷⁷²

⁷⁶⁹ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, préc., note 718, p. 202. Selon Dicey, dans un pays où il n'y a pas de Constitution rigide: « [...]the constitution is the result of the ordinary law of the land ».

⁷⁷⁰ Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada, sans mentionner l'ouvrage de Dicey, donne une définition de la primauté du droit en trois acceptions qui est presque en tout point identique à celle du constitutionnaliste anglais : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, préc., note 768, par 20 :

« La primauté du droit recouvre au moins trois principes. Le premier, c'est que "le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire" : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 748. Suivant le deuxième, « a primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif »: *Id.*, p. 749. Enfin, selon le troisième principe, « les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, part. 71. (Voir aussi *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 58; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 134.)

⁷⁷¹ E. C. S. WADE, préc., p. ciii.: *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, par. 24-25 :

« Comment les tribunaux peuvent-ils agir indépendamment pour maintenir la primauté du droit et pour s'acquitter efficacement des obligations que leur impose la *Charte* si l'on entrave, empêche ou refuse l'accès aux tribunaux? [...] Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice »

⁷⁷² *Renvoi*, note 17, par. 10:

La *rule of law* est, dans son acception contemporaine, l'équivalent de la *iurisdictio* médiévale. Comme dans la doctrine du Moyen Âge, le droit (*iurisdictio*⁷⁷³) est distinct du gouvernement (*gubernaculum*⁷⁷⁴); le roi est soumis au premier, même si son pouvoir relatif à l'administration est plénier. Les porteurs spécialisés du droit anglo-saxon ont depuis longtemps confié aux tribunaux la tâche d'effectuer cette distinction. Pour cette raison, la primauté du droit incarnée dans la garantie de la procédure est un principe hautement vénéré dans les systèmes juridiques originaires de la tradition juridique britannique.

La règle de la primauté du droit est en fait une tautologie (la règle de la règle) qui vise principalement à limiter l'exercice du pouvoir politique et assurer sa conformité au droit. Comme l'affirmait Jolowicz, la *rule of law* élaborée par le droit anglais n'est certainement pas la seule technique pour limiter les intrusions des gouvernements dans la sphère de liberté légitime des individus, mais sans une telle technique, la manière dont le

« Un autre objectif sociétal que sert l'indépendance de la magistrature est le maintien de la primauté du droit, dont un des aspects est le principe constitutionnel suivant lequel l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit ».

⁷⁷³ Henri BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, trad. Samuel E. Thorne, Cambridge, Mass., Belknap Harvard University Press, 1968, volume 2, p. 166 (consulté le 30 avril 2009):

Of liberties and who may grant liberties and which belong to the king,

[...] It is clear that the lord king [has all] dignities,

It is the lord king] himself who has ordinary jurisdiction and power over all who are within his realm. For he has in his hand all the rights belonging to the crown and the secular power and the material sword pertaining to the governance of the realm. Also justice and judgment [and everything] connected with jurisdiction, that, as minister and vicar of God he may render to each his due.

⁷⁷⁴ La version latine originale de l'extrait reproduit dans la note précédente se lit comme suit :

De libertatibus et quis concedere possit libertates et quæ sint regis.

Et sciendum quod ipse dominus rex, qui ordinariam habet iurisdictionem et dignitatem et potestatem super omnis qui in regno suo sunt. Habet enim omnia iurain manu sua quæ ad **coronam et laicalem pertinent potestatem et materialemgladium qui pertinet ad regni gubernaculum. Habet etiam iustitiam et iudicium quæ sunt iurisdictionis, ut ex iurisdictione** sua sicut dei minister et vicarius tribuat unicuique quod suum fuerit.

gouvernement agit pourrait devenir la norme en vertu de laquelle ses actes sont mesurés⁷⁷⁵. Comme le rappelait la Cour suprême du Canada, un des aspects de la primauté du droit « est le principe constitutionnel suivant lequel l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit »⁷⁷⁶.

Avec la *rule of law*, le principe de la supériorité de la *legem terrae*, appelée plus tard la *commune ley*, qui garantissait l'application régulière du droit à l'encontre du despotisme royal, survit dans le droit positif altérable, du moins en ce qui concerne les actes du gouvernement. Pour l'Angleterre, qui n'a pas de constitution écrite, seul le principe de la *rule of law* peut garantir la liberté et limiter l'exercice du pouvoir politique. Cette norme devient donc la théorie constitutionnelle par excellence. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs écrit que la primauté du droit était inhérente au concept même de Constitution⁷⁷⁷.

D'autre part, le principe de prééminence de la règle de droit ne vise pas tellement à limiter le Parlement, qui est l'autorité suprême et le siège de la production de la loi; c'est le « *rule of Parliament* » plus que la « *rule of law* »⁷⁷⁸. Comme l'écrit Locke, « il n'y a qu'un pouvoir suprême, qui est le pouvoir législatif, auquel tous les autres doivent être subordonnés »⁷⁷⁹; les juges déclarent *ultra vires* tout exercice du pouvoir exécutif qui n'est pas autorisé par une loi du Parlement⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ E. C. S. WADE, préc., note 718, p. cx.

« ...it is fundamental that there exist some technique for forcing the Government to submit to the law; if such a technique does not exist, the Government itself becomes the means whereby the law is achieved. This is the antithesis of the rule of law ».

⁷⁷⁶ Renvoi., préc., note 17, par. 10.

⁷⁷⁷ *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, préc., note 768, par. 19.

⁷⁷⁸ J. Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 61.

⁷⁷⁹ John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 2^e éd., Paris, GF-Flammarion, 1984 et 1992, ch. XIII, no. 149. Blackstone affirme d'ailleurs que le pouvoir du Parlement est transcendant et absolu, tant sur les matières temporelles qu'ecclesiastiques, car il ne connaît aucune limite : William BLACKSTONE, vol. 1, cité dans Anthony CARTY, «English Constitutional Law from a Postmodernist Perspective» dans Peter

La réconciliation de la règle de primauté du droit avec celle de suprématie du Parlement résulterait d'une « alliance » tacite entre les juges de *common law* et le Parlement pour contrecarrer les revendications de la Couronne basées sur la prérogative⁷⁸¹. Par ailleurs, de façon à éviter les excès possibles de la suprématie parlementaire, les juges des tribunaux anglais vont formuler des règles d'interprétation des lois pour limiter l'impact de la législation sur la *common law* (la vraie « primauté » est celle de la *common law*)⁷⁸².

Selon Dicey, la contradiction entre le principe de la primauté du droit et celui de la suprématie parlementaire est plus apparente que réelle, car l'exigence du respect de la légalité renforce l'autorité du Parlement, ce qui favorise la suprématie du droit commun⁷⁸³. En dépit de la rhétorique dicyenne, on comprend que le principe de la primauté du droit est ni plus ni moins que la transposition dans la *rule of law* de l'idée de suprématie du droit commun qui est né des premières tentatives de limiter le despotisme et l'arbitraire du pouvoir, notamment dans la *Magna Carta*.

Malgré les démentis de Dicey à propos des limites de la *rule of law* dans un système de suprématie parlementaire, il apparaît clairement dès le début du XX^e siècle que le principe de la primauté du droit ne peut servir de frein aux excès du pouvoir législatif. Pour ce faire, les systèmes juridiques vont devoir se tourner vers le constitutionnalisme

FITZPATRICK (dir.), *Dangerous supplements : resistance and renewal in jurisprudence*, Durham, N.C., Duke University Press, 1991, p. 193.

⁷⁸⁰ *Entick v. Carrington*, (1765), 95 ER 807 (K.B.).

⁷⁸¹ E. C. S. WADE, préc., note 718, p. c.

⁷⁸² J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, préc., note 713, p. 130; Roscoe POUND, "Common law and legislation", (1908) XXI Harv.L.Rev. 383; *Minet v. Leman*, (1855) 20 Beav. 269, p. 278.

⁷⁸³ A. V. DICEY, préc., note 718, p. 350 :

“...the sovereignty of Parliament, as contrasted with other forms of sovereign power, favours the supremacy of the law, whilst the predominance of rigid legality throughout our institutions evokes the exercise, and thus increases the authority, of Parliament sovereignty. The sovereignty of Parliament favours the supremacy of the law of the land”:

pour empêcher l'exercice abusif du pouvoir de faire des lois. L'Allemagne du Troisième Reich sera la preuve vivante des abus possibles d'un régime de légalité.

Section 3 Le principe de constitutionnalité

C'est sous ces termes que la dogmatique juridique définit la phase de développement du droit qui a remplacé le légicentrisme dans les systèmes juridiques occidentaux ayant intégré des constitutions rigides. Ce terme a été utilisé en premier lieu par Charles Eisenmann, dans sa thèse publiée en 1928 sur la justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche⁷⁸⁴.

Bien que l'idée de constitution soit ancienne, le principe de constitutionnalité que nous connaissons aujourd'hui est d'origine très récente. Dans la Grèce antique, la constitution est la *politis*, car il n'y a pas de distinction formelle entre la société civile et le gouvernement ou l'autorité. Pour Aristote, l'État et la Constitution sont une seule et même chose⁷⁸⁵. C'est aux Romains, et particulièrement aux stoïciens, que nous devons l'idée d'une séparation entre l'État et la société civile au sens matériel. Ceux-ci distinguent nettement la constitution de l'État - la *res publicam constituere* - et les autres lois⁷⁸⁶.

Le principe de constitutionnalité contemporain serait l'aboutissement d'un long cheminement visant l'imposition de limites juridiques aux pouvoirs politiques, qu'ils soient monarchiques, parlementaires ou démocratiques. Déjà au XVIII^e siècle, Rousseau avait soulevé le fait que la loi aussi pouvait être oppressante et source de tyrannie. Vers la fin du XIX^e siècle, la question de la protection des minorités, victimes de l'oppression des majorités appuyées par la loi, fait surface. Weber perçoit lui une tendance vers le remplacement du vieux droit naturel théologique par un droit suprapositif pour contrer la

⁷⁸⁴ Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

⁷⁸⁵ G. JELLINEK, préc., note 744, p. 171.

⁷⁸⁶ *Id.*

nature éminemment technique et sujette aux changements du droit positif⁷⁸⁷. Dès le milieu du XX^e siècle, les théories sur les droits et libertés humains réputés fondamentaux et inviolables se multiplient pour contrecarrer les excès commis par les nations en vertu de leur souveraineté législative.

Selon Jacques-Yvan Morin, l'État de droit serait né lors des premières tentatives de limitation du pouvoir de la monarchie, en France comme en Angleterre⁷⁸⁸. Derrière cette idée se trouve en effet celle de limitation du pouvoir. Dans l'État de droit, le pouvoir, à l'origine un concept politique, fait l'objet d'une réappropriation dans le système juridique et devient un concept juridique⁷⁸⁹. Des droits subjectifs propres aux individus sont revendiqués à l'encontre de l'État. Les droits inaliénables des êtres humains ne sont plus réputés provenir d'un ordre supérieur comme dans la philosophie médiévale⁷⁹⁰; ce sont des droits subjectifs appartenant à chaque individu dès sa naissance⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 228-229. Selon Weber, les besoins intellectualistes des juristes et leur désir d'élever leur position sociale en augmentant leur pouvoir « comme le démontre la référence constante en Allemagne à la position sociale élevée du juge anglais qui n'est pas lié à un droit rationnel » seraient en partie responsable de cette « fuite vers l'irrationnel ». De plus, alors que l'augmentation croissante du droit légiféré menace les juristes universitaires, les juristes professionnels réagissent à la rationalisation croissante de la technique juridique par la glorification de l'historicisme et le combat contre les Pandectistes allemands.

⁷⁸⁸ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 350 ; voir aussi J. Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 36-37 :

« L'État de droit est apparu en Occident, sous la forme du *rule of law*, avant la notion moderne des droits de l'homme. Il est antérieur, comme en fait foi l'*habeas corpus* par exemple, aux grandes déclarations de la fin du XVIII^e siècle. Le bon sens nous fait comprendre d'ailleurs que la dignité de l'homme et la liberté individuelle, inépuisables sources de normes morales et juridiques, n'auraient pu prendre leur essor sans l'expérience accumulée depuis le Moyen Âge dans les luttes politiques contre le pouvoir royal ».

⁷⁸⁹ S. GOYARD-FABRE, préc., note 761, p. 275.

⁷⁹⁰ Il est intéressant de noter que, dans les attendus qui précèdent l'énumération des droits et libertés fondamentales reconnus dans la *Convention européenne droits de l'homme*, on affirme que ces libertés « **constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde** et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament » (notre mise en évidence). Les droits subjectifs de l'être humain remplacent donc l'ordre divin comme fondement de la paix

Dans un système de constitutionnalisation des droits, le pouvoir judiciaire occupe une position différente de celle tenue par la fonction judiciaire dans l'État légal. Dans ce dernier type de gouvernement, le pouvoir judiciaire est subordonné au pouvoir législatif, alors que dans un État de droit, le pouvoir judiciaire est placé sous le constituant et il n'est pas soumis au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif⁷⁹². Dans l'État de droit, les conditions d'indépendance judiciaire sont généralement inscrites dans la Constitution qui est nécessairement un document écrit, lequel ne peut être modifié que selon une procédure rigoureuse prévue dans le document lui-même. Même lorsque ces conditions ne sont pas inscrites dans une constitution rigide, comme en Angleterre, l'indépendance judiciaire est considérée comme un principe constitutionnel en raison du rôle décisif des tribunaux judiciaires dans la mise en œuvre de la garantie de la primauté du droit.

Après la Deuxième Guerre, le courant mondial pour la protection des droits de l'homme, symbolisée par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁷⁹³, vient renforcer l'État de droit et impose comme une nécessité le fait de constitutionnaliser les droits de l'homme pour limiter juridiquement l'arbitraire du pouvoir politique⁷⁹⁴. Mais l'efficacité de ces déclarations de principes dépend de l'enchâssement constitutionnel des protections juridiques spécifiques dans le droit national et de l'existence d'un recours devant un arbitre judiciaire⁷⁹⁵. Dans les systèmes américain, allemand, et espagnol, ce recours judiciaire peut être présenté devant un juge étatique contre des actes administratifs ou juridictionnels⁷⁹⁶, alors que pour beaucoup d'autres pays de l'Europe, c'est la

et de la justice : *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, telle qu'amendée par le Protocole no 11, Rome, 4. XI. 1950.

⁷⁹¹ J. Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 74.

⁷⁹² *Id.*, p. 118.

⁷⁹³ Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948.

⁷⁹⁴ J. Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 37.

⁷⁹⁵ *Id.*, p. 124.

⁷⁹⁶ En Autriche et en Belgique, seulement un recours contre la loi peut être exercé : Louis FAVOREU, Patrick GAÏA et *als*, *Droit constitutionnel*, coll. «Précis», 8^e édition, Paris, Dalloz, p. 782.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui garantit le respect des droits de la personne dans les pays membres du Conseil de l'Europe et l'octroi d'une réparation équitable si le droit interne de l'État fautif ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation⁷⁹⁷.

Si l'ensemble des pays occidentaux a adopté des constitutions écrites prévoyant l'organisation des pouvoirs juridiques dans l'État, c'est qu'elles remplissent une fonction essentielle dans la gouvernance. Depuis la fin du XIX^e siècle, les sociétés modernes sont aux prises avec une demande d'accès des forces sociales aux conflits politiques⁷⁹⁸. La constitutionnalisation des droits fondamentaux et l'institutionnalisation de recours pour faire respecter ces droits opèrent un délestage des demandes de justice matérielle vers des juridictions spécialisées (en Europe). Ce transfert libère le système politique et l'État de ces demandes⁷⁹⁹.

Dans le contexte des sociétés hautement différenciées, les composantes constitutionnelles des systèmes juridiques modernes revêtent une importance croissante. Débarrassées de leur contenu religieux, les normes constitutionnelles servent à la fois d'association valorisée du citoyen avec la communauté sociétale et de légitimation morale de l'exercice du pouvoir politique, parce que sans ce droit constitutionnel, rien ne permettrait de garantir que les gouvernements n'agissent pas uniquement en fonction de leur propre conception de l'intérêt public⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ Article 41 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, préc., note 790.

⁷⁹⁸ N. LUHMANN, *Politique et complexité*, préc., note 37, p. 101.

⁷⁹⁹ Dans la plupart des pays européens, les recours sont institués devant une cour constitutionnelle, tandis qu'aux États-Unis et au Canada, les recours sont présentés devant les juridictions ordinaires.

⁸⁰⁰ T. PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, préc., note 153, p. 20.

Selon Parsons, depuis qu'elles sont dissociées de l'univers religieux et du droit naturel, les normes constitutionnelles fournissent une légitimation additionnelle aux pouvoirs politiques en assurant que ceux-ci vont demeurer à l'intérieur de limites juridiques. Les règles constitutionnelles étant généralement et volontairement rédigées dans des termes imprécis et polysémiques, la totalité des débats dans la dogmatique juridique porte sur l'interprétation qu'il faut donner à ces normes constitutionnelles⁸⁰¹.

La constitutionnalisation des droits satisfait aussi des besoins fonctionnels spécifiques dans le système social. Dans la théorie systémique, les droits fondamentaux « imperméabilisent » les communications juridiques d'une prise d'influence du sous-système politique et de ses positions de fins (*goal attainment*)⁸⁰². Les droits fondamentaux ont aussi pour fonction de maintenir la différenciation fonctionnelle entre le système politique et l'Administration. La contrepartie exigée du système politique pour ce délestage est l'institutionnalisation de « communications généralisées » (droits fondamentaux) qui mettent le système juridique à l'abri des influences et du marchandage idéologiques⁸⁰³. De plus, en garantissant le principe de l'égalité devant la loi et les libertés de religion, de pensée et d'expression, les constitutions permettent le maintien d'une société pluraliste.⁸⁰⁴

Selon Luhmann, une autre fonction essentielle des droits fondamentaux est de préserver la différenciation fonctionnelle de la société, en laissant les réseaux de communications intacts face aux interventions intempestives et colonisatrices du pouvoir politique. Le constitutionnalisme a l'avantage d'introduire une séparation entre le pouvoir

⁸⁰¹ Il n'y a qu'à penser à l'opposition quasi insoluble entre les tenants de l'interprétation originale et les tenants de l'interprétation évolutive dans la doctrine juridique et le discours judiciaire américains en ce qui a trait à l'interprétation de la Constitution américaine, en particulier du *American Bill of Rights* : Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd ed., Mineola, New York, The Foundation Press, 1988, p. 10-11.

⁸⁰² J. CLAM, préc., note 125, p. 83.

⁸⁰³ Ce qui ne diminue en rien les pressions pour la reconnaissance dans le droit des systèmes de valeurs.

⁸⁰⁴ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. xxiv.

politique et le contrôle juridique, tout comme le parlementarisme permet la dissociation de la législation et du jugement⁸⁰⁵.

Avec les demandes populaires visant la participation aux conflits politiques, c'est l'ensemble du droit (public autant que privé) que le pouvoir politique doit partager, alors que jusqu'à la fin du XIX^e siècle, le droit public demeurait l'apanage de l'État, qui avait aussi exproprié le droit privé des mains de la société avec les grandes codifications de la période postrévolutionnaire. La frontière entre le droit et le gouvernement devient plus poreuse, maintenant que le peuple revendique un droit de regard sur la production des décisions juridiquement régulées. Étant donné l'accès de plus en plus difficile de la volonté populaire à la législation, ce sont vers les tribunaux judiciaires que les individus et groupes d'intérêt vont se tourner. Nous verrons dans la troisième partie comment le système juridique va répondre à ces nouvelles pressions et demandes de variation du système.

⁸⁰⁵ *Id.*

CHAPITRE 5 L’AUTORÉFÉRENTIALITÉ DU DROIT

Nous avons vu dans la section sur le schéma évolutionniste suggéré par Parsons⁸⁰⁶, que l’un des changements les plus marquants dans le développement des sociétés fut l’institutionnalisation d’un ordre normatif sociétal indépendant de la structure sociale générale. Au fur et à mesure de la différenciation de la société, le droit se détache des anciennes formes de légitimation sociale qui sont incompatibles avec l’augmentation des possibilités de variation de la structure sociale. Plus la société est avancée, plus l’ordre normatif devient indépendant des autres composantes structurelles de la société, que ce soit les facteurs personnels, familiaux, moraux, économiques ou politiques présents dans l’organisation des rapports sociaux.

Cette différenciation de l’ordre normatif permet l’institutionnalisation d’un droit « positif » qui échappe au contrôle des autres systèmes culturels de légitimation, car il est le produit de décisions validant des normes juridiques⁸⁰⁷. Grâce à ce délestage fonctionnel, le droit positif peut résister au temps, tout en gardant une certaine capacité à la variation. Puisque le droit doit « s’adapter à tout monde possible »⁸⁰⁸, il lui faut renoncer à ses liens avec les mécanismes sociaux et religieux qui fondaient sa raison d’être et sa légitimité. Ces renoncements aux facteurs de légitimation culturels sont aussi nécessaires pour le « délestage fonctionnel du droit ». Maintenant que le droit a pour fonction de réguler les attentes normatives socialement généralisées dans le temps, il doit se soustraire aux tâches qui lui avaient été attribuées avant sa différenciation, soit celles de « soubassement de la religion ou [...] de régulation des sentiments individuels »⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ *Supra*, partie I, titre I, chapitre 3, sous-section 1.4

⁸⁰⁷ *Supra*, partie I, titre II, chapitre 3, section 3; N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 136.

⁸⁰⁸ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 141.

⁸⁰⁹ *Id.*

Le droit positif est un droit variable et autoréflexif, car il prévoit lui-même les conditions de son altérabilité. La variabilité de ce droit est incompatible avec les théories juridiques ou sociologiques qui attribuent au droit des fonctions de contrôle social ou de préservation du *status quo*. À l’évidence, ces conceptions doivent être dépassées si l’on veut comprendre et expliquer la véritable fonction du droit dans une société hautement différenciée qui se développe à un rythme effréné. Dans les deux sections qui suivent, nous verrons les facteurs qui ont motivé la mise en place d’un droit positif délié des anciennes formes de légitimation et les principales caractéristiques du droit unifié et autoréflexif qui s’est implanté dans tous les systèmes juridiques occidentaux.

Section 1 Développement du droit positif

Dans les sociétés simples, l’invariabilité du droit et le nombre restreint d’attentes comportementales assurent la survie de ces sociétés. La structure rigide et invariable de ce droit reposant sur la tradition est cependant inadéquate pour les sociétés où les conditions de vie naturelles et sociales se sont développées et complexifiées. Ces sociétés ont besoin d’un droit à la fois variable et certain, qui laisse la place aux nouvelles possibilités et variations comportementales. Seul le droit positif fondé sur des décisions rationnelles juridiquement régulées est suffisamment souple pour s’adapter aux changements sociaux et économiques, et répondre aux nouvelles situations créées par la complexification grandissante des relations sociales dans la société moderne.

La transformation d’un droit immanent en droit positif s’est opérée notamment par l’instauration d’une séparation entre le droit et la morale. Cette séparation s’est confirmée par l’adoption d’un concept de validité des normes qui ne réfère en rien au contenu de la norme, et qui dépend entièrement de son mode de création : est valide la norme créée de la façon prévue dans la Constitution et par l’autorité compétente. La validité normative du

droit est donc totalement indépendante de sa moralité. De fait, le droit positif moderne laisse une large place à la conduite immorale⁸¹⁰.

Cette séparation entre la moralité et le droit, qui est l’une des caractéristiques les plus évidentes du droit positif, est en même temps l’une des plus occultées. Le refus d’admettre la positivité « pure » du droit, sans autre ordre de comparaison à un quelconque ordre juridique supérieur, demeure toujours aussi vivace dans la dogmatique juridique comme le démontre le maintien de la croyance à un ordre immanent de valeurs comme normes, qui se retrouve maintenant dans ces instruments juridiques institutionnalisant des valeurs identifiées comme étant universellement reconnues⁸¹¹. À l’étape de sa positivité, le droit n’est plus ni vrai ni faux, mais seulement valide ou non valide⁸¹². La validité du droit positif dépend d’une variable qui est la décision juridique; le droit est créé par une décision et n’est valide que parce qu’il résulte d’une décision. Dans le droit positif, l’ensemble du droit fait l’objet d’un « travail permanent dans une entreprise décisionnelle organisée »⁸¹³.

Le droit positif est aussi fondamentalement différent du droit ancien dans son rapport au temps et à l’historicité; aucune valeur ajoutée n’est attribuée au droit en raison de son ancienneté, car la question n’est plus celle de savoir si la règle est applicable en

⁸¹⁰ Cette réalité n’est pas en soi navrante puisqu’il est important que dans nos sociétés fonctionnellement différenciées, le droit ne puisse interférer avec le développement et la libre circulation des communications qui intéressent la moralité : N. LUHMANN, *Operational Closure and Structural Coupling : The Differentiation of the Legal System* », préc., note 199, p. 1429.

⁸¹¹ J. CLAM, préc., note 125, p. 84; Luhmann affirme que la société moderne ne peut « retourner au droit naturel », car elle ne « peut plus se débarrasser de la possibilité du choix ».

⁸¹² *Id.*

⁸¹³ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 140. Il faut préciser ici que le terme « décision » ne renvoie pas uniquement aux décisions bureaucratiques ou judiciaires, mais à toutes les décisions « juridiquement régulées », ce qui comprend la législation.

raison de son caractère ancien⁸¹⁴, mais plutôt si elle est valide en tant que norme sélectionnée par une décision.

La décision qui forme le droit positif est le résultat d’un processus de sélection qui peut être modifié à tout moment. Tant le législateur que le juge rendent des décisions à partir des projections normatives qu’ils sélectionnent avec plus ou moins de liberté⁸¹⁵. Dans la théorie de la procédure élaborée par Luhmann, la fonction de la législation dans le droit positif ne réside pas dans la création ou la production du droit, mais dans la sélection de normes et l’attribution d’une valeur symbolique qui lui donne force de loi⁸¹⁶. La législation n’est que ce « filtre procédural » par lequel toutes les réflexions sur le droit doivent passer pour être reconnues comme du droit « valide ». Le droit positif n’est donc pas « créé » par la législation et appliqué par les juges; il dépend essentiellement d’une variable qui est la décision.

Le droit différencié et autoréflexif est un droit plus altérable que ne l’était le droit enraciné dans la matrice sociale. Fonctionnant de manière autoréflexive, le droit positif prévoit lui-même les conditions de son altérabilité, laquelle contribue en grande partie à sa légitimation du fait qu’il ne tire plus sa validité d’une quelconque correspondance avec un droit immanent, comme le droit naturel ou le droit sacré : la validité du droit autoréflexif est déterminée à l’intérieur du système, et non dans son environnement. C’est aussi par sa tolérance à la contingence et son ouverture cognitive que le droit positif peut maintenir sa légitimité dans le système social. La stabilité de ce droit ne dépend pas de son immuabilité,

⁸¹⁴ Au contraire, la règle la plus récente doit l’emporter sur la règle plus ancienne, autrement l’ancien Parlement pourrait lier le nouveau : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal : Thémis, 1999, p. 453.

⁸¹⁵ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. 159-160 :

“The function of legislation does not lie in the creation or production of law, but in the selection from and in giving symbolic dignity to norms as binding law”.

⁸¹⁶ *Id.*, p. 160.

mais plutôt de sa complexité et des mécanismes internes qui ont justement pour fonction de maintenir cette complexité⁸¹⁷. Malgré cette grande complexité, la structure systémique du droit positif lui permet de répondre aux changements dans le système social d’une manière ordonnée et selon une procédure définie⁸¹⁸. Ce droit reconnaît l’importance et la nécessité de la spécialisation fonctionnelle⁸¹⁹.

Ayant renoncé à fonder la légitimité de l’ordre social par la certitude de son invariabilité et de ses règles ancrées dans la tradition, le droit positif peut accepter un nombre plus grand de possibilités, en remplaçant ces certitudes par des garanties qui sont octroyées au moyen notamment des structures décisionnelles déjà programmées⁸²⁰. Le droit procédural, qui donne l’assurance que les décisions sont élaborées selon certains paramètres bien définis, est l’une de ces garanties⁸²¹. La grande variabilité d’un droit composé de décisions peut parfois poser un problème pour le système social, qui doit pouvoir s’appuyer sur des structures ayant déjà réduit le nombre de possibilités de comportements de la part des individus. Le droit doit en même temps accepter la plus grande tolérance de la société pour la contingence, tout en étant capable d’assurer une certaine stabilité temporelle dans la formulation des attentes normatives individuelles et collectives. Le rôle du droit devient significativement plus complexe, car il doit assurer la congruence des attentes normatives entre les individus ce qui, forcément, est plus difficile à atteindre⁸²². C’est en raison de ces exigences sociales complexes et des risques associés à la tâche qui est assignée au droit

⁸¹⁷ La complexité inhérente du droit positif fait en sorte qu’une seule décision ne pourrait modifier l’ensemble du droit d’un seul coup.

⁸¹⁸ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. xxxiv.

⁸¹⁹ *La Reine c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56.

⁸²⁰ Les structures programmatiques de décision doivent demeurer conditionnelles, car c’est seulement de cette manière que le droit positif maintient son universalité et assure sa différenciation.

⁸²¹ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 144; Il est symptomatique, selon Luhmann, que le droit procédural ait fait son apparition au moment où le droit naturel se dissout, comme si la procédure juridiquement régulée devait compenser, dans le droit positif, la perte de légitimité qu’offrait le droit naturel.

⁸²² N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. xxxiii.

positif que seules les sociétés dont la structure sociale est très différenciée peuvent se permettre de supporter de tels risques⁸²³.

Compte tenu des conditions différenciées et contingentes de la vie moderne, il est nécessaire de pouvoir compter sur la disponibilité d’un processus décisionnel permettant de créer du droit rapidement. Dans ce contexte, la formation du droit est un processus qui ne peut être séparé de l’ensemble du système social. Le droit positif moderne est aussi un droit programmatique qui doit faire une large place à l’apprentissage : le fait qu’un comportement n’était pas prohibé dans le passé n’empêche pas de reconnaître la validité d’une décision législative qui en fait une nouvelle infraction, par exemple⁸²⁴. Enfin, le droit positif est un droit téléologique, en ce sens qu’il est orienté vers un résultat qui, par ailleurs, se fait souvent attendre. Les échecs du droit positif sont généralement réinvestis dans le système juridique par le biais de l’adoption de nouvelles règles législatives visant à éliminer le problème une fois pour toutes⁸²⁵.

De plus en plus complexe, le droit positif l’est aussi en raison de l’augmentation de la production législative. Au XIX^e siècle, la complexité du droit était attribuée aux débats des juristes sur l’interprétation des normes et aux controverses doctrinales. En comparaison, la législation était considérée comme une source de clarification du droit. La situation est plutôt inverse aujourd’hui : la législation est vue comme une forme induite de complexification et d’obscurcissement du droit. La science juridique se tourne de plus en plus vers la dogmatique juridique pour éclaircir les principes et mettre un tant soit peu d’ordre logique dans l’amoncèlement des règles normatives⁸²⁶. Enfin, la création et le

⁸²³ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 136.

⁸²⁴ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, préc., note 5, p. ix.

⁸²⁵ N. LUHMANN, «The Self-Reproduction of Law and its Limits», préc., note 305, p. 124. D’où l’élaboration de la règle d’interprétation législative visant à déterminer le mal que la loi visait à corriger, la *mischief rule*.

⁸²⁶ Id.

maintien d’un « ordre réel de droit positif » sont la condition d’un système juridique fondé sur la primauté du droit. L’existence des lois et normes de cet ordre positif doit être préservée, quitte à suspendre l’effet d’un jugement qui pourrait anéantir cet ordre⁸²⁷.

Nous allons maintenant examiner un autre trait distinctif du droit positif, son caractère unitaire, qui est par ailleurs interprété différemment par la dogmatique juridique et la théorie systémique du droit.

Section 2 L’unité du système juridique

La configuration de l’ordre juridique des sociétés modernes est basée sur la limitation territoriale du droit en vigueur⁸²⁸. Les États occidentaux ont réussi à installer leur domination en « médiatisant » tous les systèmes de droit sur leur territoire; les ordres juridiques qui demeurent sont « tolérés » par le droit de l’État et ne peuvent le concurrencer que dans la mesure où celui-ci y acquiesce. Voilà pour l’unicité territoriale, qui est l’une des caractéristiques principales du droit positif.

Cet aspect du droit positif n’est toutefois pas suffisant pour décrire adéquatement l’unité du droit en tant que système normatif. Le système juridique a aussi besoin de mécanismes additionnels d’identification pour se reconnaître et se différencier des autres normativités sociales⁸²⁹. L’unicité du droit positif se trouve donc aussi dans la cohérence logique de l’ensemble des parties de ce système⁸³⁰.

⁸²⁷ Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.

⁸²⁸ C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., 738, p. 266.

⁸²⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 174. L’identification d’un système juridique séparé du système social est relativement récente, comme nous nous sommes attardés à le démontrer dans cette deuxième partie.

⁸³⁰ Dans son aspect le plus fondamental, le souci des tribunaux est de protéger l’intégrité du système juridique. Ainsi, dans l’arrêt *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, la juge McLachlin rappelait l’importance pour les tribunaux de préserver la cohérence du droit, gage de son intégrité :

Dans son œuvre qui a marqué la théorie contemporaine du droit, H. L. A. Hart a tenté de circonscrire le concept d’unité du système juridique de droit positif. Pour Hart, c’est dans l’union des règles primaires et des règles secondaires que l’on peut concevoir le droit en tant que système distinct des autres systèmes normatifs⁸³¹. Les règles primaires sont des règles qui imposent des obligations : ils « prescrivent à des êtres humains d’accomplir ou de s’abstenir de certains comportements, qu’ils le veulent ou non »⁸³². Les règles secondaires sont « parasites » par rapport aux règles primaires : elles imposent des pouvoirs de nature publique ou privée, relativement à la façon dont les règles primaires vont trouver application, ou même comment d’autres règles primaires pourront être créées, modifiées ou abrogées⁸³³.

D’après Hart, seules des sociétés relativement restreintes et unies par des croyances communes ou des liens étroits de parenté peuvent survivre dans une structure composée uniquement de règles primaires statiques qui n’émanent d’aucune autorité palpable, et dont l’identification et l’interprétation dans les cas douteux sont incertaines. Les sociétés plus complexes ont besoin d’une structure normative contenant des règles secondaires qui permettent de remédier aux défauts et carences identifiés dans les systèmes composés de règles primaires. L’incertitude d’un régime de règles primaires peut ainsi être surmontée par l’adoption de règles secondaires de reconnaissance (*rule of recognition*) identifiant de manière décisive les règles primaires d’obligation.

« Il est particulièrement important dans ce contexte de se rappeler que le droit doit viser à constituer un tout unifié, dont les parties — les domaines contractuel, délictuel et pénal — doivent se combiner dans une indispensable harmonie. Si les tribunaux devaient, d’une main, punir la conduite qu’ils approuvent de l’autre, cela équivaldrait à [TRADUCTION] “créer une faille intolérable dans l’unité conceptuelle du droit” : Weinrib, *loc. cit.*, à la p. 42. »(p. 176).

⁸³¹ H. L. A. HART, préc., note 22, p. 119. Cette union est au centre du système juridique, mais ne coïncide toutefois pas avec le système dans sa totalité : *id.*, p. 125.

⁸³² *Id.*, p. 105.

⁸³³ *Id.*

Pour pallier au caractère statique des règles primaires, on aura recours aux règles secondaires de changement (*rule of change*) qui déterminent comment et par qui les règles primaires peuvent être modifiées. Enfin, le caractère inefficace des règles primaires et l’absence d’autorité pour voir à l’interprétation de ces règles, lorsque nécessaire seront corrigés par l’incorporation de règles secondaires de décision (*rule of adjudication*). Ce type de règles secondaires n’impose pas de devoirs, mais prescrit la composition des autorités chargées de décider du contenu des règles primaires et la manière dont elles exécutent leurs devoirs.

L’articulation des règles primaires et secondaires est au cœur d’un système juridique selon Hart. C’est par l’examen des différentes facettes de la création et de l’application du droit (législation, jugements, pouvoirs publics, contrats) qu’il est possible de comprendre la relation entre les règles primaires et les règles secondaires. La mise en relation des règles primaires et secondaires permet aussi d’élucider les obscurités qui envahissent les concepts juridiques utilisés par les juristes dans la pratique de leur profession. Ce faisant, c’est le point de vue interne au droit qui ressort. C’est enfin ce point de vue interne qui permet de réfléchir et d’exposer la complexité du droit.

Parmi les règles secondaires qui ont été identifiées par Hart, ce sont les règles de décision qui revêtent une importance particulière dans cette thèse. D’après Hart, ces règles ont permis

« ...la centralisation [...] de la pression sociale » entre les mains d’une autorité, les juges, qui se sont ainsi vus octroyés « le pouvoir exclusif d’ordonner l’application de sanctions par d’autres autorités. »⁸³⁴ (Notre mise en évidence)

Comme il existe peu de systèmes dans lesquels les pouvoirs du juge se résument à décider de la violation des règles primaires, l’introduction de règles de décision a pour

⁸³⁴ H. L. A. HART, préc., note 22, p. 123.

conséquence de conférer également aux juges le pouvoir de décider de manière autoritaire l’étendue des règles primaires. Par l’entremise des règles de reconnaissance (*rules of recognition*) que la dogmatique juridique formule, on réussit à extraire des jugements des tribunaux les règles primaires qui deviendront une source de droit⁸³⁵. Sans le dire comme tel, Hart explicitait de cette manière la circularité et le caractère autoréférentiel du droit positif⁸³⁶.

Pour Luhmann, c’est par son autoréflexivité que le droit peut former son unité et se distinguer des autres systèmes sociaux⁸³⁷. L’unité du droit serait alors formée par l’autocréation d’un système qui

« ...constitue les éléments dont il se compose par le moyen des éléments dont il se compose, et par là établit des limites qui n’existent pas dans la complexité de l’infrastructure formant l’environnement du système. »

Ce sont ces limites qui constituent l’unité du système, qui est tout simplement la « détermination de soi par soi »⁸³⁸. L’unité du système juridique se définit alors, non pas par

⁸³⁵ *Id.* Cette source ne sera pas aussi « parfaite » que les textes législatifs, car il faudra que les jugements soient réutilisés par d’autres interprètes (la doctrine ou les autres juges).

⁸³⁶ Comme, par exemple, dans *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, [2005] 2 R.C.S. 3, alors que la Cour suprême du Canada reconnaît la circularité du raisonnement qui sert autant à la création d’une règle de *common law* qu’à sa justification :

« Parce que cette restriction est nécessaire, les tribunaux vont alors la créer. À la dernière étape de la démarche, les mêmes tribunaux détermineront si cette restriction des droits constitutionnels peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte*, et invoqueront la nécessité qui a déjà servi à justifier la création de cette restriction. Ce raisonnement, qui porte l’empreinte de la circularité, paraît amalgamer le mécanisme de la création de la règle de *common law* et le mécanisme par lequel on la justifiera. » (par. 80)

⁸³⁷ N. LUHMANN, « L’unité du système juridique », préc., note 303, p. 175. Pour Luhmann, Hart « constitue l’unité du droit dans une relation auto-compensatoire » entre les règles primaires et les règles secondaires.

⁸³⁸ *Id.*, p. 180.

les limites territoriales ou juridictionnelles, mais par sa clôture normative qui lui permet de rester différencié et de conserver sa juridicité face à la factualité⁸³⁹.

La différenciation du système est le procédé qui donne au système juridique la possibilité « de distinguer les attentes “normatives” des attentes “cognitives” »⁸⁴⁰. L’autoréflexivité du droit crée l’unité du système, qui est ce que le « système est pour lui-même »⁸⁴¹. Il s’agit de

«...la forme que prennent les opérations quand elles se rapportent à leur appartenance au système pour se rattacher au contexte d’autres opérations au même système en le reproduisant »⁸⁴².

Cette récursivité du droit est le symbole ultime de la validité juridique du droit. L’autocréation du système est incompatible avec la hiérarchie des normes, car chaque élément du système doit son caractère de norme à un autre élément du système⁸⁴³. La spécificité fonctionnelle du droit lui donne « la liberté de constituer une unité pour son propre compte⁸⁴⁴».

Entre la loi et le jugement s’établit également un rapport de symétrie et de circularité : les lois ont valeur de normes parce qu’il est prévu qu’elles seront appliquées dans les jugements, et ceux-ci ont valeur de normes parce que les lois prévoient qu’ils peuvent régler les situations au point de vue normatif⁸⁴⁵. Entre la loi et le jugement, il n’y a

⁸³⁹ Lukas S. SOSOE, Préface à l’édition française de *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. XXIX.

⁸⁴⁰ N. LUHMANN, « L’unité du système juridique », préc., note 303, p. 172.

⁸⁴¹ Traduction d’un extrait de *Soziale Systeme* cité par L. S. SOSOE, dans sa Préface à l’édition française de *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. XXII.

⁸⁴² Traduction d’un extrait de *Das Recht der Gesellschaft* cité par L. S. SOSOE, *id.*, p. XXIX.

⁸⁴³ N. LUHMANN, « L’unité du système juridique », préc., note 303, p. 174.

⁸⁴⁴ *Id.*, p. 186.

⁸⁴⁵ *Id.*, p. 174.

donc plus de rapport hiérarchique, mais une relation circulaire et asymétrique qui dérive de la différenciation fonctionnelle du droit et de la nécessaire récursivité qui en découle. Cette circularité de la relation entre la norme et la décision est l’un des paradoxes les plus évidents du droit positif. Ce paradoxe est une menace pour la légitimité démocratique du droit. C’est pourquoi le système juridique tente de camoufler ce paradoxe, notamment par l’utilisation de règles d’interprétation législative qui servent à faire ressortir l’intention du législateur, pour la distinguer de celle du juge.

Ce chapitre termine l’étude des formes prises par le droit au fil de sa différenciation progressive dans le système social. Dans la troisième partie, c’est la différenciation interne du système juridique qui sera examinée. L’objectif est de comprendre la relation entre la différenciation externe du système juridique (que nous avons analysée dans la deuxième partie), et la différenciation interne du système ayant donné lieu à la différenciation de la loi et du jugement. Ultimement, ce sont les conséquences de cette différenciation extrême du jugement et de la fonction de juger qui donneront prise à la création d’une norme d’indépendance judiciaire.

PARTIE III

TITRE I
LA JUSTICE DANS LA TRADITION JURIDIQUE
OCCIDENTALE

Dans cette troisième partie, nous examinerons la différenciation interne de la justice dans sa dimension historique et fonctionnelle. Nous avons fait état dans la première partie du processus par lequel le système social s'est différencié entre plusieurs sous-systèmes pour répondre à des besoins fonctionnels spécifiques. Grâce à la réduction de la complexité globale accomplie par cette différenciation, chaque sous-système qui en résulte peut augmenter sa complexité interne de manière corrélative, toujours dans le but de mieux accomplir la mission que lui attribue le système social. Le droit n'a pas fait exception à ces lois générales de la différenciation fonctionnelle. Lorsque le système social a exercé des pressions sur le droit pour qu'il se différencie à son tour, celui-ci a créé à l'interne des sous-systèmes spécialisés ayant une fonction précise dans le système.

Avant d'aborder l'étude des mutations de la fonction de juger dans le système juridique, il faut revenir brièvement sur l'exposé des stades de transformation du droit dans le temps et faire deux observations importantes. La première est que l'histoire révèle que le droit a été une source d'inspiration intellectuelle pour les penseurs politiques dans leur quête de principes pour contrer l'arbitraire et les excès des pouvoirs politiques et religieux. Dans le schéma évolutionniste tracé par Parsons, la différenciation du droit dans le système social est qualifiée d'« universel de l'évolution ». Le sociologue américain écrivait que le développement d'un système juridique universaliste avait assuré l'indépendance des composantes normatives du système intégrateur vis-à-vis des systèmes de légitimation culturels et religieux. Ce qui signifie qu'au fur et à mesure de sa progression vers la différenciation, le droit peut tracer une frontière entre l'ordre normatif sociétal et les systèmes culturels de légitimation composés des valeurs, symboles et autres principes moraux et religieux. C'est grâce à cette distance mise entre le droit et les autres instruments de légitimation de l'organisation sociale que le droit a pu évoluer vers l'égalité formelle et freiner l'absolutisme et l'arbitraire des pouvoirs politiques et religieux⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ Dans le droit anglais, cette fonction du droit a été transformée en principe constitutionnel : la « *rule of law* ».

La deuxième observation concerne le lien entre l'évolution du droit et la place du jugement dans la production juridique. Selon la phase de différenciation atteinte par le système juridique, la place du jugement dans l'organisation de l'établissement et de l'application du droit s'est modifiée. Le progrès de la différenciation du droit délimite non seulement la position de la fonction de juger dans le système juridique, mais également la légitimité de la fonction judiciaire dans la structure de production des attentes normatives. C'est de l'évolution de la place du juge dans l'organisation de la gouvernance dont il sera question dans cette troisième partie.

L'étude de la différenciation historique du système judiciaire ne se limitera pas au système de justice tel qu'il s'est développé en Angleterre, même si la structure des tribunaux judiciaires et administratifs, le mode de nomination et de rémunération des juges au Canada sont issus de la tradition juridique anglo-saxonne⁸⁴⁷. Vu le choix d'un modèle théorique qui s'inspire largement de l'histoire des sociétés occidentales, nous pouvons élargir notre terrain d'expérimentation et essayer d'apporter une explication plus globale aux raisons pour lesquelles les systèmes juridiques occidentaux ont fait de l'indépendance judiciaire le soubassement des concepts d'État de droit et de démocratie.

Aussi, l'étude comparative de la fonction de justice dans les royaumes de France et d'Angleterre est d'une grande utilité pour la compréhension des modalités du procès de rationalisation du droit occidental. Les similitudes importantes dans l'origine et les développements de cette fonction dans ces deux pays accèdent la thèse de la différenciation fonctionnelle du droit occidental. Ainsi, en dépit des différences qui peuvent être soulignées dans les développements des systèmes judiciaires anglo-saxons et ceux du Continent en ce qui à trait notamment le statut des juges et à la hiérarchie des tribunaux judiciaires, notre étude démontre que la fonction de justice s'est développée sensiblement de la même manière dans les deux systèmes.

⁸⁴⁷ *La Reine c. Beaugard*, préc., note 819.

L'examen des développements de la fonction de justice débute par l'Antiquité. Nous exposons les conceptions aristotéliennes de la justice qui annoncent celles qui président à la justice romaine. Puis, dans le deuxième chapitre, il sera question de la justice de l'état médiéval, qui est la source de la justice et de l'État modernes. Nous verrons les principales caractéristiques de l'État de justice⁸⁴⁸, tel que celui-ci s'est organisé en Angleterre et en France dès la fin du Haut Moyen Âge.

Au début du premier millénaire, la justice féodale et la justice royale cohabitent. Rapidement cependant, grâce à l'appui de l'Église chrétienne, la justice royale prédomine. Weber a subsumé ces deux types de justice dans la catégorie idéaltypique de « justice patrimoniale ». Nous verrons comment les conseils de barons issus de la féodalité se sont rapidement transformés en organes chargés de rendre justice et d'administrer les impôts prélevés sur les terres des seigneurs féodaux. Les pouvoirs exercés par ces cours ne se limitent pas à l'« adjudication », tel que l'on qualifie aujourd'hui la prise de décisions par les tribunaux, mais englobent aussi bien l'Administration que la législation⁸⁴⁹. Les coutumes, qui constituent alors la forme principale du droit, sont appliquées par les cours de justice royales et seigneuriales ou la curie pontificale. Cette coexistence des juridictions prélude au développement de la tradition juridique en Occident⁸⁵⁰.

Nous verrons aussi de quelle manière les rois anglais et français mettront en place un système de justice centralisé qui assurera la pérennité d'une structure de pouvoir gouvernemental bien enracinée dans la puissance souveraine. La création des tribunaux centraux servira aussi à confirmer le « monopole étatique de la violence » en drainant les

⁸⁴⁸ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p.336.

⁸⁴⁹ *Id.*

⁸⁵⁰ L'historien du droit américain Berman affirme, et c'est la théorie qu'il développe tout au long de son livre, que les événements qui ont suivi le *Dictatus Papae* du Pape Grégoire VII constituèrent une véritable révolution, qu'il nomme « révolution papale », et non une simple réforme. Il affirme également que cette série d'événements est erronément décrite sous le seul vocable de « Querelle des Investitures » alors que la dispute entre l'Église d'une part, et l'Empereur et les autres monarques européens d'autre part, sur la nomination des évêques n'est selon lui que l'une des étapes qui ont jalonné la grande révolution du droit des XI^e et XII^e siècles : H. BERMAN, préc., note 515, p. 112-121.

litiges privés susceptibles de finir en guerres civiles⁸⁵¹. En Angleterre, l'instauration d'un système judiciaire favorisera non seulement l'édification d'un État monarchique, mais elle contribuera également à la formation d'un droit national ayant préséance sur les coutumes locales⁸⁵².

En France, dès le milieu du XIII^e siècle, le Parlement de Paris, qui est ni plus ni moins que l'extension de la *curia* royale, aura aussi pour fonction de rendre la justice au nom du souverain, en plus d'enregistrer les ordonnances et édits royaux pour en assurer la dissémination. Grâce à l'instauration de ce parlement central et des autres parlements en province par la suite, la monarchie française pourra élargir son champ territorial d'autorité. Justifié par son rôle de gardien des coutumes, le roi chargera aussi ses représentants judiciaires locaux (les prévôts, baillis et sénéchaux) de rédiger les bonnes coutumes et d'en éliminer les mauvaises⁸⁵³. La rédaction des coutumes locales produira le même effet sur l'unification du droit et du territoire en France que la création des cours de *common law* chargées de rendre justice selon le droit commun en Angleterre.

Les bouleversements politiques et sociaux qui préfigurent les causes des révolutions anglaise et française vont aussi modifier le rôle de la justice dans l'État souverain. Les conséquences de ces changements sont toutefois différents dans les deux systèmes : contrôle parlementaire du pouvoir de révocation des juges en Angleterre et méfiance institutionnalisée à l'égard du pouvoir judiciaire qui est relégué au dernier rang de la hiérarchie étatique en France.

Source de légitimation du pouvoir royal au Moyen Âge, la justice jouera donc un rôle politique beaucoup plus effacé dans la modernité, en raison de l'idée de suprématie de la loi qui se maintiendra jusqu'à l'avènement du constitutionnalisme. La différenciation du

⁸⁵¹ C. HOLMES, préc., note 727, p. 317.

⁸⁵² Paul BRAND, « La formation du système juridique anglais, 1150-1400 », dans A. PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 499.

⁸⁵³ H. BERMAN, préc., note 515, p. 488.

système politique et l'augmentation de la complexité sociale transformeront à leur tour la place de la loi, du contrat et de la fonction judiciaire dans le système juridique, en permettant notamment à cette dernière fonction de prendre une place centrale dans le système juridique, à l'abri des pressions directes exercées sur le droit par les autres sous-systèmes sociaux. Ces transformations auront pour effet de placer les tribunaux dans une position de régulation des centres de production du droit, de façon à limiter les intrusions systématiques dans le droit des communications et attentes normatives en provenance des autres systèmes sociaux.

CHAPITRE 1 LA FONCTION DE JUGER DANS LA PRÉMODERNITÉ

Ce qui distingue notamment la fonction de juger entre la prémodernité et la modernité est la nature charismatique de cette fonction durant la première période. Le droit archaïque étant une « invention charismatique »⁸⁵⁴, il est révélé par des diseurs de droit qui fonctionnent comme des oracles⁸⁵⁵. Le droit n'étant pas un produit humain, il est révélé par les représentants religieux. Il n'y a pas de décisions juridiques, seulement des normes essentiellement religieuses de comportement social qui sont révélées par des prêtres et des sorciers. La fonction judiciaire se confond avec les autres modes de production juridique.

Une autre caractéristique de la justice prémoderne est qu'elle est peu institutionnalisée. La vengeance privée et l'arbitrage volontaire sont plus répandus que la justice publique⁸⁵⁶. Tout comme le *pater familias* le fait pour sa famille, le chef du clan rend la justice pour le groupement dont il a la charge. Comme ce dernier est solidairement responsable des actes commis par chaque membre, la fonction de justice se limite donc à l'arbitrage des différends qui peuvent survenir entre les groupements⁸⁵⁷.

À Rome, la justice n'est pas une fonction déterminante du système juridique, mais elle est plus importante que dans la période archaïque. Le juge qui préside l'action en justice suivant la procédure formulaire n'a pas de connaissances juridiques et n'a aucun rôle dans la découverte du droit. La situation n'est pas tellement différente après la chute de l'Empire romain, alors que le droit est composé principalement des lois des chefs de guerre barbares. La normativité est essentiellement répressive et se résume principalement dans l'établissement de codes prévoyant les pénalités encourues du fait de la violation des

⁸⁵⁴ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 133.

⁸⁵⁵ John P. DAWSON, *The oracles of the law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968, p. xii.

⁸⁵⁶ Les sociétés qui permettent la vengeance privée n'ont pas de structures de résolution de conflits très développées : N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 96.

⁸⁵⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 129.

normes de la famille, du groupe ou du clan. Le chef de groupe se charge lui-même d'appliquer la peine en fonction du code en vigueur.

Il faut attendre la troisième phase, celle qui voit naître les premiers échafaudages d'un système de tribunaux, pour que la fonction de justice prenne une place importante dans le système juridique. Cette phase correspond à la mise en place des cours royales qui se différencient progressivement en tribunaux de plus en plus spécialisés. Comme il sera démontré plus en détail dans les chapitres qui suivent, la justice des tribunaux royaux sera essentiellement une justice de type patrimonial, les juges exerçant à la fois des fonctions administratives, judiciaires et même législatives (le plus bel exemple étant celui du Parlement anglais, à la fois conseil élargi, assemblée législative et haute cour de justice)⁸⁵⁸.

Dans la Grèce athénienne, la justice relève plus de la conception philosophique que de la pratique juridique. La justice publique est peu développée et est réservée aux crimes graves qui intéressent l'ensemble de la communauté. La justice romaine est plus étendue. Ce n'est toutefois pas encore une justice spécialisée, puisqu'elle est rendue par des particuliers, sur demande du consul, puis du préteur. Sous l'Empire, cette justice est administrée par l'Empereur qui est devenu la source unique du droit. Son caractère public devient plus évident, mais demeure restreint du fait de la prédominance de la vengeance privée.

Section 1 La justice aristotélicienne

Dans la *polis*, la fonction de justice n'a pas l'importance qu'elle acquiert plus tard à Rome. Il n'y a pas, dans la Grèce Antique, une procédure judiciaire comparable à la procédure formulaire romaine. La justice grecque est surtout l'affaire des Anciens qui siègent dans l'agora et rendent des jugements s'appuyant plus la sagesse que sur le

⁸⁵⁸ C. H. McILWAIN, *The High Court of Parliament*, Hamden, Conn., Archon Books, 1962.

fondement des lois⁸⁵⁹. À Athènes, la justice publique est rendue par le tribunal de l'Héliée, qui est composé d'une partie de l'assemblée démocratique⁸⁶⁰. Cette justice est limitée aux insoumissions militaires et aux autres sacrilèges; elle est donc exceptionnelle⁸⁶¹. Même le meurtre relève de l'action privée des familles.

La justice est pourtant une préoccupation majeure dans l'œuvre d'Aristote. Pour le Philosophe, il faut d'abord distinguer la justice politique de la justice au sens absolu. La justice politique est en partie naturelle et en partie légale. Ce qui est juste au sens naturel est particularisé par la justice légale qui en fixe les modalités au moyen des lois positives⁸⁶². La justice absolue est, quant à elle, de deux ordres, distributive ou commutative. La justice distributive consiste à attribuer à chaque membre la juste part des richesses, honneurs et avantages de la cité. La justice commutative, qui est aussi appelée « corrective », car elle a pour objectif de corriger une situation, s'applique aux relations dites « volontaires » et « involontaires ». Dans le cas des relations volontaires (vente, achat, location, prêts), le juge rend justice en s'assurant que chaque partie reçoive la juste contrepartie de ce qu'elle a donné en échange. En ce qui concerne les relations involontaires (vol, adultère, prostitution), la justice aura pour tâche de corriger le déséquilibre créé par la relation et de compenser la perte infligée en imposant une peine à la partie qui a retiré un avantage du fait de son délit. La justice commutative représente en somme le « juste milieu entre la perte de l'un et le gain de l'autre »⁸⁶³.

⁸⁵⁹ Edward Ch. L. VAN DER VLIET, « Justice and Written Laws in the Formation of the Polis », dans Ferdinand J. M. FELDBRUGGE (dir.), *The law's beginnings*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 29.

⁸⁶⁰ Jean GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 6e édition, Paris, Montchrestien, 2000, p. 84.

⁸⁶¹ Norbert ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, O. Jacob, 1991, p. 84.

⁸⁶² Pierre AUBENQUE, « La loi selon Aristote », (1980) *Archives de philosophie du droit* 147, p.154.

⁸⁶³ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, IV, 6.

Dans cette conception de la justice, le juge est l'homme du juste milieu, tiers impartial, qui a pour mission de maintenir la balance égale entre les parties : « ... quand on aura trouvé l'homme du juste milieu, on parviendra à obtenir justice »⁸⁶⁴. Aristote s'arrête aussi à définir le juste absolu, et son contraire, l'injuste. Selon le Stagirite, le juste est celui qui se conforme aux lois et à l'égalité, tandis que l'injuste vit dans l'illégalité et l'inégalité. La justice totale comprend ce qui est juste selon la loi et ce qui est conforme à l'égalité. Ce qui va à l'encontre de la loi est toujours injuste, mais pas forcément inégal⁸⁶⁵.

Aristote énonce aussi que la justice ne peut exister que si les rapports entre les hommes sont dictés par la loi ; ce que le législateur fixe dans les lois est donc conforme au juste. À cet égard, il existe deux sortes de lois : la loi naturelle et la loi positive. Le contenu de la première est d'origine naturelle; « elle produit partout les mêmes effets et ne dépend pas de nos diverses opinions [...] »⁸⁶⁶. La deuxième repose sur les conventions entre les hommes, et ne peut donc être la même partout. La loi positive doit laisser le moins possible à décider aux juges, et ce, pour trois raisons principales. La première vient du fait qu'il est « plus facile de trouver un homme, ou un petit nombre d'hommes, qu'un grand nombre qui soient doués d'un grand sens et en état de légiférer et de juger »⁸⁶⁷. La deuxième est que les décisions judiciaires doivent être rendues plus rapidement, ce qui laisse moins de temps aux juges pour réfléchir et mûrir la question soumise, alors que les lois font l'objet d'une étude plus exhaustive et plus approfondie. La dernière raison, qui est aussi la plus importante, est que les législations traitent de sujets futurs et généraux, alors que les décisions des juges portent sur des cas particuliers et actuels. C'est notamment à cause de cette dernière caractéristique que les juges sont plus susceptibles de se laisser convaincre ou influencer par des considérations d'amitiés, de haine ou autres sentiments d'intérêt privé.

⁸⁶⁴ *Id.*, V, IV, 7.

⁸⁶⁵ *Id.* V, II, 8.

⁸⁶⁶ *Id.*, V, VII, 1.

⁸⁶⁷ ARISTOTE, *Rhétorique*, I, VII.

Dès l'Antiquité, la question de l'impartialité du juge est un sujet d'inquiétude et de discussions. D'autant plus que dans ces sociétés indifférenciées et cloisonnées où l'ordre social repose en grande partie sur des systèmes de parenté, il est difficile de concevoir une justice rendue par un corps de juges déliés de toutes relations familiales et capables de se dissocier de leurs autres rôles sociaux. Pour Aristote, la solution à cette difficulté réelle réside dans la séparation du droit formel et du droit matériel : la loi règle et le juge décide. Car les lois sont dénuées de passion, tandis que le cœur des hommes, même celui des meilleurs, est rempli de passions diverses. Il vaut donc mieux être gouverné par les meilleures lois que par les meilleurs hommes⁸⁶⁸. Le Philosophe prévient toutefois contre cet *hiatus* entre la loi, qui est générale, et les actions qu'elle régit qui, elles, sont singulières. Si le juge ne peut subsumer le cas sous la règle, il devra corriger la loi; c'est par la vertu de l'équité (*epieikeia*) que le juge pourra rectifier le problème du silence ou de l'inapplicabilité de la loi⁸⁶⁹.

En conclusion, pour en arriver à la meilleure justice selon Aristote, la loi est un moyen, et non une fin⁸⁷⁰. Or, dépossédée de ses deux qualités importantes, celle d'être suffisamment près de la nature et de ce qui est universel, et celle d'être suffisamment précise et singulière pour ne pas susciter d'iniquité, la loi positive semble loin de pouvoir répondre aux préoccupations fondamentales du Stagiritte afin d'en arriver à une meilleure justice dans la cité. Du point de vue aristotélicien, la justice demeure donc un absolu

⁸⁶⁸ Suri RATNAPALA, «The Separation of Powers, the Rule of Law and Economic Performance», Working Paper Series, International Centre for Economic Research, Working Paper No. 4, 2006.

⁸⁶⁹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, X, 5 :

« Lorsque la loi s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, il est normal de combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait même qu'il s'exprimait en général. Le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi ».

⁸⁷⁰ P. AUBENQUE, « La loi selon Aristote », préc., note 862, p. 156.

inatteignable, dont il faut cependant toujours essayer de se rapprocher par tous les moyens, y compris par le fait d’instituer des juges faisant preuve de la meilleure sagesse.

Section 2 La justice à Rome

La conception romaine de la justice possède assurément des racines aristotéliennes. Selon le jurisconsulte Ulpien, le terme *jus* qui signifie droit, dérive de *justicia*, qui désigne la justice. Le droit est donc « l’art du bon et du juste »⁸⁷¹, et la justice, le fait de « donner à chacun le sien »⁸⁷². Compte tenu du lien étroit entre le droit et la justice, le travail du juge romain s’avère assez simple : il doit donner à chacun son dû. Cette tâche ne nécessite pas de connaissances spécialisées. Il suffit que le juge soit capable d’être juste, puisque, de toute façon, ce juge n’est pas un professionnel du droit.

Le droit romain ne connaît pas la notion moderne de droits subjectifs. Un tel concept est même superflu, car, comme l’écrivait Weber, « la vieille justice romaine s’arrêtait purement et simplement au seuil de la maison »⁸⁷³. Le pouvoir domestique du *pater familias* est pratiquement absolu et règle la majeure partie des questions liées au droit de la famille, au statut des membres de la famille élargie, à la succession des biens et au transfert de propriété⁸⁷⁴. Les pouvoirs publics sont limités, même en matière pénale où les

⁸⁷¹ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 65.

⁸⁷² *Id*; Le jurisconsulte Ulpien écrit ceci sur le droit et la justice dans les *Institutes* :

« Celui qui s’adonne au droit doit d’abord savoir d’où vient le mot ‘droit’ (*ius*); il vient de ‘justice’ (*ius* vient de *justicia*). En effet, selon l’élégante définition de Celse, le droit est l’art du bon et de l’équitable. C’est à bon droit que l’on qualifie [les juristes] de prêtres, car nous exerçons la justice et nous faisons connaître ce qui est bon et équitable, séparant l’iniquité, distinguant le licite de l’illicite, cherchant à procurer le bien non seulement par la menace de châtiments, mais aussi par la promesse de récompenses, pratiquant [ainsi] ce qui nous semble la vraie – et non une fausse – philosophie » (*Institutes*, Livre 1^{er} = *Digeste* 1, 1, 1, pr. et 1) : J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 83.

⁸⁷³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 30 ; Edouard FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs*, Paris, Marescq, 1880, p. 30.

⁸⁷⁴ H. S. MAINE, préc., note 449.

crimes sont d’abord l’affaire des chefs de famille⁸⁷⁵. La justice criminelle de l’État est d’application très restreinte et vise surtout les crimes commis contre les dieux⁸⁷⁶.

En matière de droit privé, les voies de recours judiciaires du droit romain sont celles reconnues par la Loi des Douze tables, et plus tard, par l’édit du préteur. C’est la procédure dite formulaire ou « ordinaire », du fait que les juges sont choisis selon la liste nommée *ordo*⁸⁷⁷. Dans la Rome archaïque, le nombre de procès est limité, car l’interprétation des pontifes suffit généralement à la tâche dans cette société peu différenciée. Le juge rend son jugement (*sententia*) suivant les paramètres prévus par la *legis actio*; il s’occupe des questions de fait (*quaestio facti*) puisque la question juridique est déjà prévue dans l’action légale. La sentence du juge est une opinion qui a un caractère strictement privé; son jugement ne lie que les parties qui se sont soumises entièrement librement à sa compétence. Compte tenu de la relativité de la sentence, il ne saurait être question d’instaurer un système de précédents judiciaires ou d’introduire un principe similaire au *stare decisis*.

Pendant la République, c’est le préteur qui décide de la possibilité d’intenter une action judiciaire. Comme il existe peu de recours, celui-ci doit quelquefois y suppléer en ajoutant des voies d’action à partir des demandes de la pratique juridique. La promulgation annuelle de l’édit du préteur a pour objet de pallier aux insuffisances des recours. À la

⁸⁷⁵ Paul Frédéric GIRARD, *Histoire de l’organisation judiciaire des Romains*, Tome I, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1901, p. 126 :

« Si nous avons des statistiques criminelles des premiers siècles de la République, les citoyens exécutés par les licteurs à la suite des formalités du *judicium populi*, n’y feraient probablement pas le plus gros chiffre en face de la foule des citoyens, des femmes et des étrangers privés de la vie ou de la liberté en vertu de la coercition aux formes multiples. Mais pour les uns et pour les autres, le jugement était certainement procuré avec moins d’élégante précision et de rectitude mathématique que la moindre condamnation civile au paiement d’une centaine d’as lourds. »

⁸⁷⁶ *Id.*, p. 36, 38, 106.

⁸⁷⁷ Jean HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Cours de droit, 1994, p. 12.

différence du juge, le préteur n'exerce pas de fonction d'adjudication. Son rôle est de trouver des solutions pratiques aux situations qui appellent un règlement juridique. Le préteur est aidé dans sa tâche par les jurisconsultes qui délivrent des avis juridiques sur l'état du droit. Comme le dit Ulpien, ces derniers sont des « prêtres de la justice », car le droit est au service de la justice⁸⁷⁸. Avec son édit, le préteur épuise sa compétence et ne peut exercer une discrétion pour modifier le droit en cours d'année.

Le procès se déroule en deux parties, la phase d'instruction (*in iure*) et la phase de jugement (*apud iudicem*). Dans la première, c'est le magistrat, le préteur qui se contente de « dire » (*dictio*) le droit (*iuris*), suivant la compétence qui lui est dévolue par les actions légales. C'est phase est très formelle et certains actes doivent être posés par les parties pour permettre au juge de lier l'instance⁸⁷⁹. Le magistrat peut ensuite désigner un juge à partir d'une liste existante pour trancher le litige. Le demandeur doit contraindre lui-même le défendeur, car il n'existe aucune autre manière de forcer un défendeur à participer au procès. Le défendeur est ainsi souvent contraint physiquement de se défendre sur le champ devant le juge. Au terme de la deuxième phase du procès qui se déroule devant le juge, celui-ci examine l'affaire au fond et rend sa sentence ou refuse de décider s'il n'est pas assez informé⁸⁸⁰. Tout comme c'est le cas pour la contrainte du défendeur, aucun mécanisme n'existe pour l'exécution de cette sentence. Le créancier de la dette reconnue par jugement doit alors forcer son débiteur à comparaître à nouveau devant le magistrat puis le détenir lui-même jusqu'à ce qu'il ait payé sa dette⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ José Javier de LOS MOYOS-TOUYA, « Le juge romain à l'époque classique », dans Jean-Marie CARBASSE, Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, coll. « Droit et justice », Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 57.

⁸⁷⁹ Maurice QUENET, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Cours de droit, 1997, p. 21.

⁸⁸⁰ *Id.*

⁸⁸¹ JEAN GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, p. 422.

Le juge romain n'a donc pas une grande influence sur la création du droit. Malgré la relativité des jugements, les décisions rendues dans les cas particuliers sont peu à peu réutilisées par les juriconsultes dans leurs ouvrages. C'est le début de la systématisation du droit prétorien qui commence par les compilations des juriconsultes commentant les solutions jurisprudentielles apportées aux problèmes juridiques soulevés devant la justice. En somme, la justice à Rome est à l'image du droit romain, c'est-à-dire très formaliste, mais aussi très peu institutionnalisée. Au début de l'Empire, l'État nomme des fonctionnaires chargés d'entendre les affaires contentieuses. Cette justice est nommée procédure extraordinaire, par opposition à la procédure ordinaire devant le préteur et le juge. L'administration publique prend alors en charge toute la procédure, assure la comparution des parties et l'exécution. Cette justice a préséance sur la procédure ordinaire, mais les parties ont toujours le loisir de choisir la deuxième⁸⁸².

À la fin de l'Empire, les peuplades barbares ayant envahi l'Europe occidentale vont exercer la justice à l'intérieur de leur groupement. Comme il n'y a pas d'arbitrage entre clans, la vengeance privée fera beaucoup de ravages, jusqu'à ce que l'Église favorise la montée de quelques monarques chargés de faire régner la paix de Dieu, qui deviennent ainsi investis de la mission de rendre la justice sur la Terre en son nom.

⁸⁸² J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, préc., note 877, p. 13.

CHAPITRE 2 LA FONCTION DE JUGER DANS L'ÉTAT MÉDIÉVAL

La chute de l'Empire romain entraîne la multiplication des dominations territoriales par des clans et groupes ethniques qui exercent un pouvoir absolu sur le territoire dont ils ont obtenu la possession, par conquête ou concession. Pour freiner les luttes armées entre ces groupes, l'Église chrétienne soutient les monarques qui ont érigé un système de justice concurrent visant à exproprier les pouvoirs de ces chefs guerriers. La justice devient ainsi la source principale du pouvoir séculier⁸⁸³.

La justice est en effet l'un des deux devoirs principaux du prince ou seigneur (l'autre est celui d'assurer la paix)⁸⁸⁴, car dans la période troublée qui suit les grandes invasions barbares, les peuples s'assemblent autour de ceux qui sont assez forts pour leur garantir la paix. La fonction de justice va jouer un rôle de premier plan dans l'édification de l'État médiéval, car c'est autour du prince comme dispensateur de justice que les états européens édifient des structures permanentes de gouvernement. L'institutionnalisation de la justice constitue aussi une étape importante dans la mise en place d'un cadre normatif organisé applicable sur l'ensemble du territoire et qui ne fait acception de personne, puisque tous et chacun peuvent être amenés à répondre devant la justice royale⁸⁸⁵.

L'organisation judiciaire au Moyen Âge fait ressortir l'étonnante ressemblance entre les royaumes de France et d'Angleterre en ce qui concerne le rôle de la justice dans l'unification du territoire et l'élimination des pouvoirs féodaux. La création d'une cour de

⁸⁸³ N. ROULAND, *Introduction historique au droit préc.*, note 664, p. 403.

⁸⁸⁴ Bracton justifie la nécessité d'un roi sur ces deux devoirs :

“The needs of a king

To rule well a king requires two things, arms and laws, that by them both times of war and of peace may rightly be ordered”: H. BRACTON, *préc.*, note 773, vol. 2, p. 19.

⁸⁸⁵ Nikolas E. ALGRA, «The *Lex Frisionum*. The Genesis of a Legalized Life», dans Ferdinand J. M. FELDBRUGGE (dir.), *Law's Beginnings*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 85.

justice centrale chargée d'entendre les causes ressortissant de la justice royale représente pour les monarchies anglaise et française « en même temps la combinaison et la distinction du pouvoir politique (*imperium*) et de la justice selon le droit (*iurisdictio*), leur combinaison dans la fonction de la royauté et leur distinction dans les institutions du conseil du roi et du tribunal royal. »⁸⁸⁶ Cette première étape dans l'instauration d'une autorité de type étatique marque aussi la première phase de différenciation de la *iurisdictio* à l'égard du pouvoir politique.

La justice royale va aussi se différencier de l'administration patrimoniale suivant un mode et un rythme similaire dans les deux royaumes. Dès la fin du Moyen Âge, la justice est, dans les deux systèmes, une entité séparée fonctionnant selon ses propres règles. C'est notamment en raison de cette progression similaire de la différenciation des deux systèmes de justice que les juges se retrouveront au même moment au cœur de conflits politiques décisifs qui entraîneront des transformations significatives en ce qui concerne le rôle du jugement dans la production normative.

Section 1 La justice patrimoniale

Avant l'apparition des premières formes de gouvernement étatique aux XI^e et XII^e siècles, le gouvernement politique et les droits sur le territoire sont intimement liés. Ceux qui ont reçu de leur seigneur un titre sur un territoire donné exercent l'ensemble des fonctions du pouvoir politique et économique, ainsi que les droits de judicature sur leur domaine. Comme Weber l'a si bien exprimé, à cette étape du procès de rationalisation du droit, le pouvoir de commandement ou pouvoir politique ne fait pas l'objet d'une juridiction spécialisée, distincte des autres domaines juridiques; tous ces pouvoirs ont le « caractère d'un privilège personnel (nommé "prérogative" pour le chef de l'État) »⁸⁸⁷. Le droit de ban dévolu aux seigneurs comprend tous les attributs juridiques, politiques et

⁸⁸⁶ H. BERMAN, préc., note 515, p. 483.

⁸⁸⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 28.

administratifs⁸⁸⁸. Bien qu'il existe une pluralisation des juridictions et des droits privilégiés, comme en fait foi l'existence du droit royal, du droit canon, du droit féodal et du droit seigneurial, il n'y a pas de différenciation hiérarchique entre les pouvoirs qui sont à l'origine d'une règle de droit. C'est plutôt la personnalité des individus ou le territoire qui détermine le droit applicable. Les droits relèvent des groupements, qui sont politiques, territoriaux, ou corporatifs. Weber qualifie cet état de « patrimonialisme »⁸⁸⁹.

Dans l'état patrimonial, l'ensemble des fonctions liées à l'administration, à la perception des impôts et redevances, et au règlement des plaintes et litiges, est exercé par la même autorité seigneuriale ou domaniale. Il n'y a pas de différenciation entre le « gouvernement » et la « juridiction », car la souveraineté judiciaire fait l'objet d'une appropriation par le seigneur qui exerce la justice sur son domaine⁸⁹⁰. L'administration de la justice est le véhicule par lequel s'exerce le pouvoir séculier, alors que l'autorité judiciaire demeure la représentation ultime de la souveraineté du monarque, du baron féodal ou du seigneur. Beaumanoir écrit que le baron est « souverain dans son royaume ». Jean Bodin, à qui l'on attribue la première formulation d'une théorie de la souveraineté, affirme encore en 1566 dans son *Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem*, que la principale source d'autorité est judiciaire, soit le contrôle sur l'interprétation et l'application des lois⁸⁹¹.

Étant donné que le gouvernement, celui du domaine seigneurial ou celui du royaume, est lié par le droit, et que celui-ci émane de la coutume telle qu'interprétée par les

⁸⁸⁸ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 110.

⁸⁸⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 28. Weber définit la domination patrimoniale comme une « domination orientée principalement dans le sens de la tradition, mais exercée en vertu d'un droit personnel absolu » : M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 238.

⁸⁹⁰ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 244. C'est l'époque en Angleterre des cours domaniales (*manorial courts*) et en France, des cours seigneuriales.

⁸⁹¹ C.H. McILWAIN, "A Fragment on Sovereignty", (1933), 48 *Political Science Quarterly* 94, 99: c'est dans son traité *Les six livres de la République* que Bodin énonce que la souveraineté, ou la « puissance absolue & perpétuelle d'une République » est « la puissance de donner loy à tous en général, & à chacun en particulier ».

cours, on peut dire que le pouvoir « judiciaire » (*iurisdictio*) est prééminent et que tous les autres pouvoirs lui sont subordonnés. La différenciation du gouvernement et de la juridiction sera le fruit de la systématisation du droit par les légistes et glossateurs qui, comme Bracton, distingueront le pouvoir relevant du *gubernaculum* et celui relevant de la *iurisdictio*⁸⁹². Selon Berman, « la différence entre les conceptions du 12^e siècle et celle du 20^e siècle concernant le gouvernement, ne résidait pas dans l'absence jadis, et la présence aujourd'hui, de fonctions législative et exécutive, mais bien plutôt, d'abord, dans la fusion alors et la distinction maintenant de ces fonctions; et ensuite dans la subordination alors du législatif et de l'exécutif au judiciaire. »⁸⁹³

Vers le début du Bas Moyen Âge, alors que les luttes incessantes entre les barons au sujet de la propriété des terres font rage, la justice royale s'installe et gruge peu à peu la compétence juridictionnelle de ces puissants propriétaires terriens. C'est précisément dans le but de faire cesser ces luttes entre barons et seigneurs que l'Église chrétienne autorise les monarques à consolider leur pouvoir féodal sur un plus grand territoire pour y faire régner la paix de Dieu. L'un des principaux devoirs de ces princes est de créer un système d'administration de la justice pour substituer un mécanisme judiciaire de règlement des conflits à la place des luttes armées qui menacent constamment la paix et la sécurité publique. Pendant l'empire carolingien, Charlemagne tentera d'ailleurs de forcer les chefs de famille à accepter l'indemnisation pécuniaire pour compenser le sang versé d'un des leurs de façon à empêcher les groupes familiaux de s'entretuer pendant des générations⁸⁹⁴.

⁸⁹² *Supra*, note 773.

⁸⁹³ H. BERMAN, préc., note 515, p. 340.

⁸⁹⁴ N. E. ALGRA, « The *Lex Frisionum*. The Genesis of a Legalized Life », préc., note 885. En 760, Charlemagne ordonna la compilation des principales lois des peuples germaniques de l'Empire carolingien. Cette œuvre, connue sous l'appellation de *Lex Frisionum*, ne fut pas achevée. On y trouve cependant une mine de renseignements sur le droit des peuples germaniques et sur l'administration de la justice pendant le Haut Moyen Âge. Les dispositions qui proscrivent la vengeance forcée et le duel confirment la volonté de l'Église de freiner les luttes armées qui déciment les populations et causent un état constant d'anarchie et de chaos.

À la fin du Moyen Âge, la justice domaniale ou seigneuriale aura pratiquement disparue au profit de la justice royale.

Section 2 La justice royale, instrument de la paix de Dieu

Au Moyen Âge, le droit européen est une mosaïque complexe de droits particuliers, de privilèges et de droits d'exception (droit urbain, droit royal, droit féodal, droit canon). C'est ce qu'on a qualifié de « pluralisme médiéval »⁸⁹⁵. Ce paysage juridique particulier se transforme avec la montée du pouvoir législatif royal. Mais avant de pouvoir utiliser la législation comme mode principal de production du droit, les monarques doivent d'abord se servir de leur droit de justice pour établir une administration royale sur tout le territoire du royaume. La centralisation administrative de l'état médiéval par la fonction judiciaire est achevée par la création sans cesse grandissante de recours permettant l'évocation vers les cours royales des litiges des cours féodales, et l'envoi de juges itinérants dans tout le royaume⁸⁹⁶.

Dans le traité attribué à Bracton, il est écrit que le roi est le vicaire de Dieu sur Terre⁸⁹⁷. À ce titre, il doit rendre la justice pour ses sujets et assurer la paix dans son royaume⁸⁹⁸. Si le roi ne respecte pas son obligation de rendre justice, il devient un tyran et

⁸⁹⁵ J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 95.

⁸⁹⁶ Alan HARDING, *The law courts of medieval England*, London/Allen & Unwin; New York/Barnes and Noble, 1973, p. 36.

⁸⁹⁷ *Dei vicarius in terra* ; H. BRACON, préc., note 773, vol. 2, p. 33; F. SCHULZ, préc., note 666, p. 138.

⁸⁹⁸ H. BRACON, préc., vol. 2, note 773, p. 305:

“For what purpose a king is created; of ordinary jurisdiction

To this end is a king made and chosen, that he do justice to all men that the Lord may dwell in him, and he by His judgments may separate and sustain and uphold what he has rightly adjudged, **for if there were no one to do justice peace might easily be driven away and it would be to no purpose to establish laws (and do justice) were there no one to enforce them. The king, since he is the vicar of God on earth, must distinguish jus from injuria, equity from iniquity, that all his subjects may live uprightly, none injure another, and by a just award each be restored to that which is his own**”. [renvois omis] [Notre emphase].

ne peut plus porter le titre de vicaire de Dieu⁸⁹⁹. Cette justice administrée par le roi au nom de Dieu est fortement imprégnée de l'autorité religieuse⁹⁰⁰. Le traité de Bracton énonce aussi qu'il n'y a pas de pouvoir sur terre qui ne soit supérieur à celui du roi⁹⁰¹. Il faut souligner ici que la supériorité du roi dans les affaires de son royaume ne signifie nullement que le monarque est au-dessus des lois; il est soumis au droit et son pouvoir de créer le droit est inexistant, bien qu'il ait le pouvoir de contraindre par la force⁹⁰². Le droit fait le roi pour lui permettre de faire régner la justice⁹⁰³. Comme corolaire de ce pouvoir qui lui est donné par le droit, le roi doit aussi se soumettre au droit⁹⁰⁴.

Pendant la construction de l'état médiéval dans le sillon de la cour royale, la fonction de justice est une charge que le monarque délègue progressivement à des fonctionnaires de plus en plus spécialisés. La justice royale entend une grande partie des litiges privés (ce sont presque exclusivement des différends au sujet de la propriété des terres). Les juges des cours royales anglaises s'assemblent dans des corps formés exclusivement de juristes, tandis que les magistrats des cours souveraines françaises se regroupent au sein d'une classe nobiliaire en transigeant sur leur charge judiciaire.

⁸⁹⁹ F. SCHULZ, préc., note 666, p. 153.

⁹⁰⁰ Jean-Louis THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », dans J.M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, coll. « Droit et justice », Paris, Presses universitaires de France, 1999.

⁹⁰¹ H. BRACON, préc., note 773: Ce pouvoir est deux ordres : le premier est d'ordre matériel et concerne le gouvernement du royaume- il s'agit du pouvoir relevant du glaive temporel (*materialem gladium qui pertinet ad regni gubernaculum*). Le deuxième pouvoir concerne la justice et le jugement, qu'à titre de ministre et vicaire de Dieu le roi exerce afin de rendre à chacun son dû (*iustitiam et iudicium quæ sunt iurisdictionis, ut ex iurisdictione sua sicut dei minister et vicarius tribuat unicuique quod suum fuerit*)

⁹⁰² H. BRACON, préc., note 773, vol. 2, p. 33; G. POSTEMA, préc., note 716, p. 159; N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 138. Tant en Angleterre qu'en France, le pouvoir de contrôle sur la production normative échappe tout d'abord aux rois, dont les initiatives de type législatives sont modestes et inefficaces.

⁹⁰³ H. BRACON, préc., note 773: Le roi existe pour faire exécuter les lois et rendre la justice, gage de paix dans un royaume.

⁹⁰⁴ F. SCHULZ, préc., note 666, p. 168. S. J. T. MILLER, "The position of the King in Bracton and Beaumanoir", (1956) 31 *Speculum* 263, 272.

L'autorité sur la justice que la monarchie est forcée de déléguer à des juges professionnels fera plus tard l'objet d'une tentative de réappropriation par la monarchie au moyen de la législation. Cette manœuvre sera âprement contestée par cette même classe de juges professionnels, comme en témoigne le rôle déterminant des juges anglais dans les luttes constitutionnelles du XVII^e siècle en Angleterre, et celle des juges des parlements français lors de l'épisode de la Fronde en France. Dans ce pays, la lutte entre les juges des cours souveraines françaises et la monarchie durera jusqu'à la Révolution française, alors que les pouvoirs sur la législation et sur la juridiction seront clairement délimités dans les documents constitutionnels.

En France, la monarchie se sert aussi de la justice pour unifier le territoire et imposer le droit royal tout en éliminant graduellement les justices seigneuriales. La création d'une cour centrale de justice royale constituera, dans ce pays également, la première étape du développement d'une autorité de type étatique, bien qu'elle survienne un siècle plus tard qu'Angleterre⁹⁰⁵. L'une des principales différences du système de justice français est la transformation de la charge de justice en un titre qui peut être cédé et légué, au même titre que les autres offices royaux. Ce système de vénalité des charges de justice, avec les droits privilèges qui y sont rattachés, sera l'une des causes du ressentiment populaire envers les magistrats de la France d'Ancien Régime et de la méfiance postrévolutionnaire pour la fonction de justice. Une des conséquences de ce système de droit de propriété sur les charges de justice sera par ailleurs d'affranchir assez rapidement (dès le XIV^e siècle) du joug royal les titulaires des charges, un développement qui surviendra beaucoup plus tard en Angleterre⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ C'est vers 1250 qu'est formé le parlement de Paris, une émanation de la *curia regis in parlamento* composé de juges nommés par le roi. L'introduction simultanée d'une hiérarchie au sein du système des cours royales - l'organisation judiciaire anglaise ne repose pas principalement sur la hiérarchie des tribunaux - permettra de rattraper rapidement ce retard.

⁹⁰⁶ D'ailleurs, la crise de la justice, qui sera l'un des enjeux menant aux deux révolutions anglaises, surviendra un siècle plus tard en France en raison justement de la résistance efficace de ce corps de juristes professionnels face à l'absolutisme royal.

Section 3 Les tribunaux anglais

3.1 *Curia regis*

La conquête du territoire anglo-saxon en 1066 par le duc de Normandie constitue un moment décisif dans le développement de l'appareil judiciaire anglais. Avant la conquête normande, les rois anglo-saxons avaient bien un conseil, le *Witanegamot*⁹⁰⁷, composé des principaux chefs de clans et des anciens du royaume, et chargé notamment d'élire les successeurs du roi lors de son décès, de le conseiller sur les affaires importantes du royaume et de trancher des différends sur la propriété des terres, mais cette institution n'avait aucunement les attributs judiciaires distinctifs conférés par Guillaume le Conquérant à sa *curia regis*. Même si, selon les historiens, la formation de la structure des cours anglaises a débuté avant la conquête⁹⁰⁸, les tribunaux anglo-saxons ne constituaient aucunement l'ensemble intégré et centralisé que formeront les cours royales pendant le règne des rois normands et angevins⁹⁰⁹.

Le souci premier de Guillaume I est d'éliminer les conflits entre vassaux qui perturbent la vie du royaume et constituent un frein majeur pour la paix sociale et le développement économique, celui reposant presque exclusivement sur l'exploitation de la terre⁹¹⁰. Non seulement la justice féodale est lente, mais elle ne permet pas la résolution des conflits entre les propriétaires qui tiennent leurs droits de vassaux ou de tenanciers différents. De plus, Guillaume I a instauré un système de propriété féodale de type

⁹⁰⁷ *Id.*, p. 16.

⁹⁰⁸ Doris M. STENTON, *English justice between the Norman Conquest and the Great charter, 1066-1215*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1964; A. HARDING, préc., note 896, p. 29.

⁹⁰⁹ Ces tribunaux sont le *hundred court*, le *borough court* et le *shire court*. Ils appliquent les ordonnances tant laïques qu'ecclésiastiques, car la séparation entre les deux types de juridictions n'existe pas encore : A. HARDING, préc. note 896, p. 20.

⁹¹⁰ D. M. STENTON, préc., note 908, p. 22.

pyramidal au sommet duquel se situe le roi. Ce système a besoin d'une cour pour arbitrer les conflits qui surviendront nécessairement entre les nouveaux propriétaires⁹¹¹.

Le Conquérant forme donc au sein de son assemblée de barons à qui il a redistribué les terres du royaume un conseil réduit qui agit comme cour de justice. Les manuscrits de cette période réfèrent indistinctement aux termes *magnum concilium*, *concilium*, *curia*, car toutes ces expressions renvoient à un seul et même organe⁹¹², c'est-à-dire l'assemblée féodale qui, avec le roi, administre, rend justice et légifère⁹¹³. Le *magnum concilium* réunit les vassaux du roi qui sont réunis à l'occasion d'évènements importants⁹¹⁴. Le *concilium* est l'organe permanent chargé de conseiller le suzerain sur les affaires courantes du royaume.

Les fonctions principales de la *curia* sont de fixer les impôts et de trancher les différends sur le droit de propriété. D'ailleurs, la formation d'un système de justice royale est un moyen de centraliser les pouvoirs administratifs essentiels de l'époque que sont la justice et la perception des impôts. Ainsi, dès le début du règne de Guillaume I, des membres de la *curia* sillonnent le pays pour juger des litiges sur la propriété des terres et surtout, percevoir les impôts⁹¹⁵. Cette dernière tâche sera grandement facilitée par le grand recensement foncier ordonné en 1085 dont les résultats sont compilés dans le *Domesday Book* dès l'année suivante⁹¹⁶. La justice anglo-normande est donc tout autant affaire d'administration, de perception d'impôts, que de contentieux liés à la propriété des terres⁹¹⁷. Il n'y a aucune spécialisation de fonctions et les juges siégeant à la *curia* sont

⁹¹¹ *Id.*, p. 33.

⁹¹² De fait, la taille et le moment où il se réunit déterminent son appellation.

⁹¹³ C. H. McILWAIN, *The High Court of Parliament*, préc., note 858, p. 17.

⁹¹⁴ Bryce LYON, *A constitutional and legal history of medieval England*, New York, Harper London, 1960, p.411; George W. KEETON, *The Norman conquest and the common law*, London, Benn, 1966, p. 87.

⁹¹⁵ L'objectif de l'entreprise judiciaire mise sur pied par Henri II au XII^e siècle avec le déploiement de juges itinérants à travers le royaume d'Angleterre était aussi la collecte des impôts et des redevances.

⁹¹⁶ *Id.*, p. 92.

⁹¹⁷ B. LYON, préc., note 914, p. 410.

avant tout des administrateurs qui exécutent les ordres du roi, et le conseillent dans son rôle de dispensateur de justice⁹¹⁸. La « juridiction ordinaire » appartient au roi et toute compétence exercée par une autre juridiction lui est déléguée par le roi⁹¹⁹.

Un autre des accomplissements importants de Guillaume I en matière de justice sera la séparation entre la justice laïque et la justice ecclésiastique⁹²⁰. À partir de ce moment, les barons de l'Église, qui comptent parmi les plus importants propriétaires fonciers, ne pourront siéger aux tribunaux chargés d'entendre les litiges concernant les terres qui n'appartiennent pas au clergé⁹²¹. L'origine royale de la justice anglaise est confirmée dans plusieurs documents, tels la *Magna Carta*, dont au moins deux clauses renvoient à la fonction de justice du roi et à son devoir de nommer des juges chargés de rendre la justice selon la loi du royaume⁹²².

Comme nous venons de le voir, les débuts du système judiciaire anglais ne marquent pas de séparation entre les fonctions administratives, législatives ou juridictionnelles. En effet, la justice moyenâgeuse participe de ces trois fonctions : elle décide de cas particuliers, en même temps que ses officiers exécutent les ordonnances royales qui prennent forme au sein de la *curia*. C'est d'ailleurs le propre de la justice patrimoniale, qui fonctionne sur la base des mêmes principes dans tous les royaumes

⁹¹⁸ J. H. BAKER, préc., note 713, p. 204: "...the presence of today's judges sitting on the woolsacks before the throne at state opening of parliament, hearken back to a distant age when the king's justices were part of an undivided royal council".

⁹¹⁹ P. BRAND, « La formation du système juridique anglais, 1150-1400 », préc., note 852, p. 134.

⁹²⁰ G. W. KEETON, préc., note 914, p. 61.

⁹²¹ *Id.*

⁹²² Article 40 (versions anglaise et latine): "To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice"; *Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam*. Article 45 (versions anglaise et latine) : "We will appoint as justices, constables, sheriffs, or bailiffs only such as know the law of the realm and mean to observe it well"; "*Nos non faciemus justiciarios, constabularios, vicecomites, vel ballivos, nisi de talibus qui sciant legem regni et eam bene velint observare*".

princiers de l'Europe occidentale⁹²³. La nécessité de tenir une assemblée de barons à qui le roi va demander conseil et qu'il chargera à certains moments de tâches particulières, comme celle de juger des litiges privés, est une caractéristique du système féodal comme organisation politique, et l'Angleterre, tout comme la France, est au Moyen Âge une société féodale⁹²⁴.

Le Parlement est une assemblée féodale et le restera au moins jusqu'au XVII^e siècle⁹²⁵. D'ailleurs le terme « parlement » ne désigne pas une institution particulière; il s'agit tout au plus d'un mot identifiant une assemblée convoquée pour discuter, de composition variable et sans permanence⁹²⁶. L'idée d'un droit « législatif » est d'ailleurs une idée moderne, car au Moyen Âge, le droit est, comme nous l'avons vu, composé en majeure partie de règles coutumières qui sont déclarées par les instances juridictionnelles, que ce soit les cours baroniales ou les cours royales; le droit est « enregistré » et non « édicté⁹²⁷ ».

De fait, cette séparation entre les fonctions juridictionnelle, législative et administrative ne s'effectuera que très progressivement, mais jamais complètement en ce qui concerne la structure formelle du Parlement⁹²⁸. Hale écrit au milieu du XVII^e siècle :

“...although much of the antient power, jurisdiction, and consistency of the *consilium regis* is altered by the process of time and several acts of parliament,...yet, in the great court of

⁹²³ Antonio PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.

⁹²⁴ *Id.*, p. 9, 10 et 16.

⁹²⁵ C. H. McILWAIN, *The High Court of Parliament*, préc., note 858, p. 321.

⁹²⁶ *Id.*, 27.

⁹²⁷ *Id.*, p. 42-44.

⁹²⁸ *Id.*, p. 32. McIlwain affirme que le moment de la séparation entre les deux organes du Conseil du roi (*King's Council*) et du Parlement n'a jamais pu être déterminé avec certitude. Cette date aurait pu servir à fixer dans le temps l'époque où les juges cessent d'avoir une voie égale à celle des barons au conseil, et commencent à s'occuper exclusivement d'affaires juridictionnelles. Or, à l'époque Tudor, le conseil du roi agit toujours comme organe délibératif et juridictionnel.

parliament, at least the figure and model of the *consilium regis* and the persons whereof it consisted is to this day preserved in the lords house in parliament”⁹²⁹.

On verra d’ailleurs qu’au cours de la très lente évolution du Parlement anglais, le caractère juridictionnel de l’institution parlementaire britannique occupera une place prépondérante dans la doctrine constitutionnelle anglaise⁹³⁰, du moins jusqu’à la fin du XVIII^e siècle alors que le dogme de la suprématie législative s’affirmera au point de dominer la théorie constitutionnelle britannique.

3.2 Les cours de *common law*

Les réformes en matière de saisine et d’organisation judiciaire du roi Henri II comptent parmi les plus importantes du XII^e siècle. Au nombre des éléments novateurs introduits par ce roi en matière judiciaire figure la création de recours multiples visant à transférer vers les cours royales le plus grand nombre possible de recours judiciaires normalement dévolus aux cours seigneuriales. Les juristes qui travaillent au sein de l’administration royale s’ingénient à créer ces recours pour attirer vers les cours royales tous les litiges importants en matière de propriété foncière. À la suite de ces réformes, la majorité des nouveaux recours concernant la propriété foncière doivent être introduits devant les tribunaux royaux⁹³¹.

⁹²⁹ *Id.*, p. 36. Jusqu’à tout récemment encore, c’était toujours au sein de la Chambre des lords, l’une des deux chambres du Parlement britannique, que se trouvait encore le siège de la plus haute juridiction d’appel en Grande-Bretagne. Une loi sanctionnée en 2005 modifie la structure de la Chambre des lords en créant notamment une cour supérieure d’appel qui ne fait plus partie de l’institution parlementaire : *The Constitutional Reform Act 2005*, chapitre 4. La nouvelle Cour suprême du Royaume-Uni a commencé à siéger en octobre 2009 : <http://www.supremecourt.gov.uk/> (consulté le 23 novembre 2009).

⁹³⁰ John W. GOUGH, *L’idée de loi fondamentale dans l’histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.

⁹³¹ Cette exigence apparaît au milieu du 12^e siècle : D. M. STENTON, préc., note 908, p. 28. Dès la fin du XVI^e siècle, les affaires entendues par les tribunaux locaux sont en déclin. Le déplacement des litiges autrefois intentés devant les tribunaux seigneuriaux ou les tribunaux de ville ou de comtés vers les tribunaux centraux témoigne d’un affaiblissement progressif de l’autorité des seigneurs locaux. Le développement de la profession juridique et la prolifération des groupes de professionnels du droit offrant leurs services devant les tribunaux de Westminster ne sont pas étrangers à la désertion qui afflige ces tribunaux. Les juristes formés à

Dès le XII^e siècle également, Henri II crée un système bien organisé de juges itinérants qui parcourent le pays pour rendre justice, les *justices in eyre*. La mise en place de ce système sert deux objectifs importants : l'augmentation des coffres royaux par le paiement de frais judiciaires et l'élimination de la justice seigneuriale. Ce n'est donc pas par la force et la guerre, mais bien par la justice, que les rois d'Angleterre réussissent à assurer leur domination sur les barons laïques et ecclésiastiques⁹³². Grâce entre autres choses à l'expérience qu'ils accumulent en parcourant le pays pour rendre justice au nom du roi, les juges itinérants parviennent à uniformiser les coutumes locales et à créer un droit commun applicable dans tous les tribunaux issus de la curie royale. En 1178, cinq juges restent en permanence à la cour du roi⁹³³. Cette section permanente de la *curia regis* deviendra plus tard la Cour du banc du roi (*King's Bench*)⁹³⁴.

Par la suite, la justice anglaise est administrée principalement par les cours de *common law*, soit la Cour des plaids communs (*Court of Common Pleas* ou *Court of Common Bench*), la Cour du banc du roi (*Court of King's Bench*), et la Cour de l'Échiquier (*Exchequer Court*). La Cour du Banc du roi est le tribunal le plus élevé dans la hiérarchie. Jusqu'à la fin du XIII^e siècle, le roi participe encore aux débats de cette Cour dans les cas qui l'intéressent. Par ailleurs, dès l'an 1311, une loi adoptée par le Parlement tente de l'empêcher d'intervenir directement dans un litige par ordre de sursis ou d'injonction⁹³⁵. Les juges des cours royales sont nommés par lettres patentes parmi les *serjeants-at-law*⁹³⁶,

la supériorité du droit coutumier vont d'ailleurs contribuer grandement au rehaussement du prestige des cours de *common law* : C. HOLMES, préc., note 727, p. 321-326.

⁹³² On dit que Westminster Hall est devenue l'arène des vengeances : C. HOLMES, préc., note 727, p. 317.

⁹³³ Du latin, *coram rege*: Bracton sera l'un des juges de cette cour.

⁹³⁴ A. HARDING, préc., note 68, p. 54.

⁹³⁵ Statutes of the Realm I, 165, 259.

⁹³⁶ Les juges de la Cour du banc du roi sont nommés de vive voix par le roi jusqu'au début du 14^e siècle; à partir de cette époque, ils seront aussi mandatés par écrit : P. BRAND, préc., note 919, p. 149.

qui sont dès le XIV^e siècle, de véritables professionnels du droit⁹³⁷. Leur nomination peut toutefois prendre fin à tout moment, car ils sont dépendants du bon plaisir du roi. Ils reçoivent un salaire de base dès la seconde moitié du XIII^e siècle⁹³⁸.

Avec la création de recours qui peuvent être exercés seulement devant les cours royales, c'est un long, mais fructueux processus de création d'un droit unifié pour l'ensemble du territoire qui s'amorce, lequel aura préséance sur les coutumes locales préexistantes. La justice centralisée s'exerce aussi au détriment des compétences légales privées des seigneurs et grands propriétaires terriens. D'ailleurs, l'Angleterre sera beaucoup plus rapide que la France dans l'élimination des féodalités et l'instauration d'une monarchie étatique⁹³⁹.

Section 4 L'organisation judiciaire en France

Tout comme en Angleterre, la paix et la justice sont dans la France médiévale les deux principaux instruments de légitimation du pouvoir monarchique⁹⁴⁰. Par sa capacité de rendre la justice, le roi exerce le rôle pacificateur que nulle autre autorité ne peut assumer dans cette époque troublée. La fonction de justice permet à la monarchie royale de s'affirmer, de « gagner du terrain » par le droit, à défaut de pouvoir le faire efficacement par les armes⁹⁴¹. Mais si le roi est source de toute justice, il doit tout de même s'acquitter de

⁹³⁷ William LEDERMAN, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *R. du B. can.*, 769, p. 776. La profession juridique s'est spécialisée de plus en plus à partir du XIV^e siècle avec la formation d'institutions vouées à la formation des juristes, les *Inns of Court*.

⁹³⁸ P. BRAND, préc., note 919, p. 149.

⁹³⁹ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 397.

⁹⁴⁰ Ces deux principes fondamentaux de la fonction royale seront les outils principaux de la construction de l'État moderne : *id.*, p. 336.

⁹⁴¹ *Id.*

cette fonction dans le respect de Dieu et du droit, car autrement, Dieu peut lui enlever son royaume⁹⁴².

Dès l'époque carolingienne, l'Empereur doit faire régner la paix et la justice. Il tire cette autorité de Dieu qui la lui confère par le sacre⁹⁴³. Cette période est fertile en création de tribunaux⁹⁴⁴. La fonction de justice du souverain change avec l'introduction de la féodalité, puisqu'il doit maintenant composer avec les justices parallèles, celles des vassaux et des seigneurs, ainsi que celle de l'Église, qui lui font concurrence. Mais son rôle d'arbitre des conflits prend d'autant plus d'importance, car ceux-ci sont nombreux et dévastateurs, le recours à la voie de fait, au lieu et place de la voie de droit, étant pratiquement la norme⁹⁴⁵. Les rois capétiens auront tôt fait, comme les rois normands et angevins, d'utiliser la puissance judiciaire régaliennne pour rivaliser avec les justices privées, voire les éliminer.

4.1 Justice retenue et justice déléguée

Sous les premiers rois Capétiens, la *curia regis*, qui est à l'origine une cour féodale réunissant tous les vassaux du roi, se transforme et s'individualise pour s'occuper strictement des affaires judiciaires. Les séances de cette institution sont désignées sous l'appellation de *curia in parlamento*, c'est-à-dire l'endroit où l'on parle⁹⁴⁶. Cette subdivision de la cour du roi siège sans sa présence, bien qu'elle rende toujours justice en

⁹⁴² Le Franciscain Hugues de Barjols aurait déclaré dans un sermon « que le Roi prenne bien garde de faire si bien justice à son peuple qu'il en garde l'amour de Dieu. Sans quoi Dieu lui ôterait-il le royaume de France » : Albert RIGAUDIÈRE, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, Des temps féodaux aux temps de l'État*, préc., note 747, p. 188.

⁹⁴³ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 337.

⁹⁴⁴ Albert RIGAUDIÈRE, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Paris, Economica, 2001. Cette précocité aura aussi pour effet de permettre une appropriation par les juridictions privées d'un système juridictionnel déjà bien formé au moment de la chute de l'Empire des Francs saliens.

⁹⁴⁵ François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1992.

⁹⁴⁶ A. RIGAUDIÈRE, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, Des temps féodaux aux temps de l'État*, préc., note 747, p.152.

son nom⁹⁴⁷. C'est le début de l'édification d'un véritable système judiciaire étatique, avec l'apparition des concepts de justice retenue et de justice déléguée, lesquels permettent de garder intact le principe d'unité du pouvoir judiciaire royal⁹⁴⁸. La justice devient le premier grand service public, avant les finances et l'armée⁹⁴⁹.

La justice retenue est celle du conseil du roi, qui peut toujours entendre les recours en appel et en cassation des jugements rendus par la justice déléguée⁹⁵⁰. La justice déléguée comprend, au plus haut niveau de la hiérarchie, le parlement. Au départ, seul le parlement de Paris exerce la justice déléguée, puis d'autres parlements sont créés dès la moitié du XIV^e siècle à Toulouse, Bordeaux, Grenoble et Dijon⁹⁵¹. Les cours souveraines sont édifiées dans un but judiciaire, car, comme le souligne Rouland, c'est la volonté royale de rendre justice qui est à l'origine de leur création⁹⁵². On verra plus loin que malgré le but avoué de faire de ces créations royales des organes de juridiction uniquement, les ambitions politiques des parlementaires laisseront subsister jusqu'à la fin de l'Ancien Régime une grande ambiguïté sur leur véritable rôle dans l'État monarchique français, celui de cour de justice ou de législateur.

Il existe aussi d'autres juridictions spécialisées parmi les cours souveraines, telles que la Cour des comptes en matière de contentieux fiscal, la Chambre des monnaies et la Chambre du trésor, pour n'en nommer que quelques-unes, qui émanent, elles aussi, de la justice royale⁹⁵³. L'ensemble de ces juridictions souveraines exerce des fonctions

⁹⁴⁷ Id., p. 207. J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, préc., p. 18.

⁹⁴⁸ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 363-366. J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, préc., note 877, p. 16-17.

⁹⁴⁹ J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, préc., note 877 p. 16.

⁹⁵⁰ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 365.

⁹⁵¹ J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, préc., note 877, p. 19.

⁹⁵² N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 365.

⁹⁵³ *Id.*

administratives et judiciaires puisqu'il n'existe pas encore à cette époque de séparation franche entre les deux types de pouvoir qui appartiennent au monarque. Au dernier échelon des juridictions supérieures se trouvent les prévôts qui entendent des affaires criminelles et civiles (sauf dans les affaires qui concernent les nobles, lesquelles relèvent de la compétence des baillis et des parlements), et jugent en appel des tribunaux seigneuriaux⁹⁵⁴.

La justice déléguée se compose également de juridictions inférieures qui sont subordonnées aux parlements. Au premier niveau, les tribunaux de bailliage et de sénéchaussée⁹⁵⁵. Les baillis sont des juges itinérants et la composition d'un tribunal de bailliage varie suivant que le justiciable est un noble ou un roturier⁹⁵⁶. Dès le XIII^e siècle, les tribunaux de bailliage et de sénéchaussée restreignent leur compétence de première instance pour agir comme tribunal d'appel des décisions du prévôt et des juges seigneuriaux⁹⁵⁷.

Comme en Angleterre, les cours souveraines et les tribunaux inférieurs sont des démembrements de l'institution féodale royale. Le sacre du roi confère à ces émanations une légitimité l'autorisant à rendre la justice au lieu et place des seigneurs lorsque ceux-ci omettent d'accomplir leur devoir de justice dans leurs cours seigneuriales⁹⁵⁸. Afin d'attirer le plus grand nombre de cas normalement soumis aux justices seigneuriales, les juges et légistes royaux participent à la création de recours visant à réduire la compétence des tribunaux seigneuriaux, comme le « faux jugement » pris contre le juge ayant rendu le jugement contesté, ainsi que la prévention, recours par lequel la justice royale agit « avant »

⁹⁵⁴ *Id.*, p. 367.

⁹⁵⁵ J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, préc., note 877, p. 19

⁹⁵⁶ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 367.

⁹⁵⁷ A. RIGAUDIÈRE, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, Des temps féodaux aux temps de l'État*, préc., note 747, p. 220.

⁹⁵⁸ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664, p. 369.

que le juge seigneurial n'ait entendu l'affaire lorsque ce dernier tarde à agir, et les cas royaux, qui couvrent les affaires intéressant la souveraineté du prince⁹⁵⁹.

4.2 Les parlements de l'Ancien Régime

Organe résultant du démembrement de la *curia regis*, le parlement de Paris rend la justice, mais ses membres sont aussi appelés à conseiller le monarque, comme leurs ancêtres le faisaient au sein du conseil royal. Cette institution revendique le titre de « vray sénat du royaume »⁹⁶⁰ et participe aussi bien aux décisions politiques et administratives que judiciaires⁹⁶¹. Comme pour les juges itinérants en Angleterre, le Parlement de Paris utilise la technique des Grands Jours, par laquelle certains de ses membres sont envoyés en province pour entendre les causes au nom du roi. Ceci permet au souverain de disséminer sa justice et de mieux concurrencer les justices seigneuriales locales⁹⁶². Vu le succès remporté par la mise en place de recours visant à attirer le plus grand nombre de cas devant les tribunaux royaux, des parlements sont créés en province au début du XV^e siècle, ce qui permet à la justice royale de répondre aux particularismes régionaux⁹⁶³.

Compte tenu de leur compétence en appel sur les décisions des baillis et des sénéchaux, les parlements contrôlent l'ensemble de l'administration confiée aux officiers royaux. Intermédiaires entre le pouvoir central et les autorités locales, les parlements entrent en conflit avec les uns et les autres.⁹⁶⁴ Ils revendiquent aussi un pouvoir normatif en

⁹⁵⁹ A. RIGAUDIÈRE, Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, Des temps féodaux aux temps de l'État, préc., note 747, p. 192-195.

⁹⁶⁰ *Id.*, p. 217.

⁹⁶¹ F. OLIVIER-MARTIN, préc., note 98, p.460-468. En 1468 et 1484 par exemple, le Parlement de Paris est invité par le roi à envoyer des conseillers aux États généraux.

⁹⁶² *Id.*

⁹⁶³ A. RIGAUDIÈRE, Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, Des temps féodaux aux temps de l'État, préc., note 747, p. 205.

⁹⁶⁴ *Id.*, p. 215.

rendant des arrêts de règlement sur une question pour laquelle il n'existe pas de précédents⁹⁶⁵. La particularité de l'office des membres des parlements est leur « vénalité » : les juges peuvent aliéner ou transmettre leur charge à leurs héritiers⁹⁶⁶. Depuis le début du XVII^e siècle en effet, un édit royal a officialisé la patrimonialité des charges publiques, dont les offices judiciaires⁹⁶⁷. Cette particularité confère aux parlementaires un statut d'inamovibilité et par le fait même un levier politique important qu'ils n'hésitent pas à utiliser. Face à l'emploi de plus en plus extensif de la législation pour la royauté, notamment pour lever des impôts, les parlements utilisent le droit de remontrance pour refuser d'enregistrer les ordonnances royales qu'ils jugent contraires aux coutumes ou qui affaiblissent leurs privilèges. En revanche, le roi se sert de son droit de fixer la valeur de rachat des offices (la paulette), ce qui provoque une dévaluation des charges judiciaires⁹⁶⁸.

Pendant la minorité de Louis XIV et la régence de sa mère, les parlementaires adoptent une déclaration en vingt-sept articles réclamant la suppression des intendants chargés de percevoir les impôts et surtout, l'approbation parlementaire pour créer de nouveaux impôts⁹⁶⁹. Cette période mouvementée de contestation du pouvoir monarchique a été surnommée la « Fronde parlementaire » et durera plus de cinq ans. La fin de cet épisode, de laquelle la monarchie sort gagnante, marque le début d'un conflit incessant entre le roi et les parlements qui connaîtra son apogée dans les années précédant la Révolution française, conflit qui les mènera tout deux vers la fin de leur pouvoir⁹⁷⁰. À la veille de la Révolution⁹⁷¹, lorsque Louis XVI abolit les privilèges des parlements et réforme

⁹⁶⁵ *Id.*, p. 216.

⁹⁶⁶ Marcel ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française*, Paris, Plon, 1957, t.1, 95.

⁹⁶⁷ Benoît GARNOT et als., *La justice et l'histoire. Sources judiciaires à l'époque moderne (XVI^e, XVII^e, XVIII^e siècles)*, Coll. « Sources d'histoire », Rosny-sous-Bois, Bréal, 2006, p 87.

⁹⁶⁸ *Id.* p. 83-90.

⁹⁶⁹ N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, préc., note 664 , p. 350-351.

⁹⁷⁰ Jean Pierre ROYER, *Histoire de la justice*, 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 222-231.

⁹⁷¹ Édits du 8 mai 1788: *id.*, 230.

la structure judiciaire, il est déjà trop tard : « Les privilégiés ont osé résister au roi, avant deux mois il n'y aura plus ni parlements, ni noblesse, ni clergé!... »⁹⁷².

Comme nous le verrons plus loin, la Constitution de 1791 fera une place à la fonction judiciaire, mais son autorité sera subordonnée à celle de la Nation et elle ne pourra en aucune manière participer à l'élaboration de la loi qui, seule, peut traduire « l'expression de la volonté générale ». Les souvenirs laissés par la patrimonialité des charges judiciaires et les velléités des parlements seront responsables de la grande méfiance entretenue par la bourgeoisie révolutionnaire du XVIII^e siècle envers la fonction judiciaire, laquelle perdurera même après la fin de l'Ancien Régime jusqu'au début du XX^e siècle⁹⁷³.

⁹⁷² C'est le dernier garde des Sceaux de la monarchie, le Chancelier Lamoignon, auteur de la réforme, qui aurait prononcé ces paroles prophétiques lors de sa démission le 23 septembre 1788 : Jean-Pierre ROYER, « Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la « Cité idéale » », Robert BADINTER (dir.), *Une autre justice. 1789-1799*, coll. « Histoire de la justice », Paris, Fayard, 1989, p. 58.

⁹⁷³ Robert BADINTER, « Une si grande méfiance », dans Robert BADINTER (dir.), *Les juges*, coll. « Pouvoirs », Paris, Seuil, 1995.

CHAPITRE 3 LA DIFFÉRENCIATION DE LA JUSTICE DANS LA MODERNITÉ

La professionnalisation du droit et la dissolution du concept unifié de *iurisdictio* sont les causes principales de la différenciation de la justice dans la modernité. Dans le chapitre précédent, nous avons vu que l'institution judiciaire a joué un rôle important au Moyen Âge dans l'administration des affaires régaliennes. Nous avons vu aussi les similitudes importantes dans l'administration de la justice patrimoniale dans les deux royaumes de France et d'Angleterre. Or, les similarités dans le développement de la fonction de juger dans les deux systèmes ne s'arrêtent pas au Moyen Âge. Dans le procès de rationalisation du droit en Occident, les institutions judiciaires des deux principaux royaumes d'Europe vont répondre de façon à peu près identique aux pressions de l'environnement qui s'exercent du fait des progrès de la différenciation fonctionnelle⁹⁷⁴.

Si le Moyen Âge est l'époque de l'affirmation de l'autorité royale par la centralisation des juridictions et l'instauration d'une bureaucratie copiée sur celle de l'Église, le début de la Renaissance se caractérise par le recours de plus en plus fréquent aux instruments juridiques que sont les lois, statuts et ordonnances. L'administration patrimoniale essaie tant bien que mal d'influencer la production du droit, en substituant la loi royale aux formes traditionnelles de création du droit sur lesquelles elle a peu de contrôle. Les monarques font pression sur les juges, qui eux, résistent au nom de la soumission du monarque au droit de la terre donné au peuple directement par Dieu et de la *lex regia*, c'est-à-dire de la loi d'origine divine qui autorise le roi à dominer le peuple et à exiger de lui l'obéissance.

⁹⁷⁴ Bien que notre analyse porte principalement sur la différenciation de la justice dans les deux royaumes d'Angleterre et de France, il importe de souligner ici que l'ensemble des monarchies et principautés de l'Europe occidentale a connu un développement similaire à celui de ces deux royaumes en ce qui concerne l'évolution des pouvoirs féodaux et seigneuriaux, quoiqu'à un rythme beaucoup moins accéléré. C'est d'ailleurs en raison de la mainmise précoce du pouvoir monarchique sur l'administration de la justice seigneuriale en France et en Angleterre que la centralisation étatique et l'unification territoriale se sont réalisées plus rapidement dans ces deux royaumes : A. PADOA-SHIOPPA, (dir.), *Justice et législation*, préc., note 923.

Les tentatives de la royauté d'intervenir dans la création du droit se manifestent dans les deux royaumes. En Angleterre, c'est au nom de la prérogative royale que les rois prétendent pouvoir modifier le droit du royaume. Elle se sert de ce pouvoir pour neutraliser celui du juge (*judge-made law*)⁹⁷⁵. En France, les monarques revendiquent le pouvoir de faire des lois pour l'ensemble du territoire, en se basant sur les principes tirés du droit romain.

Malgré les différences dans l'organisation de la justice du droit anglo-saxon et du droit continental, l'esprit de classe qui anime les juges des deux systèmes les place en opposition avec le pouvoir patrimonial. Il n'est donc pas surprenant que les titulaires de la charge judiciaire se retrouvent au XVII^e siècle coincés entre, d'un côté, des coutumes, et usages enracinés dans le corps social, et de l'autre, la législation princière et les privilèges patrimoniaux. Dans les deux pays, les juges des tribunaux judiciaires tentent de bloquer les interventions royales avec les moyens dont ils disposent (le droit anglais immémorial et les précédents judiciaires pour le juge anglais, le refus d'enregistrer les ordonnances royales et le droit de remontrance pour les parlements français). Dans les deux cas, c'est une lutte pour éviter la mainmise absolue du monarque sur la production du droit qui est en cause.

Dès la Renaissance, des tensions naissent entre les deux pôles majeurs de production du droit de la structure « triple et une » du corps politique primitif⁹⁷⁶ : le chef et les grands. Ces luttes sont provoquées par les changements qui ont cours dans le système social tout entier dès la fin du XVI^e siècle, notamment en raison des guerres religieuses et de la diversification des modes de production économique. Une nouvelle classe sociale, la

⁹⁷⁵ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 268. Selon Luhmann, la différenciation du droit anglais entre lois et jugements a aussi permis d'introduire des concepts juridiques indéterminés résultant de compromis politiques.

⁹⁷⁶ *Supra*, partie II, titre I, Chapitre 1, Section 2. Selon Spencer, cette « structure triple et une » est formée du chef, des grands et du peuple.

bourgeoisie, émerge avec le développement de l'économie de marché et devient l'un des groupes dominants parmi les « intéressés au droit »⁹⁷⁷.

L'instrumentalisation juridique des rapports de force entre la monarchie d'une part, et la bourgeoisie montante d'autre part, est transposée devant les tribunaux à l'occasion des débats juridiques sur l'étendue du pouvoir d'intervention de l'autorité royale sur le droit. Aussi, dans les deux systèmes juridiques, la justice est placée au centre d'une lutte à finir entre la bourgeoisie capitaliste, l'aristocratie en perte de privilèges, et la royauté absolutiste. Les juges doivent décider laquelle de ces trois classes peut justifier l'autorité sur la création légitime du droit.

Les monarchies patrimoniales vont essayer de contrecarrer les changements provoqués par la différenciation de la justice. En Angleterre, ces tentatives se manifesteront par les nombreuses révocations des juges des cours de justice de droit commun et par la création de cours de justice d'exception. Au terme d'une âpre lutte entre le roi et le Parlement, le droit de révocation des juges est soustrait de la tutelle monarchique par une loi qui modifie la durée de la charge et la rémunération des juges.

En France, les parlements, ces cours souveraines qui se sont elles aussi détachées du conseil du roi, se retrouvent également au milieu de la tourmente politique qui suit la Réforme et les guerres de religion. Mais, contrairement aux juges anglais qui sont plongés au milieu des conflits entre les tenants de l'absolutisme royal et les promoteurs d'une monarchie limitée, les membres des parlements français s'érigent eux-mêmes en adversaires virulents de la monarchie. Défendant farouchement les privilèges qui leur ont été consentis au temps des féodalités, les membres des parlements utiliseront leurs

⁹⁷⁷ Cette nouvelle classe issue de l'élément populaire de la « structure triple et une » s'allie d'abord au chef (le roi) pour contrecarrer les visées aristocratiques (les grands) sur la nouvelle économie, puis fait alliance avec le peuple pour annihiler les privilèges aristocratiques et réduire de façon importante les pouvoirs monarchiques (Angleterre), voire éliminer complètement cet élément du « corps triple et un » primitif (en France).

prérogatives de classe pour bloquer toute tentative de réformes politiques visant à amenuiser ces privilèges⁹⁷⁸. Lorsque prend fin l'épisode de la Fronde, la monarchie, qui n'a pas oublié l'affront fait à sa souveraineté par les parlements, s'acharnera à réduire leur influence politique. C'est ainsi qu'à la fin du XVII^e siècle, Louis XIV met un terme au refus des parlements d'enregistrer les ordonnances royales, en assujettissant le droit de faire des remontrances au sujet de ces ordonnances à l'enregistrement préalable de celles-ci.

Cette première crise de la justice est donc résolue de façon différente dans les deux royaumes. En Angleterre, le Parlement, qui a remporté la victoire sur le roi, devient le lieu principal de création du droit. La justice demeure sous le contrôle du roi qui perd cependant les moyens d'abuser de son emprise sur les juges au niveau individuel. En France, le pouvoir judiciaire est neutralisé et relégué au rôle de simple service de l'État. La Constitution de 1791 achève de mettre au pas cette autorité judiciaire qui doit se subordonner au pouvoir législatif, seul détenteur de la légitimité politique.

Alors que les juges auront grandement contribué à limiter le pouvoir normatif des monarchies patrimoniales et les droits privilèges revendiqués par celles-ci, ils seront relégués dans une position hiérarchiquement subordonnée pendant au moins les deux siècles que durera l'idée de la suprématie de la loi, expression de la volonté populaire. En contrepartie, les juges acquièrent une certaine autonomie vis-à-vis des pouvoirs patrimoniaux qui, de toute façon, n'exercent plus qu'une autorité diminuée soumise elle aussi à la loi et à l'organe étatique chargé de l'élaboration de la législation.

Les transformations dans la configuration des pouvoirs politiques aux XVII^e et XVIII^e siècles seront donc déterminantes sur le statut des juges, et ce, tant dans le système de droit de *common law* que dans les systèmes de droit continental. Notre étude comparatiste des deux systèmes de justice le confirme. Ceci n'est guère surprenant puisque

⁹⁷⁸ J. P. ROYER, *Histoire de la justice*, préc., note 970, p. 222-223.

les deux systèmes sont traversés par les mêmes forces de rationalisation et qui laissent des marques indélébiles.

Section 1 Le statut des juges anglais

Comme nous l'avons vu, l'origine des cours de justice anglaises remonte à la bataille de Hastings de 1066 au terme de laquelle Guillaume, duc de Normandie, ayant battu les Saxons, s'est installé au pouvoir. À partir de cette date, la justice est dispensée par le roi et sa *curia*⁹⁷⁹. Les juges sont nommés par le roi et choisis parmi les fonctionnaires de l'époque, c'est-à-dire les membres de l'entourage royal⁹⁸⁰. Mais, comme ces juges se révèlent être de piètres magistrats, le roi se tourne dès le XIII^e siècle vers la profession juridique⁹⁸¹. C'est donc depuis ce temps que les juges des pays de *common law* sont nommés parmi les membres de cette profession.

À l'aube de la modernité, la justice anglaise est encore une justice patrimoniale; même organisée en tribunaux, elle continue à émaner du roi qui est fontaine de justice. C'est le roi qui délègue aux cours de justice sa puissance judiciaire, comme le rappelle Jacques I^{er} au juge en chef de la Cour du banc du roi, Lord Coke. Or, les états patrimoniaux du Moyen Âge ont une direction administrative formellement rationnelle, composée de juristes, aussi bien laïcs que canoniques⁹⁸². Ces corps de juristes professionnels sont donc plus enclins à s'opposer à la domination patrimoniale⁹⁸³.

⁹⁷⁹ W. LEDERMAN, préc., note 937, p. 772.

⁹⁸⁰ *Id.*

⁹⁸¹ *Id.*, p. 774. J. H. BAKER, préc., note 713.

⁹⁸² M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 248.

⁹⁸³ Selon Weber, les juges s'opposent parfois fortement au pouvoir patrimonial, que ce soit par pur esprit idéologique, pour des motifs de classe (leur origine bourgeoise et leur façon de penser les poussent à s'opposer à l'arbitraire et aux privilèges patrimoniaux), et quelquefois pour des motifs matériels : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 218.

Dans sa célèbre conférence prononcée devant le roi, Lord Coke affirme que le roi ne peut rendre justice lui-même, surtout dans les affaires où il a un intérêt, que les jugements sont rendus par les tribunaux en vertu du droit en vigueur, et selon l'ordre hiérarchique dans lequel ils sont placés⁹⁸⁴. Ce point de vue confirme la conception qui se fait jour parmi la classe judiciaire, selon laquelle la fonction judiciaire n'est plus considérée comme la simple extension de la fonction royale. L'autonomie et la différenciation de la fonction de justice font déjà partie de l'autodescription du système judiciaire.

La monarchie des rois Stuart fut d'ailleurs une période tumultueuse pour la justice anglaise au XVII^e siècle. Les membres de cette dynastie royale considéraient les juges des cours de *common law* comme de simples fonctionnaires royaux qui doivent exécuter les décisions d'ordre juridique prises par le roi, et le conseiller sur le droit existant. L'attitude des Stuart face aux juges et les moyens qu'ils utilisent pour se débarrasser des juges récalcitrants sont conformes en tout point aux caractéristiques des pouvoirs patrimoniaux telles que définies par Weber. Nous allons voir dans les deux prochaines sections quelles ont été les manœuvres utilisées par ces monarques pour freiner la différenciation de la fonction de justice et aussi comment les luttes politiques entre le roi et le Parlement ont fini par influencer sur le statut des juges anglais pour les siècles à venir.

⁹⁸⁴ Prohibitions del Roy, 12 Rep. 64-65 :

“...that the King in his own person cannot adjudge any case, either criminall, as Treason, Felony, &c. or betwixt party and party, concerning his Inheritance, Chattels, or Goods, &c. but this ought to be determined and adjudged in some Court of Justice, according to the Law and Custom of England, and always Judgments are given, *Ideo consideratum est per Curiam*, so that the Court gives the Judgment: And the King hath his Court, viz. in the upper house of Parliament, in which he with his Lords is the supreme Judge over all other Judges; for if Error be in the Common Pleas, that may be reversed in the King's Bench: And if the Court of King's Bench err, that may be reversed in the upper house of Parliament, by the King, with the assent of the Lords Spirituall and Temporall, without the Commons: And in this respect the King is called the chief Justice, 20 Hen. 7. 7 a. by Brudnell...”.

1.1 La révocation comme moyen de contrôle du *judge-made law*

Plusieurs textes et essais ont été écrits sur la portée des luttes constitutionnelles du XVII^e siècle en regard du statut des juges et de leur pouvoir d'intervention sur la création du droit. Alors que la grande majorité des historiens ont attribué l'origine des conflits constitutionnels de ce siècle à la seule volonté absolutiste des rois Stuart, il serait trop simpliste de faire abstraction des forces politiques qui s'agitaient à cette époque, et qui ont engagé le pays dans une série de conflits religieux et politiques mettant en cause l'établissement de la religion protestante, la suppression de la foi catholique, le droit de taxation, et la dévolution de la Couronne.

Dans l'histoire constitutionnelle anglaise, la période qui se termine en 1603 avec la mort d'Élisabeth I fut une accalmie dans la lutte épique que s'étaient livrée pendant trois siècles auparavant les rois et le Parlement pour le contrôle du pouvoir politique. Les rois Tudor sont des monarques autoritaires qui dirigent les affaires politiques d'une main de fer en dominant le Parlement. Pendant leur règne, la puissance économique et le poids politique du monarque se consolident. L'augmentation du pouvoir du roi se fait toutefois dans le respect des traditions constitutionnelles dites « immémoriales »⁹⁸⁵. À titre d'exemple, en 1539, le roi Henri VIII fait adopter la *Lex Regia* (Statutes of Proclamations) qui délimite le pouvoir royal de légiférer par proclamations⁹⁸⁶. De plus, contrairement aux rois Stuart, les rois Tudor ne font pas systématiquement usage de leur pouvoir de révocation des juges des cours de *common law*, bien qu'ils y aient eu recours eux aussi à l'occasion.

Par contraste, tout le XVII^e siècle est le théâtre d'affrontements entre la monarchie et le Parlement. À l'opposé de la pratique des Tudor, les rois Stuart utilisent la prérogative

⁹⁸⁵ J. G. A. POCKOCK, *L'Ancienne constitution et le droit féodal*, préc., note 717, p. 58 ;

⁹⁸⁶ E. C. S. WADE, préc., note 718, p. xcvi.

royale comme un pouvoir législatif et n'hésitent pas à légiférer en matière de taxation sans demander l'accord du Parlement, chose qui ne s'était jamais faite dans l'histoire parlementaire britannique. Selon les historiens, les Stuart n'agissaient pas toujours en contravention de la *common law*, car beaucoup de précédents judiciaires militaient en faveur de leurs prétentions⁹⁸⁷. Dans d'autres cas, comme dans l'affaire *Hampden*⁹⁸⁸ sur la légalité des taxes sur la construction de bateaux (*Ship-money's case*), il n'existait pas de précédents portant directement sur le pouvoir royal d'agir sans obtenir l'accord du Parlement⁹⁸⁹. Comme le souligne un historien, les tribulations des rois Stuart étaient plutôt dues à leur incompréhension de la division fondamentale qui existe entre le gouvernement et le droit⁹⁹⁰.

Lorsque ces tensions apparaissent entre le souverain et le Parlement en ce qui concerne les limites de la prérogative royale, le contrôle sur les juges qui président les cours de justice devient un enjeu de taille. Ce sont en effet les juges des tribunaux royaux qui tranchent les litiges qui soulèvent des questions liées aux pouvoirs respectifs du roi et du Parlement⁹⁹¹. Pour Jacques 1^{er}, le contrôle de la justice rendue par les juges des cours de *common law* est une véritable obsession. Parmi les méthodes employées par ce roi, figurent la convocation forcée des juges dans le but d'obtenir des opinions extrajudiciaires sur des litiges existants, et la révocation de la charge des juges qui rendent des décisions qui

⁹⁸⁷ Richard L. NOBLE, "Lions or Jackals? The Independence of the Judges in *Rex v. Hampden*", (1961-1962) 14 *Stan. L. Rev.* 711.

⁹⁸⁸ *Rex v. Hampden*, 3 *How. St. Tr.* 826, 1282 (Ex. 1637).

⁹⁸⁹ Richard L. NOBLE, préc., note 987, p. 724.

⁹⁹⁰ C.H. McILWAIN, *Constitutionalism : Ancient and Modern*, préc., note 633, p. 141

⁹⁹¹ W. LEDERMAN, préc., note 937, p. 780 ; Karim BENYEKHLEF, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988, à la p. 9.

nuisent à un exercice étendu de la prérogative royale. Certains juges, menés par Lord Coke, se posent alors en arbitre entre le roi et le peuple⁹⁹².

Bien que les juges des cours de justice anglaises soient nommés durant bonne conduite, les rois Stuart agissent avec eux comme s'ils occupaient leur charge selon le bon plaisir du Roi (*durante bene placido*)⁹⁹³. De plus, le paiement de leur rémunération dépend exclusivement du souverain⁹⁹⁴. Or, en tentant de contrôler de manière indue les décisions judiciaires sur l'étendue de la prérogative royale⁹⁹⁵, et en révoquant de manière systématique la charge des juges qui rendaient des opinions contraires à la doctrine du droit divin des rois et de leur pouvoir absolu sur la création du droit, les Stuarts ont été la cause de l'accroissement des controverses juridiques sur fond d'agitations politiques entre les tenants des droits parlementaires (généralement la bourgeoisie) et les absolutistes royaux.

Les événements ayant mené aux changements dans les modes de nomination et de rémunération des juges anglais apportés par l'Acte d'Établissement sont bien documentés dans la littérature juridique anglaise, ancienne et contemporaine et il n'est pas nécessaire ici de commenter les nombreux procès qui se sont conclus par la révocation des juges ayant émis des opinions dérogatoires sur le droit du souverain d'intervenir sans l'accord du Parlement.⁹⁹⁶ Les annales judiciaires du XVII^e siècle sont aussi riches de procès pour haute

⁹⁹² M. A. ST.CLAIR FELDEN, *A Short Constitutional History of England*, 3rd édition, Oxford, B.H. Blackwell, 1895, p. 89.

⁹⁹³ J. H. BAKER, préc., note 713, p. 167.

⁹⁹⁴ W. LEDERMAN, préc., note 937 p. 779 - 781.

⁹⁹⁵ Les rois Stuart, à commencer par Jacques 1^{er}, n'hésitent pas à demander des opinions extrajudiciaires aux juges pour se faire confirmer dans leur pouvoir : S. SHETREET, *Judges on trial. A study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland Publishing Company, 1976, p. 12.

⁹⁹⁶ W. LEDERMAN, préc., note 937, p. 781; Alfred F. HAVINGHURST, "James II and the Twelve Men in Scarlet", (1953) 69 *L.Q.R.* 522; C.H. McILWAIN, "The Tenure of English judges", 7 *Am. Pol. Sc. Rev.* 217; D. A. RUBINI, "The Precarious Independence of the Judiciary, 1688-1701", 83 *L.Q.R.* 343, 344 (1967); David LEMMINGS, "The Independence of the Judiciary in Eighteenth Century England", dans Peter BIRKS (dir.), *The Life of the Law: Proceedings of the Tenth British Legal History Conference*, 1994, 125, 130-1; W. HOLDSWORTH, *History of English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1924, vol. VI, p. 500 et ss.

trahison présidés par des juges dont les prédispositions sont de toute évidence en faveur de la monarchie⁹⁹⁷. On se rappelle la fameuse remarque de Francis Bacon à propos des juges dans son essai intitulé *Of Judicature* :

“Let judges also remember, that Solomon’s throne was supported by lions on both sides: let them be lions, but yet lions under the throne; being circumspect that they do not check *or oppose any points of sovereignty*”⁹⁹⁸.

Selon Bacon, les juges doivent respecter la place qui leur est assignée dans l’ordre social, sous le souverain. De plus, les juges doivent dire le droit, et non le créer :

“Judges ought to remember, that their office is jus dicere, and not jus dare; to interpret law, and not to make law, or give law”.

Pour Bacon aussi, il est normal que les juges conseillent les rois et que les rois se fassent conseiller par les juges :

“Therefore it is an happy thing in a state, when kings and states do often consult with judges; and again, when judges do often consult with the king and state: the one, when there is matter of law, intervenient in business of state; the other, when there is some consideration of state, intervenient in matter of law”.

Mais, l’opinion de Francis Bacon ne tient pas compte de la différenciation du droit et du rôle des porteurs spécialisés dans le processus de rationalisation du droit. Ces facteurs exercent des pressions sur l’état patrimonial anglais, qui doit aussi composer avec la montée des pouvoirs du Parlement. Ce Parlement divisé en deux chambres à la composition différente et aux intérêts opposés tente sans relâche de limiter l’étendue de la prérogative royale. C’est dans la Chambre des communes, où siège la nouvelle classe bourgeoise victime des taxes sur le commerce, que cette volonté est la plus manifeste. Ce sont ces trois forces (différenciation du droit, action des porteurs spécialisés, affaiblissement de la

⁹⁹⁷ *Id.*

⁹⁹⁸ Francis BACON, *Of Judicature* (1625) : <http://www.authorama.com/essays-of-francis-bacon-56.html>.

monarchie et montée du pouvoir parlementaire) qui auront raison du contrôle de l'état patrimonial sur la production judiciaire du droit, comme nous allons le voir dans le prochain titre.

1.2 La limitation du pouvoir monarchique

Au XVII^e siècle, le statut des juges était, à plusieurs égards, semblable à celui des ministres royaux : ils étaient nommés et rétribués par la Couronne. La durée de leur charge dépendait également de la volonté royale qui était la seule autorité capable de les destituer. La révolution ayant eu pour effet de limiter le pouvoir du roi sur les ministres et d'augmenter le contrôle du Parlement, il allait de soi que le statut des juges devait aussi être modifié afin de le rendre conforme à la nouvelle doctrine de suprématie parlementaire.

La fin du règne de Jacques II en 1688 marque la fin de la supériorité constitutionnelle et juridique de la monarchie anglaise et le début de la suprématie absolue du Parlement. Cette imprégnation de l'idée de supériorité du Parlement aura un impact sur les relations entre le roi et ses juges. C'est pour réduire le champ d'influence du roi sur le pouvoir judiciaire (notamment par le versement des salaires et le pouvoir de révocation) que le Parlement adopte le *Bill of Rights*⁹⁹⁹ et l'Acte d'Établissement¹⁰⁰⁰. Déjà, lors des débats parlementaires précédant l'adoption du *Bill of Rights*, plusieurs orateurs avaient invité les membres du Parlement à inclure une disposition visant à confirmer la nomination des juges durant bonne conduite. Mais une telle disposition n'avait pas été incluse dans le *Bill of Rights* rédigé en toute hâte en 1689¹⁰⁰¹. Puis, en 1692, le Parlement était revenu à la charge, mais le roi avait refusé la sanction royale¹⁰⁰². Entre ces deux périodes, le Parlement avait mené des enquêtes approfondies sur la conduite des juges pendant le règne des deux

⁹⁹⁹ 1 William III and Mary II, sess. 2, ch. 2.

¹⁰⁰⁰ *Supra*, note 20.

¹⁰⁰¹ Henry HALLAM, *Constitutional History of England*, 5e édition, London, New York, p. 597.

¹⁰⁰² *Id.*

derniers Stuart, au cours duquel des juges avaient témoigné avoir été démis pour des raisons politiques¹⁰⁰³.

Ces modifications au statut des juges sont finalement faites dans l'Acte d'établissement, où il est stipulé que les juges sont nommés durant bonne conduite (*quamdiu se bene gesserint* – « *during good behaviour* »), et qu'ils demeurent en fonction à moins que leur charge ne soit révoquée par une adresse commune des deux chambres du Parlement. De plus, leur salaire sera fixé et établi – « *ascertained and established* » par le Parlement. Mais ce ne sera finalement qu'en 1760 que cette disposition de l'Acte d'établissement sera dans les faits mise en œuvre par l'adoption d'une autre loi¹⁰⁰⁴ qui précisera notamment que la charge du juge ne prendra pas fin à la mort du roi¹⁰⁰⁵.

L'introduction d'une disposition spécifique sur le statut des juges dans l'Acte d'Établissement se situe donc dans la mouvance de la limitation du pouvoir du roi d'agir sans l'accord du Parlement. C'est le principal acquis de la Glorieuse révolution, confortée par l'adoption du *Bill of Rights*¹⁰⁰⁶. Le changement du mode de rémunération des juges et de la durée de la charge judiciaire n'a donc pas pour objet de consacrer le principe d'indépendance judiciaire, mais plutôt celui de la domination politique du Parlement sur les

¹⁰⁰³ Naaomi TARKOW, "The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy", (1943) 58 *Political Science Quarterly* 537, p. 556.

¹⁰⁰⁴ Commissions and Salaries of Judges Act, 1 Geo.3., ch. 23.

¹⁰⁰⁵ Selon l'auteur Shetreet, qui a étudié en profondeur l'histoire de la magistrature anglaise, les changements apportés par l'Acte d'Établissement ne se sont pas fait sentir immédiatement :

"The judiciary, having been so long a branch of the Executive and at the storm centre of affairs during the Stuart era, could not immediately and entirely be removed from the entanglements of politics. Parliamentary attempts at exerting political pressure on the Bench continued even after the Act of Settlement and more than a century passed before the modern concept of judicial independence as we know it today emerged. The King and his Ministers also sought to put pressure on judges concerning pending cases long after the Act of Settlement": S. SHETREET, *Judges on trial. A study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, préc., p. 12-13.

¹⁰⁰⁶ Avec la *Magna Carta*, l'Acte d'Établissement et la Déclaration des droits, représentent les assises les plus importantes du droit constitutionnel anglais : Naaomi TARKOW, préc., note 1003.

juges. Il faut rappeler que le Parlement, qui est une assemblée délibérante divisée en deux chambres, demeure la plus haute instance judiciaire du royaume. Étant dorénavant sous le contrôle du Parlement, les juges vont devoir se soumettre aux lois adoptées par le Parlement; ils sont liés par elles et ne peuvent en aucun cas refuser de les appliquer ni les invalider¹⁰⁰⁷.

L'attitude des juges anglais aux XVIII^e et XIX^e siècles sera très différente de celle de leurs précurseurs des XVI^e et XVII^e siècles qui eux, ne vouaient pas un respect inconditionnel aux actes du Parlement. Ce Parlement n'était à leurs yeux qu'une autre cour de justice, plus haute il est vrai, mais dont les pouvoirs n'étaient pas considérés comme absolus¹⁰⁰⁸. Il faut se rappeler que la nature déclaratoire de la *common law* était encore très ancrée dans la pensée juridique de l'époque¹⁰⁰⁹, les juges se demandant toujours avant d'interpréter un acte du Parlement s'il était déclaratoire du droit ou s'il venait modifier de quelque manière la *common law*¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ J. Y MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, préc., note 665, p. 98.; J. W. GOUGH, préc., note 930, p. 217-219.

¹⁰⁰⁸ *Id.*, p. 259-260 :

“If you ask me, then, said Sir Henry Hobart, in the case of **Sheffield v. Ratcliffe**, ‘by what rule the judges guided themselves in this diverse exposition of the self same word and sentence? I answer, it was by that liberty and authority that judges have over laws, especially over Statute laws, according to reason and best convenience, to mould them to the truest and best use.’”

¹⁰⁰⁹ Dans l'esprit des juristes de l'époque, la supériorité de la *common law* sur la législation ne fait aucun doute. Ainsi, pour Sir John Davies,

“the customary law of England...doth far excel our written laws, namely our statutes or acts of parliament; which is manifest in this, that when our parliament have altered or changed any fundamental points of the common law, those alterations have been found by experience to be so inconvenient for the common wealth as that the common law hath in effect been restored again” (cité par J. H. BAKER, *Introduction to English Legal History*, préc., note 713, p. 195).

¹⁰¹⁰ Edward COKE, 2 *Institutes*, 308 :

La nouvelle doctrine de la suprématie parlementaire qui découle de la victoire du Parlement sur le roi vient donc modifier radicalement le classement des actes législatifs du Parlement dans l'ordonnement juridique anglais, alors que la composition même de cet organe de l'État n'est pas pour autant modifiée. L'omnipotence du Parlement dans la tradition britannique est surtout le fait d'une nouvelle doctrine politique, car contrairement à la France post-révolutionnaire, il n'y a pas de véritable transformation de la Constitution britannique après la révolution de 1689. Importée au Canada, cette doctrine s'applique avec la même autorité, sous réserve du partage des compétences législatives dans la *Loi constitutionnelle de 1867* délimitant les champs de compétences en regard desquels le Parlement et les législatures provinciales peuvent se déclarer omnipotents. Toutefois, un changement radical s'annonce avec l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. D'un coup, la doctrine de la suprématie du Parlement est remplacée par la doctrine de la primauté du droit. Les conséquences de cette transformation constitutionnelle sur l'indépendance judiciaire au Canada seront très importantes, comme nous le verrons dans le prochain titre.

Section 2 La justice française après la Révolution

La Révolution française élimine de l'ordre juridique les droits d'exception, privilèges et titres nobiliaires, entraînant du même souffle l'abolition des cours souveraines et de leur magistrature oligarchique. Le système judiciaire de l'Ancien Régime est entièrement aboli¹⁰¹¹. La Constitution de 1791 précise clairement que le pouvoir judiciaire ne peut en aucun cas participer aux fonctions législative et administrative. Ceci met fin

“To know what the Common Law was before the making of any Statute, (whereby it may be known whether the Act be introductory of a new Law, or affirmatory of the old), is the very lock and key to set open the windows of the Statute”.

¹⁰¹¹ La nuit du 4 août 1789, tous les privilèges, les ordres et les juridictions, incluant les parlements, sont abolis : Jean VINCENT, Serge GUINCHARD et *als.*, *Institutions judiciaires*, 5^e édition, Paris, Dalloz, 1999, p. 6.

définitivement à la possibilité pour les cours de justice de participer à l'élaboration des lois, comme l'avaient fait les parlements d'Ancien Régime.

La séparation des pouvoirs comme principe constitutionnel dominant répond à une préoccupation spécifique et légitime à l'égard des empiètements exercés par les cours souveraines avant la Révolution, et qui sont responsables de la très grande méfiance de la population envers celles-ci. Ce sont donc essentiellement pour des raisons historiques que les révolutionnaires s'attèlent à « neutraliser » le pouvoir judiciaire. Une autre conséquence importante de la conception française de la séparation des pouvoirs sur la place du juge est la dualité et l'exclusivité des juridictions judiciaire et administrative. L'ensemble du contentieux administratif échappe au contrôle judiciaire proprement dit.

Seule la Loi, expression de la volonté générale, peut borner l'exercice des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. La puissance judiciaire ne doit servir qu'à traduire cette volonté générale dans les cas particuliers, sans plus. S'ensuit donc une longue période où la fonction de juger est limitée à la stricte application du droit et les juges réduits à de simples « automates ».

Mais en France comme ailleurs dans les systèmes juridiques occidentaux, la fin du 20^e siècle voit naître une ère nouvelle pour la fonction de juger. La « crise du juge » éclate et remet à l'ordre du jour constitutionnel la vieille subordination du système judiciaire au politique. La confusion des droits subjectifs des individus avec ceux de l'État-Nation est elle aussi remise en question, surtout dans l'ordre judiciaire qui est appelé à prendre ses distances d'avec l'ordre étatique. Les magistrats du siège s'organisent et revendiquent une place séparée des autres institutions publiques.

2.1 Un pouvoir «invisible»

Le changement de régime amené par la Révolution a des conséquences importantes sur la fonction judiciaire. La méfiance envers ce « terrible pouvoir »¹⁰¹² détermine l'ensemble des actions qui sont prises dans les années suivant la fin de l'Ancien Régime à l'égard du pouvoir judiciaire. De l'avis des membres de l'Assemblée constituante, qui sont majoritairement des hommes de loi, la Constitution « doit faire sentinelle de ce côté »¹⁰¹³.

Dans la Constitution du 3 septembre 1791, tous les pouvoirs émanent de la Nation qui ne peut les exercer que par délégation¹⁰¹⁴. Le pouvoir législatif est délégué à l'Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, car la loi est le seul instrument capable d'incarner la volonté générale qui émane du peuple : « il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance »¹⁰¹⁵. Le roi exerce le pouvoir exécutif¹⁰¹⁶ et le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple¹⁰¹⁷. Il est précisément interdit au pouvoir judiciaire de participer à l'élaboration de la loi¹⁰¹⁸, tout comme le « pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif ni par le roi¹⁰¹⁹ ».

¹⁰¹² J. P. ROYER, « Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la « Cité idéale » », préc., note 972, p. 61.

¹⁰¹³ *Id.*

¹⁰¹⁴ Article 2, Titre III de la Constitution de 1791, reproduit dans M. DUVERGER, préc., note 756, p. 21.

¹⁰¹⁵ *Id.*, art. 3, sect. 1, chap. II.

¹⁰¹⁶ *Id.*, art. 4.

¹⁰¹⁷ *Id.*, art. 5.

¹⁰¹⁸ Le pouvoir judiciaire ne peut « s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », chapitre V, art.3, reproduit dans M. DUVERGER, préc., note 756, p. 37.

¹⁰¹⁹ Art. 1 du Chapitre V intitulé Du Pouvoir judiciaire, dans la Constitution du 3 septembre 1791 reproduit dans M. DUVERGER, préc., note 756, p. 37.

La justice se trouve placée en « état de double subordination », à l'égard du roi et de la loi¹⁰²⁰. L'objectif avoué des constituants est de réduire au strict nécessaire le nombre des tribunaux, et d'encourager la conciliation et l'arbitrage privés. Les nouvelles juridictions sont composées de juges de paix, de tribunaux de la famille qui ne sont pas des hommes de loi. Un degré plus haut, les tribunaux de district sont formés d'élus parmi les hommes de loi de plus de cinq ans d'expérience.

Cette volonté d'éradication du pouvoir judiciaire va jusqu'à nier le rôle interprétatif du juge. En cas de doute sur l'interprétation de la loi, le juge doit référer au législateur, auteur de la loi qui doit être interprétée¹⁰²¹. Encore là, c'est la pratique des parlements d'Ancien Régime qui est derrière cette interdiction de rendre des arrêts de règlements, sorte de décision judiciaire non motivée et à portée normative, et de s'en remettre au seul libellé du texte législatif¹⁰²². Le Tribunal de cassation est institué en 1790 pour casser les jugements contraires à la loi¹⁰²³. Ce Tribunal ne doit pas développer de jurisprudence, car, selon Le Chapelier, l'un des parlementaires, c'est « la plus détestable des institutions »¹⁰²⁴. Toutefois, en l'absence de législations révolutionnaires sur un point précis, le Tribunal de cassation doit parfois s'en remettre à l'ancien droit et c'est ainsi qu'une nouvelle jurisprudence voit le jour. Celle-ci doit quand même toujours s'appuyer sur un texte de loi.

Dans la période qui suit l'entrée en vigueur du Code civil, les juges tentent de circonscrire le plus possible leurs interventions sur l'interprétation des textes, avec comme

¹⁰²⁰ J. P. ROYER, « Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la « Cité idéale » », préc., note 972, p. 61.

¹⁰²¹ Ce procédé est abandonné par la suite, en raison du côté peu pratique de cette procédure et des délais qu'elle entraîne : Jean-Louis HALPÉRIN, « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », (1996) 17 *Droit et société* 233, p. 255.

¹⁰²² Jean-Louis HALPÉRIN, « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », dans R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. 1789-1799*, coll. « Histoire de la justice », Paris, Fayard, 1989, p. 226.

¹⁰²³ *Id.*, p. 227.

¹⁰²⁴ *Id.*

conséquence que le droit jurisprudentiel est très peu développé et que les juges sont extrêmement laconiques dans leurs jugements. Les historiens ont qualifié cette période d'« école de l'Exégèse »¹⁰²⁵. En dépit de la codification de grands pans du droit privé, les systèmes juridiques ne réussissent toutefois pas à consacrer le principe de la clarté absolue du droit législatif; il en reste toujours pour les juges à interpréter¹⁰²⁶. Déterminer l'intention du législateur, lorsque la loi n'est pas claire ou que son application nécessite un certain degré d'interprétation, devient alors l'unique projet de la justice. À la fin du XIX^e siècle, le juge est réhabilité. Cette période coïncide avec les débuts de l'école historique, qui s'oppose à l'école de l'exégèse. Certains juristes, dont Planiol, Ripert et Geny, prônent le retour à la jurisprudence, à la coutume et à l'équité comme sources du droit privé positif¹⁰²⁷. Ce courant reconnaît le rôle du juge dans l'interprétation du droit, surtout lorsque les textes législatifs sont silencieux.

Malgré ce mouvement visant à rétablir la contribution de la jurisprudence à la production du droit, la méfiance suscitée par la justice d'Ancien Régime a causé un affaiblissement important de la capacité du juge d'intervenir dans la création du droit. La participation des juges à la production juridique est toute proportion gardée peu importante au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Il faut attendre la fin du XX^e siècle pour que les tribunaux français, surtout la Cour de cassation, reprennent le contrôle sur l'élaboration du droit privé afin de mettre à jour un code vieux de près de deux-cents ans.

¹⁰²⁵ Bernard BEIGNIER, «La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIX^e siècle. La jurisprudence au temps de l'Exégèse», dans J. M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, coll. « Droit et justice », Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 277.

¹⁰²⁶ Comme l'écrit Portalis, maître d'œuvre du Code civil, « l'on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois » : Jean-Louis HALPÉRIN, «Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », préc., note 1022, p. 239.

¹⁰²⁷ J. GAUDEMET, B. BASDEVANT-GAUDEMENT, préc., note 679, p. 419-421.

Au niveau de leur statut, les juges français acquièrent rapidement l'inamovibilité après la Révolution. Toutefois, dans la succession de revirements constitutionnels du XIX^e siècle, de nombreux accrocs sont faits au principe d'inamovibilité¹⁰²⁸. De plus, ce principe ne s'applique pas aux juges de l'ordre administratif. Jusque vers la fin du XX^e siècle, les règles relatives à l'avancement et aux promotions hiérarchiques au sein de la magistrature ont pour effet de maintenir le judiciaire dans une position de subordination absolue au pouvoir politique. Mais cette situation change progressivement dans les dernières décennies du siècle dernier. Une nouvelle ère commence qui a pour effet de propulser les magistrats de l'ordre judiciaire à l'avant-scène juridique.

2.2 La position des institutions judiciaires dans la France moderne

Il serait pour le moins présomptueux de porter un jugement global sur la position du juge dans le système juridique français. Certains aspects de la remise en question de la place de la justice en France méritent cependant d'être soulignés, car ils démontrent dans quelle mesure le phénomène mondial de la montée en puissance des juges est aussi présent dans ce système.

Contrairement à ce que la succession des constitutions françaises semble confirmer, la France tarde à suivre l'enseignement de Montesquieu. C'est que le système juridique français est construit sur un principe, celui de l'égalité, alors que la structure sociale est encore fortement imprégnée de l'esprit de corps qu'avait étalé Montesquieu de manière tout à fait naturelle. Pour Montesquieu, la société étant composée de classes ayant des intérêts différents, la meilleure forme de gouvernement était celle qui permettait à ces classes de participer au pouvoir politique afin d'y faire valoir leurs intérêts, sans que les intérêts de chaque classe ne puissent dominer les intérêts des autres. D'où le choix du modèle

¹⁰²⁸ Roger PERROT, *Institutions judiciaires*, 12^e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 301. Pendant l'Empire, le Second Empire et la III^e République, la règle de l'inamovibilité fut suspendue temporairement, le temps de faire une épuration des magistrats en poste durant le régime précédent. Dans la V^e République, le principe d'inamovibilité est garanti par l'article 64 de la Constitution de 1958.

constitutionnel anglais comme exemple idéal d'une structure de gouvernement à l'intérieur de laquelle les trois corps sociaux (la monarchie, l'aristocratie et le peuple) se partagent les instruments du pouvoir.

La Révolution a accéléré de manière artificielle la progression de la différenciation sociale. Les profondes mutations dans l'ordre normatif sociétal sont arrivées sans crier gare, alors que la structure sociale n'était pas prête à accueillir de tels changements. Car, si la Révolution française a mis fin à l'inégalité juridique proprement dite, les inégalités sociales, elles, ont survécu¹⁰²⁹. La stratification sociale et les divergences d'intérêts entre les classes ont continué d'exister après la Révolution. La loi, expression de la volonté générale et l'abolition des privilèges juridiques, n'a pas suffi à garantir l'égalité sociale. Bien que l'État français ait été chargé de neutraliser les conflits d'intérêts, ceux-ci subsistent¹⁰³⁰.

Dans le système juridique, le juge français est placé dans une situation différente du juge anglais. Selon la théorie sur la hiérarchie des sources du droit, la jurisprudence vient au troisième rang, après la loi et la doctrine¹⁰³¹. Le droit français, surtout le droit public, sert avant tout les fins de l'État unitaire. La culture juridique est imprégnée du monisme des sources du droit et de la hiérarchie des normes qui placent les juges dans une position stratifiée verticalement, au-dessous de la loi et de l'État-Nation. La pensée juridique française ne reconnaît pas un rôle des tribunaux judiciaires qui soit opposé à celui de l'État; la volonté générale exprimée dans la loi, l'État, la justice, tous ces éléments sont unis dans la même tâche qui est celle d'assurer l'égalité juridique.

¹⁰²⁹ Serge BOSC, *Stratification et classes sociales. La société française en mutation*, 5^e édition, coll. « CIRCA », Paris, Armand Colin, 2005, p. 191.

¹⁰³⁰ Antoine GARAPON, «La culture juridique française au choc de la «mondialisation»», (1986) 17 *Droit et société*, 379.

¹⁰³¹ La situation dans le droit anglo-saxon est fort différente, notamment en raison de la doctrine du précédent et de celle du *stare decisis* qui se sont imposées très tôt dans la conception classique du droit, plaçant par le fait même les juges et leurs décisions dans une position très différente de celle de leurs homologues continentaux.

Toutefois, là comme dans les autres systèmes juridiques occidentaux, de fortes pressions vers la différenciation s'exercent sur la fonction de justice, alors que la structure politique tarde à fournir un appui suffisant¹⁰³². Car l'État légal en France n'a pas réussi à garantir l'application égalitaire d'un droit différencié de la structure sociale. Pour cette raison notamment, les attentes se tournent maintenant vers un système de justice que l'on veut bien maintenant concevoir comme étant détaché du pouvoir représenté par l'état monolithique.

Dans le système social français, la politique et le droit ne sont pas encore tout à fait différenciés, du moins en ce qui concerne la fonction judiciaire¹⁰³³. Théoriquement, la magistrature bénéficie des garanties d'inamovibilité et de la sécurité financière que confère l'emploi dans l'administration publique. Toutefois, le système de justice est entièrement dominé par l'organisation bureaucratique qui contrôle non seulement l'administration de la justice, mais aussi l'avancement des juges dans la hiérarchie. Tant les juges du parquet que ceux du siège sont soumis à l'autorité du Garde des Sceaux et ministre de la Justice. Du fait de cette absence de différenciation d'avec le système politique, la justice française peine à

¹⁰³² Denis SALAS, « Le tiers pouvoir, de l'utopie à la réalité », dans Jean-Pierre ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 248 :

« Notre justice ne parvient pas à se déprendre d'une tension qui lui est constitutive. En position instable entre deux "corps" de la démocratie, son avenir semble frappé d'indétermination. D'un côté, elle continue d'être incorporée à l'appareil d'État, elle qui fut longtemps captive de sa souveraineté; de l'autre, **la poussée démocratique qui l'anime la met à distance de cet État**. Mentalités, pratiques, loi, réformes tentées ou réussies : une série de mutations se redéploient de part et d'autre d'une profonde déchirure. On ne sait plus très bien de quelle "chair" est faite notre démocratie **entre le corps unifié de l'État qui fut son grand instituant et la dissémination individualiste qui est sa pente naturelle**. Entre démocratie pluraliste et démocratie unitaire, nous oscillons entre ces deux "maladies de la représentation" que sont la "pathologie de l'incarnation" et la "pathologie du pluralisme" [renvoi omis]. **Alors qu'une justice héritée du passé se perpétue, une autre encore utopique naît sous nos yeux sans qu'elle s'inscrive encore dans la réalité** ». (Notre mise ne évidence)

¹⁰³³ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 1993.

trouver les moyens d'atteindre une autonomie essentielle dans un système juridique universaliste.

La justice française est donc une justice qui se cherche, coincée entre l'État unifié et la montée du pluralisme social. Mais grâce en partie au mouvement de professionnalisation des juges qui est aussi actif en France, les représentations sur la place et la légitimité du système judiciaire tendent à changer. Le contrôle politique sur la justice est maintenant l'objet de dénonciations. Les magistrats du siège ont aussi pris conscience de leurs intérêts comme classe, lesquels diffèrent de ceux des magistrats du parquet. Le Conseil de la magistrature a pris plus de pouvoir et celui du Garde des Sceaux a diminué d'autant¹⁰³⁴. Ce mouvement est grandement influencé par la soumission de l'État français au processus judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme. Les progrès de la différenciation sociale, et pas seulement de la rationalisation du droit, finiront bien par redonner ses lettres de noblesse à la justice française, mais là, sans patrimonialité des charges!

¹⁰³⁴ Jean-Paul JEAN, « Les gardes des Sceaux et les magistrats », Jean-Pierre ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 200.

TITRE II
LA FONCTION DE JUGER ENTRE DROIT ET
GOUVERNEMENT

L'étude des mutations du droit établit la corrélation entre l'évolution des types juridiques (formes du droit) et les transformations des types sociaux (différenciation sociale). Les développements du droit démontrent également que la différenciation interne du système juridique s'est déployée au même rythme que la différenciation du droit dans le système social. À partir de ces postulats, il est maintenant temps de passer à l'analyse des conséquences ultimes de ces transformations sur la fonction judiciaire.

Dans le prochain titre, nous concentrerons notre analyse sur les conséquences de la différenciation du droit sur la place du système judiciaire - et la position du juge - dans le système juridique. L'ambition de cette étude doctorale est de démontrer que la différenciation de plus en plus poussée du droit dans le système social a entraîné une différenciation corrélative du système juridique au niveau interne, laquelle a eu pour effet de modifier la position de la fonction de juger dans ce système. Le postulat de la différenciation simultanée du droit au niveau externe et interne devrait permettre de démontrer que la place réservée à la fonction judiciaire dans l'ordre juridique est tributaire de l'organisation systémique du système juridique.

Le résultat de nos recherches sur l'histoire du droit et les développements de la structure des sociétés à travers le temps nous autorise à conclure que l'idée d'indépendance judiciaire est le produit de l'interaction entre trois phénomènes de l'histoire occidentale : 1) la différenciation progressive du droit, 2) la formation d'une classe spécialisée de fonctionnaires (les juges), et 3) la bureaucratisation de l'appareil étatique. Ces trois forces ont provoqué des changements au statut des juges et à la place des tribunaux judiciaires dans l'organisation du système juridique. Nous avons déjà étudié en profondeur les étapes de la différenciation du droit dans la structure sociale, et la différenciation de la justice par la formation d'une classe de personnes spécialisées dans la connaissance juridique siégeant dans les cours de justice royale. Il reste à démontrer dans ce titre II l'impact du développement de l'organisation bureaucratique sur le statut des juges.

Luhmann, qui a consacré un chapitre aux cours de justice et à leur fonction au sein du système juridique, a démontré que celles-ci ont pris une place centrale dans le système juridique. Partant de la dissolution du concept unifié de *jurisdictio* et de sa reconstruction entre la législation et le jugement, Luhmann démontre comment, avec l'évolution du droit et sa différenciation interne, les tribunaux occupent une place centrale et stratégique dans le droit. Ce modèle théorique permet de rendre compte de la fonction du système judiciaire dans une société socialement, politiquement et juridiquement différenciée. Notre objectif est de démontrer que l'évolution du droit et de la fonction judiciaire exemplifie le modèle proposé par Luhmann. Il reste à expliciter comment la tradition juridique occidentale a mis en œuvre ce modèle de différenciation, et quels sont les effets de cette différenciation sur l'interprétation de la norme d'indépendance judiciaire. Aussi, pour bien comprendre la problématique de l'indépendance judiciaire dans les sociétés modernes, il faut commencer par reconnaître la différenciation historique qui s'est opérée entre le système juridique et le système politique, et en finir avec les anciens paradigmes de la pensée politique du XIX^e siècle sur la justice.

Luhmann et Teubner ont établi de manière convaincante que le droit moderne avait atteint l'état de système autopoïétique. Logiquement, le droit comme système autopoïétique compte parmi ses sous-systèmes internes une justice fonctionnant elle aussi de manière autopoïétique. Dans le système juridique autopoïétique, les pressions sur la fonction de justice ne s'exercent plus selon un axe hiérarchique. Ce changement est fondamental. La théorie des systèmes sociaux permet de rendre compte de cette transformation structurelle du système juridique qui a provoqué une modification fondamentale des médias de communications et d'échanges entre les sous-systèmes sociaux.

Avant de discuter de la norme d'indépendance judiciaire proprement dite, nous allons examiner de quelle manière la fonction du juger s'est transformée pour « s'adapter » à la mise en œuvre des programmes juridiques du droit positif différencié. La jurisprudence

de la Cour suprême du Canada sur l'interprétation du principe d'indépendance judiciaire sera ensuite analysée pour démontrer l'impact de la différenciation de la fonction de juger sur le discours judiciaire et la propre conception qu'ont les juges de leur rôle dans la régulation des attentes normatives.

CHAPITRE 1 DROIT, POLITIQUE ET DIVISION DES POUVOIRS

Quelle autorité, dans nos sociétés modernes, peut décider et quelles sont les frontières des sphères décisionnelles qui relèvent de chaque institution? Pour Spencer, l'histoire du pouvoir dans les sociétés est celle de la « structure triple et une » de l'assemblée primitive comprenant le chef, les grands et le peuple; selon la période, c'est l'un ou l'autre de ces trois éléments qui est prééminent. Dans la sociologie de Weber, ce questionnement prend la forme d'une lutte pour le contrôle des trois composantes de l'administration que sont le gouvernement, la découverte et la création du droit, ces deux derniers éléments étant réunis autrefois dans la *iurisdictio*. Même s'il a revêtu d'autres formes, ce conflit est toujours présent.

Les penseurs du XVIII^e siècle ont cru avoir résolu la problématique liée à l'exercice légitime du pouvoir avec la doctrine de la séparation des pouvoirs. L'expérience politique et les tentatives d'application de cette doctrine dans les systèmes juridiques occidentaux ont démontré l'inadéquation de la théorie dans le domaine empirique, qui ne visait d'ailleurs nullement à garantir l'indépendance de la fonction judiciaire. Pour les théoriciens qui ont analysé la société comme un système, les idées politiques du passé n'ont plus de correspondance dans la réalité sociale. Selon Parsons et Luhmann, il faut commencer par postuler la différenciation du système politique et du système juridique.

Section 1 Dissolution du concept unifié de *iurisdictio*

L'une des différenciations les plus importantes qu'a subies l'ordre normatif, après la séparation du droit sacré et des règles civiles, est celle de la distinction entre l'établissement et l'application du droit. À l'origine, toute administration vient du pouvoir domestique qui ne connaît pas de limites; le pouvoir absolu du chef de famille ou de clan règle tous les

différends qui surviennent à l'intérieur du clan¹⁰³⁵. La genèse de la *iusdictio*, ou si l'on veut, de la « règle indépendante de la volonté arbitraire du chef »¹⁰³⁶ se situe dans l'arbitrage de prétentions juridiques entre clans et familles. Assez tôt dans l'histoire de l'Occident, le pouvoir domestique se reporte sur d'autres formes de pouvoir politique, entre autres, sur les monarchies patrimoniales. Ce déplacement aura pour conséquence, selon Weber, d'abattre la cloison entre le gouvernement, la création et la découverte du droit¹⁰³⁷. Notre exposé des développements de la fonction de justice dans l'état médiéval monarchique confirme cet effet de transfert.

Au Moyen Âge, le droit et le pouvoir sont considérés comme deux notions séparées. L'expression latine « *iusdictio* » comprend l'ensemble des pouvoirs de nature légale du seigneur, du prince ou du souverain sur un territoire donné¹⁰³⁸. Le roi est investi par Dieu de l'autorité politique, et bien qu'il soit source de toute justice, il est soumis au droit. À partir du XIII^e siècle, l'utilisation de lois, statuts, ordonnances, ou édits par les pouvoirs monarchiques devient plus importante et continue de s'accroître aux XV^e et XVI^e siècles. Le pouvoir de créer le droit est ce que les monarques s'approprient progressivement (sous des formes plus ou moins déguisées, notamment la rédaction des coutumes), car il s'agit là d'une étape importante pour la construction de l'État¹⁰³⁹.

¹⁰³⁵ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 30. Le pouvoir domestique absolu va se reporter par la suite sur d'autres formes de pouvoir politique, telle la monarchie patrimoniale.

¹⁰³⁶ Edouard FUZIER-HERMAN, préc., note 873, p. 35.

¹⁰³⁷ Les relations tumultueuses qui se sont tissées entre ces trois éléments sont à l'origine des tensions historiques et contemporaines entre la fonction judiciaire, qui tend à s'approprier la mainmise sur la découverte du droit (et des fois, sur la création du droit) d'une part, et le gouvernement d'autre part. Dans l'administration patrimoniale, celle des rois Stuart notamment, la découverte du droit et le gouvernement sont dominés par l'*imperium* qui cherche à influencer la création du droit, malgré la tradition qui s'oppose à toute modification unilatérale du droit.

¹⁰³⁸ L'étendue de la différenciation du droit dépend de la possibilité ou non d'intenter un recours et à l'encontre de qui. Dans certains cas, l'administration de la justice est contrôlée par les seigneurs locaux, ce qui a pour effet de limiter grandement l'accès à une justice digne de ce nom.

¹⁰³⁹ Comme il existe déjà une nette distinction entre les coutumes des communautés et les affaires qui intéressent la royauté, cette appropriation du pouvoir sur la création du droit va permettre aux rois de

L'objectif des pouvoirs monarchiques est, en premier lieu, de contrôler la production normative par l'édiction de plus en plus fréquente de lois, ordonnances et autres manifestations de nature législative, et, dans un deuxième temps, de maintenir la justice privée dans une position de soumission¹⁰⁴⁰. Le contrôle de la production législative par les monarques européens est légitimé sur le fondement de certaines maximes tirées du droit romain concernant les présumés droits des princes. Des formules telles que *Quod principi placuit legis habet vigorem* (Ce qui plaît au prince a force de loi) et *Princeps legibus solutus est* (Le prince n'est pas lié par les lois) sont invoquées par les légistes au service des rois pour justifier la préséance des législations royales sur les anciennes coutumes prévoyant la soumission des monarques au droit.

Après la Renaissance, le concept de « *iurisdictio* » perd sa force évocatrice et cesse d'être employé. Les composantes de l'*autoritas*, l'*imperium* et la *potestas*, sont fusionnées dans un concept de souveraineté à la fois légale et politique. Avec la notion de souveraineté, indivisible par nature, qui échoit entièrement dans les mains du monarque, se construit un état monarchique puissant qui peut bâtir son hégémonie face à une société divisée par les luttes religieuses¹⁰⁴¹. La différenciation entre la création et la découverte du droit se déploie toutefois différemment en Angleterre et en France, où la division de la *iurisdictio* établit une séparation plus claire entre la création et l'établissement du droit. Les rois français utilisent avec beaucoup d'efficacité le pouvoir d'édicter des ordonnances. Les Parlements sont eux chargés d'entendre des causes, et non de légiférer, bien qu'ils

s'arroger le pouvoir sur les affaires de l'État sans paraître toucher aux coutumes locales : J. STRAYER, préc., note 662, p. 34.

¹⁰⁴⁰ Étant donné cette mainmise des pouvoirs patrimoniaux sur la création et la découverte du droit, il n'est pas surprenant que des conflits soient survenus entre les administrations patrimoniales et les autres intéressés au droit, avec, au milieu, les juges des tribunaux de *common law*. Le dénouement de ces conflits a paradoxalement donné naissance aux premières règles visant à assurer la primauté du droit et à protéger l'autonomie des tribunaux.

¹⁰⁴¹ N. LUHMANN, *Politique et complexité*, note 37, p. 100.

participent à la fonction législative en refusant d'enregistrer les ordonnances royales¹⁰⁴². En Angleterre, la *iurisdictio* monarchique est répartie entre le roi, le Parlement, et les tribunaux de *common law*. Ces trois entités continuent de participer à la fonction de juger, tandis que la fonction législative est partagée entre le roi et le Parlement¹⁰⁴³.

Avec la séparation de la *iurisdictio*, la différenciation du système juridique franchit une étape importante, condition du passage à la positivité du droit¹⁰⁴⁴. À partir de ce moment, la législation devient la figure dominante du système juridique et cimente une emprise qui ne s'est jamais encore démentie¹⁰⁴⁵. La relation qui se développe ensuite entre la législation et la juridiction est du type d'un commandement hiérarchique : le législateur prescrit la règle que le juge exécute suivant une logique déductive, en s'efforçant d'appliquer la loi conformément aux instructions du législateur. Celui-ci adopte des lois en tenant compte le plus possible des modalités d'application des normes par le juge, et tente, dans la mesure du possible, de prévoir et de couvrir l'ensemble des situations de fait soulevant l'application de la loi qui pourrait faire l'objet d'un recours devant le juge, et la manière dont ces recours seront traités par celui-ci. La dogmatique juridique s'occupe ensuite de formuler des règles pour aider les juges dans leur tâche de chercher l'intention du législateur telle qu'exprimée plus ou moins clairement dans la législation.

¹⁰⁴² *Supra*, partie III, titre I, chapitre 2, sous-section 4.2.

¹⁰⁴³ *Supra*, partie III, titre I, chapitre 2, section 2. En Angleterre, le Parlement est à l'origine une instance judiciaire où sont également adoptées des lois. Dans le système anglais (et dans l'Allemagne de Weber), un acte de pure administration comme le budget est soumis à la procédure parlementaire et doit être adopté en tant que loi : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 31.

¹⁰⁴⁴ Talcott Parsons a souligné l'importance de l'apparition de la législation explicite sous forme de fonction différenciée comme marque distinctive de la modernité. Pour Luhmann, la différenciation interne du système juridique s'est développée à un rythme similaire à celui de la différenciation du système juridique dans le système social, qui était déjà lui-même parvenu à une certaine maturité. Cette différenciation était devenue indispensable pour permettre au droit de remplir sa fonction dans une société de plus en plus complexe.

¹⁰⁴⁵ D'ailleurs, c'est le développement vertigineux de la législation qui aurait forcé la mise en place d'un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois pour obvier au caractère changeant de la loi : T. PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, préc., note 153, p. 21.

Cette conception de la relation verticale entre la législation et la juridiction a l'avantage de préserver une vision unitaire du droit et de la politique, pierres d'assise de la souveraineté. La conception moniste d'un droit produit principalement par le législateur et « appliqué » par le juge, a aussi pour effet de camoufler la réalité de la circularité du rapport entre le législateur et le juge qui s'est installé après la dissolution du concept de *iurisdictio* et la mainmise du système politique sur la législation.

Section 2 La séparation des pouvoirs

La doctrine de la séparation des pouvoirs, qui a été élaborée au XVIII^e siècle pour justifier les formes de gouvernement mixte, a fait couler beaucoup d'encre dans l'histoire de la pensée politique. Cela revient en partie au fait que les commentateurs n'ont pu s'entendre sur la définition exacte de cette doctrine et sur la portée de son application. Au Canada, la théorie de la séparation des pouvoirs a été élevée au rang de règle juridique par la Cour suprême du Canada pour justifier le principe d'indépendance judiciaire¹⁰⁴⁶. Toutefois, il faut se demander si la séparation des pouvoirs peut réellement expliquer l'indépendance des tribunaux judiciaires dans une société fonctionnellement différenciée.

La théorie de la séparation des pouvoirs est sans conteste liée à l'œuvre du baron de Montesquieu, bien que celui-ci n'ait jamais utilisé le terme de « séparation des pouvoirs » dans *L'Esprit des lois*¹⁰⁴⁷. C'est tout de même principalement à lui que revient la paternité de cette idéalisation de la division de la puissance de l'État¹⁰⁴⁸. Selon Gérard Timsit cependant, « la théorie de la séparation des pouvoirs, telle qu'elle a été conçue à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, n'existe tout simplement pas chez

¹⁰⁴⁶ *Renvoi.*, préc., note 17, par. 130.

¹⁰⁴⁷ C.S. BARON DE MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, 2 tomes, Paris, Garnier-Flammarion, 1979.

¹⁰⁴⁸ Dans son *Traité du gouvernement civil*, John Locke aborde la question de la division des pouvoirs législatif et exécutif dans l'État. Dans sa conception toutefois, le pouvoir législatif est suprême, et tous les autres pouvoirs lui sont subordonnés : JOHN LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 2^e éd. Corrigée, Paris, Flammarion, 1992, p. 253.

Montesquieu, puisque *l'Esprit des lois* », dit-il, « ne prévoyait ni l'indépendance, ni la spécialisation des trois pouvoirs »¹⁰⁴⁹.

De fait, Montesquieu a formulé sa thèse sur la division des pouvoirs en se basant sur ce qu'il percevait du modèle de la Constitution d'Angleterre. Mais la conception du Baron était une conception de classe, plus que de fonction. Ce qu'il fallait craindre en effet selon Montesquieu, c'était la concentration de l'un ou de plusieurs des trois principaux pouvoirs entre les mains d'un même groupe de personnes, d'une même puissance ou d'une même classe sociale, puisque cette concentration mène au despotisme :

« Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple exerçaient ces trois pouvoirs, celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. »¹⁰⁵⁰

Cette description des principaux corps sociaux est semblable à celle de la structure « triple et une » de l'assemblée primitive telle que définie par Spencer dans son traité de sociologie¹⁰⁵¹. L'histoire de la pensée politique jusqu'à la modernité est d'ailleurs une suite de réflexions sur la question de savoir entre les mains duquel de ces trois éléments de la structure sociale (le chef, les puissants ou le peuple) doit reposer le pouvoir politique. Le propos de Montesquieu est qu'il faut séparer les pouvoirs entre les trois éléments de la structure « triple et une », de façon à ce qu'aucun élément n'ait l'entière mainmise sur l'un de ces pouvoirs.

L'idée principale derrière l'essai de Montesquieu repose sur la notion de limitation du pouvoir; il s'agit non pas de formuler une théorie de la séparation des pouvoirs, mais plutôt de définir la forme que doit prendre un gouvernement qui respecte la liberté

¹⁰⁴⁹ Gérard TIMSIT, « M. Le Maudit. Relire Montesquieu », dans COMITÉ DE PATRONAGE MARCEAU LONG (dir.), *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 617.

¹⁰⁵⁰ C. S. DE MONTESQUIEU, préc., note 1047, Livre XI, Chapitre VI. *De la Constitution d'Angleterre*.

¹⁰⁵¹ *Supra*, partie II, titre I, chapitre 1, sous-section 1.1.

politique. De fait, dans le pays que Montesquieu prend pour modèle, c'est une limitation des pouvoirs et non une division des pouvoirs qui caractérise la forme du gouvernement¹⁰⁵². Si le modèle constitutionnel anglais fonctionnait bien selon Montesquieu, c'était grâce au dépôt de chaque forme de pouvoir entre les mains des trois groupes formant la société de l'époque : le roi, le peuple et la noblesse¹⁰⁵³. Réunis dans les deux chambres du Parlement, la noblesse et le peuple étaient dépositaires du pouvoir législatif, tandis que le roi détenait le pouvoir exécutif. Ce dernier participait également à la fonction législative grâce à son droit de veto, et à la fonction judiciaire par la nomination des juges et l'administration de la justice. Le Parlement aussi exerçait des fonctions judiciaires.

Dans un système monarchique, qui représente pour Montesquieu la meilleure forme de gouvernement, il faut pour éviter que ce système ne devienne despotique, qu'il y ait un corps séparé de celui qui possède à la fois la puissance législative et exécutive (en l'occurrence, le roi en France), pour annoncer « les lois lorsqu'elles sont faites » et les rappeler « lorsqu'on les oublie »¹⁰⁵⁴. En Angleterre, « une nation dans le monde qui a pour objet direct de sa Constitution la liberté politique »¹⁰⁵⁵, les lois adoptées par le Parlement sont synonymes de liberté; le contre-pouvoir des juges n'est donc pas essentiel et il peut même devenir dangereux pour la liberté¹⁰⁵⁶. La division du pouvoir entre les puissances ou corps qui forment le gouvernement empêche ceux-ci d'accaparer l'un ou l'autre de ces pouvoirs pour leur seul profit, particulièrement les fonctions législative et exécutive.

Montesquieu était certainement loin de penser que son essai sur les formes de gouvernement servirait au XX^e siècle de fondement au principe de l'indépendance de la magistrature. D'autant plus que les modèles juridictionnels qui sont décrits dans le traité du

¹⁰⁵² C'est aussi l'opinion de McILWAIN, *Ancient Constitutionalism and the Constitution*, préc., note 633.

¹⁰⁵³ G. TIMSIT, préc., note 1049.

¹⁰⁵⁴ Id., Livre II, Chapitre IV. Des lois, dans leur rapport avec la nature du gouvernement.

¹⁰⁵⁵ Id., Livre XI, Chapitre V. De l'objet des États divers.

¹⁰⁵⁶ Id., Livre XI, Chapitre VI. De la Constitution d'Angleterre.

Baron ne pourraient absolument pas soutenir la conception moderne du pouvoir judiciaire. C'est que, pour Montesquieu, la « puissance de juger », qu'il qualifie également de « puissance exécutrice de celles [les choses] qui dépendent du droit civil », par opposition à l'autre puissance exécutrice, celle des « choses qui dépendent du droit des gens »¹⁰⁵⁷, est « si terrible », qu'elle doit être « invisible, nulle » et ne doit être « attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession »¹⁰⁵⁸, les juges devant se contenter d'être la « bouche qui prononce les paroles de la loi »¹⁰⁵⁹. Encore là, c'est la conception d'une société divisée en classes qui est déterminante dans la théorie de Montesquieu : aucun groupe, corps, état, ou profession ne doit contrôler la justice, de même que l'un ou l'autre des autres pouvoirs.

Pourquoi, peut-on se demander, la puissance de juger doit-elle être invisible et nulle? Probablement, suggère Timsit, pour éviter le déséquilibre dans le poids des puissances sociales, car dans la structure constitutionnelle anglaise, le peuple est représenté à la fois dans la puissance législative et dans la puissance judiciaire. Afin donc d'éviter une inégalité dans la distribution des formes de pouvoir, la puissance de juger doit être nulle, invisible et les juges doivent se contenter d'être la bouche de la loi, de rendre des jugements qui ne sont jamais qu'un « texte précis de la loi », car ils sont l'application particulière des lois générales. Selon Montesquieu, « il est dans la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi »; il faut éviter que le jugement ne devienne « une opinion particulière du juge »¹⁰⁶⁰. Parce que dans État où règne un gouvernement despotique, « il n'y point de loi : le juge est lui-même sa règle »¹⁰⁶¹. Il est aisé de constater que la

¹⁰⁵⁷ *Id.*

¹⁰⁵⁸ *Id.*

¹⁰⁵⁹ *Id.* Montesquieu prévoit tout de même que dans certains cas, la loi qui est « clairvoyante et aveugle » est trop rigoureuse. Il faut alors prévoir qu'une partie du corps législatif, « que nous venons de dire être », dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci : s'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle ». Montesquieu faisait directement référence ici au Parlement anglais, dont l'une des branches (Chambre des lords) siège comme tribunal de plus haut ressort.

¹⁰⁶⁰ *Id.*

¹⁰⁶¹ *Id.*

conception de la « place » que doit occuper la puissance de juger dans la structure constitutionnelle de Montesquieu n'est pas exactement un dithyrambe à la grandeur et l'indépendance de cette fonction. Le modèle de la séparation des pouvoirs conceptualisé par Montesquieu relevait manifestement d'une conception de la société qui n'est plus conforme à la réalité, soit celle d'une société divisée en classes ayant des intérêts divergents.

Outre l'inadéquation du modèle original de séparation des pouvoirs avec son idéalisation contemporaine, il existe d'autres raisons qui permettent de conclure que l'idée de séparation des pouvoirs n'a pas de correspondance dans la réalité institutionnelle, tant dans les systèmes juridiques du Continent que dans ceux ayant adopté les formes du gouvernement britannique. Nous avons vu dans le titre I de cette troisième partie que la division des pouvoirs est un concept inconnu au Moyen Âge¹⁰⁶². La société médiévale est une société de groupes, d'états, qui possèdent des droits privilèges importants. Si, grâce à l'Église chrétienne, des monarques et des princes européens ont pu s'imposer face à la puissance des barons et seigneurs terriens, ils ont tout de même été tenus de respecter les droits privilèges de ces derniers. De plus, le pouvoir législatif central du Moyen Âge est à peu près inexistant; lorsque le roi légifère pour régler l'ordre social à l'extérieur de son domaine, il doit alors obtenir l'assentiment de ses vassaux¹⁰⁶³. Les pouvoirs exécutif et judiciaire, eux, sont confondus dans l'administration des domaines, ceux du roi ou des seigneurs féodaux. L'ensemble des règles connues en tant que « droit public » n'existe pas,

¹⁰⁶² S. RATNAPALA, « The separation of powers, the rule of law and economic performance », International Center for Economic Research, Working Paper Series, Working Paper No. 4, April 2006, p. 21 :

« To look for the separation of executive and judicial functions in order to locate the historical antecedents of the doctrine, is to misdirect the inquiry. Theoretically, as well as historically, the separation of law and government preceded the creation of judicial independence. »

¹⁰⁶³ J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., note 629, p. 190.

puisque l'*imperium* n'est pas soumis à un fractionnement des pouvoirs¹⁰⁶⁴. Une certaine division des pouvoirs existe au niveau des prétentions juridiques, mais cela vise surtout les privilèges féodaux et seigneuriaux.

Aussi, bien que la confusion complète entre le droit subjectif et objectif, où « l'ensemble du droit se dissout dans la finalité poursuivie par l'administration », n'ait jamais existé de manière universelle¹⁰⁶⁵, la réunion de ces deux dimensions du droit demeure la norme pour l'époque prémoderne, à telle enseigne que les juristes du bas Moyen Âge, comme Bracton¹⁰⁶⁶ et Glanvill¹⁰⁶⁷ en Angleterre, ou Beaumanoir¹⁰⁶⁸ en France, devront établir cette distinction pour construire la doctrine du droit de commandement du prince. Selon Weber, tout droit doit découler d'un privilège existant et reconnu :

« Toute autorité jusques y compris le roi et le Parlement, est considérée comme un complexe de privilèges et de prérogatives spécifiques. Celui qui prétend exercer un droit qui n'est pas d'origine contractuelle doit le posséder en vertu d'un privilège valable et, de ce fait, ne pouvait l'utiliser qu'à l'intérieur de certaines limites strictement définies. On n'est dispensé de fournir la preuve explicite du privilège qu'en cas de coutume immémoriale »¹⁰⁶⁹

Ce n'est d'ailleurs qu'en Occident qu'une structure rationnelle organisée comportant une division des pouvoirs dans l'appareil étatique va se développer¹⁰⁷⁰. Dans l'état médiéval, l'antagonisme entre les formes de pouvoir se situe plutôt entre le

¹⁰⁶⁴ Ainsi, selon Weber, la théorie de Montesquieu est valable de façon générale, mais ne se rencontre pas spécialement dans la forme qu'il a cru percevoir en Angleterre : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p.37-38.

¹⁰⁶⁵ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 28.

¹⁰⁶⁶ H. BRACON, préc., note 773.

¹⁰⁶⁷ Ranulpho de GLANVILLE, *The treatise on the laws and customs of the realm of England*, commonly called Glanvill, London, Nelson, 1965.

¹⁰⁶⁸ Philippe de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, A. et J. Picard, 1970-1974, 3 v.

¹⁰⁶⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. p. 105-106.

¹⁰⁷⁰ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 105-106.

gouvernement d'une part, et la juridiction d'autre part. Cette dernière vise surtout les relations juridiques de droit privé. Le respect du droit de propriété de la noblesse est l'un des principes importants de l'époque, et c'est ce qui est englobé notamment dans l'idée de juridiction. La noblesse ne peut d'ailleurs être jugée que par ses pairs, c'est-à-dire par des juridictions composées de juges qui émanent de la même classe. Cette juridiction est, de fait, le conseil du Roi.

La compréhension de la distinction historique entre le gouvernement et la juridiction est fondamentale avant d'aller plus loin dans l'approfondissement de l'idée d'indépendance judiciaire à l'époque moderne. L'idée d'indépendance de la fonction de juger n'a pu être imaginée comme concept juridique, avant que ne soit réalisée, au niveau de la structure sociale, cette distinction fondamentale entre le droit et le gouvernement. De ce point de vue, l'indépendance judiciaire doit être considérée comme étant l'aboutissement de la séparation du droit, des autres modes d'exercice de l'autorité politique. En d'autres termes, l'indépendance des juges est d'abord et avant tout, la séparation d'un processus décisionnel particulier, qui est celui de rendre des décisions fondées sur le droit, par opposition aux décisions fondées sur des motifs d'ordre politique, religieux, éthique ou moral.

Tant par sa généalogie que par l'idéalisation du modèle original donc, la doctrine de la séparation des pouvoirs n'a rien à voir avec l'autonomie de la fonction judiciaire ou l'indépendance de ses juges. La version américaine de cette théorie, les « checks and balances », ne peut pas non plus être invoquée pour justifier l'autonomie de la fonction judiciaire¹⁰⁷¹. De plus, bien que la réforme des institutions françaises après la Révolution ait été construite à partir d'un modèle de gouvernement fondé sur la « séparation des

¹⁰⁷¹ C. H. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, préc., 633, p. 141.

pouvoirs »¹⁰⁷², ce modèle ne ressemblait en rien à celui de la Constitution anglaise vénéré par Montesquieu.

Il faut comprendre que la thèse de la séparation des pouvoirs est née dans une période où la structure sociale est encore fermement ancrée dans les divisions de classe et où l'égalité sociale, politique ou juridique, n'existe pas. Lorsque Locke et Montesquieu écrivent leur traité sur les formes de gouvernement, les monarchies absolutistes ont la mainmise du pouvoir politique dans l'État et de la production du droit. Elles ne sont arrêtées par aucune autre forme de pouvoir, que ce soit l'aristocratie ou l'Église. Il devenait nécessaire de trouver une façon de justifier une forme quelconque de division des pouvoirs dans l'État, qu'il soit monarchique ou républicain.

Pour revenir à Montesquieu, celui-ci est d'avis que seuls deux pouvoirs doivent s'affronter et se limiter mutuellement pour le plus grand bien de la liberté politique : la puissance exécutive du fait des choses et la puissance législative. La puissance de juger doit, elle, rester nulle. Il donc est à la fois anachronique et paradoxal d'utiliser la doctrine de séparation des pouvoirs comme justification au principe d'indépendance judiciaire. De plus, la séparation des pouvoirs, qu'elle soit considérée et analysée en tant que séparation organique ou en tant que spécialisation fonctionnelle, est incompatible avec l'idée d'indépendance, dans le sens d'étanchéité, entre les pouvoirs puisque, quelle que soit la forme qu'on lui attribue, cette doctrine implique au contraire une interdépendance des pouvoirs de l'État.

Lorsque la Cour suprême du Canada invoque les deux concepts de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs pour justifier l'indépendance des juges de l'ensemble des tribunaux judiciaires du Canada, elle fait appel erronément selon nous à ce principe

¹⁰⁷² La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen rappelait l'importance de la séparation fonctionnelle des pouvoirs en déclarant à son article 16 que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

pour justifier la norme d'indépendance judiciaire. D'ailleurs, la Cour suprême a déjà déclaré dans un arrêt antérieur à celui portant sur la rémunération des juges des cours provinciales que s'il était possible de considérer dans la science politique les tribunaux judiciaires comme des organes gouvernementaux, au niveau juridique, il était difficilement concevable d'en faire des acteurs gouvernementaux dont les jugements sont susceptibles d'être examinés pour déterminer s'ils sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰⁷³.

La signification contemporaine donnée à la doctrine de la séparation des pouvoirs résulte d'un anachronisme qui ne peut décrire de manière réaliste le fonctionnement des systèmes étatiques complexes des sociétés modernes. Dans son acception classique, la séparation des pouvoirs chevaucherait trois sous-systèmes sociaux ayant un code et une structure de programmes entièrement différents, ce qui serait incompatible avec l'analyse des rapports sociaux et juridiques à partir de la théorie générale des systèmes. Le concept de séparation des pouvoirs ne peut définir non plus adéquatement la place du système judiciaire, car celui-ci ne peut plus être considéré en tant que « branche du gouvernement »

¹⁰⁷⁴.

Si le système judiciaire a pris ses distances vis-à-vis du gouvernement, c'est par l'effet du même mouvement que celui qui a affecté l'ensemble de la structure sociale, en modifiant l'axe antérieur de différenciation. De verticale, la différenciation sociale est

¹⁰⁷³ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 142 :

« Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tous les litiges privés ».

¹⁰⁷⁴ *Infra*, chapitre 3, section 3.

passée à fonctionnelle. Dans le cas des tribunaux, cette transformation a été facilitée par le fait que les juges ont une connaissance spécialisée que les autres membres de l'Administration n'ont pas. Il faut donc selon nous mettre de côté l'idée de séparation des pouvoirs comme justification au principe d'indépendance judiciaire, pour se pencher sur l'autre justification avancée par la Cour suprême du Canada, qui conclut que l'indépendance judiciaire est une norme constitutionnelle de premier rang qui préserve le rôle de gardiens de la primauté du droit attribué aux tribunaux.

Il est nécessaire de revenir à la dichotomie d'origine médiévale qui sépare le droit et le gouvernement, la *iurisdictio* et le *gubernaculum*, afin de mieux comprendre pourquoi cette antinomie s'est effacée après le Moyen Âge et pourquoi elle « revit » sous une autre forme dans les systèmes autopoïétiques du droit et de la politique. La fonction judiciaire est cette institution qui, selon le principe diceyen de la *rule of law*, a été chargée de tracer la frontière entre ces deux formes d'autorité, le droit et le gouvernement, car seuls les tribunaux peuvent donner effet aux limites juridiques qui freinent l'autorité politique. Les tribunaux exercent leur rôle de gardiens de la primauté du droit en instaurant une séparation, une distance entre le droit et les autres formes du pouvoir. La préservation d'un statut qui les place dans une situation d'indépendance vis-à-vis des autres formes de pouvoir leur permet de continuer à exercer ce rôle.

Section 3 Différenciation du droit et de la politique: la désunion d'un mariage forcé

Nous avons vu que le sociologue américain Parsons situait le droit en dehors du système politique, tout en admettant la relation privilégiée existant entre ces deux systèmes, notamment en regard de l'appartenance des organes d'application du droit (tribunaux judiciaires, police et administration publique) à l'appareil étatique. C'est que, malgré les liens évidents qui les unissent, la théorie des systèmes sociaux considère le droit et la politique comme deux sous-systèmes différenciés.

Avant la Renaissance, le droit est séparé de la politique et de l'exercice du pouvoir. Il est par contre fortement imbriqué de valeurs religieuses. Après la réforme grégorienne, une dissociation s'établit entre le pouvoir politique et l'ordre religieux chrétien, et les princes européens s'approprient un pouvoir politique enfin libéré de sa légitimité religieuse. De façon parallèle, l'autorité des juridictions ecclésiastiques diminue, au même titre que celle des seigneurs féodaux qui sont souvent membres du clergé. La soumission des tribunaux féodaux et la dissémination des juges royaux à travers le territoire jouent un rôle déterminant dans ce processus d'appropriation du pouvoir¹⁰⁷⁵. Toutefois, le pouvoir politique (*gubernaculum*) et le droit (*iurisdictio*) possèdent chacun leur sphère de compétence¹⁰⁷⁶. Ce schéma se transforme lorsque les monarques réalisent qu'ils peuvent utiliser le droit comme instrument privilégié de mise en œuvre de la puissance politique. Grâce à une vision unifiée du droit et de la politique sous le concept de souveraineté législative, le droit (la loi) devient l'arme par laquelle l'État exécute les décisions prises dans la sphère politique. Le droit n'existe alors plus que pour soutenir de manière indéfectible les décisions prises par la « branche politique » du pouvoir.

La transformation de la société par la différenciation fonctionnelle modifie de nouveau les relations du droit et de la politique. Comme l'a écrit Parsons, la différenciation du droit et du système politique représente une étape primordiale dans le développement de la modernité, puisqu'elle a permis d'assurer l'indépendance des composantes normatives en regard des intérêts politiques, économiques et de classe qui sont à l'œuvre dans le système politique et la structure sociale générale. Il est essentiel de bien comprendre ce phénomène avant d'aborder l'étude de la place des tribunaux dans le système juridique. Les

¹⁰⁷⁵ Par ailleurs, une certaine résistance de la part des juges des cours royales s'est organisée à l'encontre de cette tentative d'utiliser le droit pour soutenir la puissance publique. Ces juges, qui formaient une classe spécialisée par ses connaissances juridiques, s'opposaient aux tentatives des monarques d'intervenir dans la création du droit. En Angleterre, cette opposition s'est manifestée par une volonté de limiter la modification du droit par l'exercice de la prérogative royale. En France, les cours souveraines se sont opposées au roi dans ses tentatives de modifier les droits privilégiés. Ces affrontements seront la source de changements majeurs pour l'autonomie du droit et de la fonction de juger.

¹⁰⁷⁶ *Supra*, Partie II, Titre II, Chapitre 3.

nombreuses critiques formulées dans la science politique sur le « gouvernement des juges »¹⁰⁷⁷ résultent de cette incompréhension du processus de différenciation. C'est que l'évolution de la pensée n'a pas progressé au même rythme que la différenciation fonctionnelle du droit.

Dans une société hautement différenciée, le droit et la politique forment deux systèmes de communication distincts. Le système politique est « un système autopoïétique et autorégulateur d'exercice du pouvoir, dans lequel tout pouvoir est exercé sur du pouvoir et est lui-même soumis à l'exercice du pouvoir [...] »¹⁰⁷⁸. La fonction principale de ce système est la prise de décisions qui lient la collectivité (« *the making of collectively binding decisions* »)¹⁰⁷⁹. Le code communicationnel du système politique est formé par le schéma binaire gouvernement/opposition et la structure programmatique est fondée sur des objectifs de finalité. Dans le système politique, l'État occupe le centre du système où il a charge de prendre les décisions qui lieront la collectivité¹⁰⁸⁰. Cette place centrale permet à l'État de se différencier verticalement à l'intérieur, alors que dans la périphérie, la différenciation demeure horizontale, avec, situés aux deux extrémités, les pôles gouvernement/opposition. La périphérie du système politique est notamment occupée par les partis politiques et les groupes de pression qui peuvent jouir à cet endroit d'une plus grande marge de manœuvre pour la négociation des demandes de changements et la conciliation des intérêts opposés. Il s'agit là d'une condition pour le maintien de la

¹⁰⁷⁷ C'est le juriste français Édouard Lambert qui a utilisé cette expression pour titrer son ouvrage critiquant les décisions de la Cour suprême des États-Unis déclarant inconstitutionnelles les législations sociales adoptées par le gouvernement américain pour sortir le pays du marasme engendré par le krach boursier de 1929. : Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005 (édition originale publiée en 1921 aux éditions Giard).

¹⁰⁷⁸ N. LUHMANN, *Politique et complexité*, préc., note 37, p. 106-107.

¹⁰⁷⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 38. Parsons a soutenu lui aussi l'idée que le droit ne fait pas partie du système politique, mais de la communauté sociétale qui est le système chargé de l'intégration sociale, du fait justement de son rôle dans celle-ci : *infra*, partie I, titre II, chapitre 2, section 1.

¹⁰⁸⁰ Le paradoxe du système politique réside dans le fait que ces décisions lient non seulement la collectivité, mais également l'État.

démocratie politique, car l'administration bureaucratique étatique, avec ses exigences sur la séparation des intérêts personnels du fonctionnaire de la charge qu'il occupe, demeure ainsi à l'écart des pressions trop directes de l'environnement.

La fonction, les programmes et le code du droit sont fondamentalement différents. La fonction du système juridique est de stabiliser les attentes normatives collectives et individuelles dans le temps. Le système juridique utilise pour ce faire des programmes conditionnels, composés de normes primaires et secondaires, et des concepts élaborés dans la dogmatique juridique notamment, qui sont appliqués dans les décisions juridiquement régulées, en fonction du code légal/illégal.

Suivant le processus de différenciation fonctionnelle qui a séparé le système juridique et le système politique, il appartient au gouvernement de faire réaliser les buts matériels de nature politique, économique, morale ou autre. Transposés dans le droit, ces programmes de finalités élaborés dans le système politique deviennent des programmes conditionnels¹⁰⁸¹, car c'est la législation qui doit « transformer intérêts et attentes en droit »¹⁰⁸². Toutefois, dès que les intérêts et les buts collectifs sont transformés en lois, c'est le système juridique qui en gère l'application. À cette étape, les tribunaux prennent le relai et rendent des décisions juridiquement régulées sur la base de programmes conditionnels, et non de programmes de finalités.

Étant donné les liens étroits qui existent entre les systèmes juridique et politique, la différence dans la structure de programmes des deux systèmes n'est pas toujours reconnue et respectée, ce qui crée beaucoup de confusion au niveau théorique et pratique. L'ignorance des incompatibilités fondamentales entre les structures programmatiques des

¹⁰⁸¹ J. CLAM, préc., note 125, p. 46 : L'une des stratégies fonctionnelles du droit est de « délester » le système administratif des influences et tentatives de contrôle par les sous-systèmes de finalités situés dans son environnement (éthique, politique, religieux).

¹⁰⁸² *Id.*

deux systèmes a un impact négatif au niveau des performances du système juridique, du fait qu'elles sont évaluées selon la capacité du système à mettre en œuvre avec succès les programmes de finalités élaborés dans le système politique.

Deux facteurs influencent particulièrement les relations entre le système politique et le système judiciaire. Le premier est l'institutionnalisation des droits fondamentaux dans des documents constitutionnels. Ce facteur a eu pour effet de déplacer le centre de médiation des conflits sociaux, de l'arène politique au cadre judiciaire. Déchargé de la tâche de former un consensus sur ces questions qui touchent les fondements de la cohésion sociale, le système politique peut se concentrer sur la poursuite des buts collectifs qui ne mettent pas en cause les assises de l'ordre social, et sur lesquels un *modus vivendi* est plus facilement atteignable. Le deuxième facteur est la mainmise du système politique sur la législation. Dans sa fonction de produire des décisions qui lient la collectivité, le système politique utilise principalement la législation et la réglementation, deux outils qui relèvent également du système juridique. Or, l'emprise du système politique sur le mode dominant de production du droit (et la seule source légitime du droit dans les régimes démocratiques) est devenue un problème pour le système juridique. Par son emploi malhabile et excessif de la législation, le système politique cause des irritations importantes dans le système juridique que celui-ci a du mal à gérer; les législations sont en effet souvent rédigées à la hâte et s'intègrent difficilement dans le *corpus* légal existant¹⁰⁸³. L'inflation des lois est donc une source majeure d'irritation du système juridique alors que paradoxalement, la conception classique du droit veut que la législation porte en elle le symbole de la validité juridique. Les législations modernes ne contiennent plus de normes formulées à un niveau suffisamment abstrait et général pour être en mesure de régler un nombre appréciable de problèmes ou de s'appliquer dans des situations diverses. En conséquence, les juges doivent prendre plus de libertés face à l'interprétation législative et élargir l'étendue de la discrétion judiciaire.

¹⁰⁸³ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 132.

L'inflation législative modifie aussi la structure normative du système, en déformant l'architectonique du système juridique basée sur des programmes conditionnels, ce qui ne sert pas la cause du droit, au contraire. Dans l'optique du système politique qui gère la législation dans les sociétés différenciées, c'est le droit qui doit s'adapter à la société et non l'inverse; d'ailleurs, les critiques adressées au droit à ce sujet portent sur le fait qu'il soit « toujours en retard sur la société »¹⁰⁸⁴. On peut dire que le système politique représente d'ailleurs une menace constante de dédifférenciation pour le système juridique, et il est même surprenant selon Luhmann que, dans de telles conditions, le droit puisse continuer à remplir sa fonction au niveau du système social¹⁰⁸⁵.

Ces excès de mobilisation du droit entraînent aussi paradoxalement l'émergence de mouvements vers la délégalisation et la déréglementation, qui font fausse route tant en théorie qu'en pratique, car dans une société fonctionnellement différenciée, aucun sous-système fonctionnel ne peut adéquatement en remplacer un autre¹⁰⁸⁶. Les équivalents fonctionnels ne peuvent en effet être trouvés qu'à l'intérieur du système, car bien qu'agissant comme substituts, ils ont le même objectif fonctionnel. S'il existe des remèdes aux problèmes sociaux en dehors du droit, seulement le droit peut remplir la fonction du droit.

La différenciation fonctionnelle entre le droit et la politique a tout de même été bénéfique pour le système social global. Elle a notamment permis à ces deux systèmes de parfaire leur autonomie en augmentant leur complexité interne afin de mieux remplir leur fonction respective. Ce faisant, les deux sous-systèmes ont alloué un maximum d'espace et de libertés pour les couplages structurels avec les autres sous-systèmes sociaux. Aussi, en se différenciant, chaque système devenait plus en mesure d'offrir un soutien aux opérations

¹⁰⁸⁴ H. S. Maine faisait également ce commentaire dans *l'Ancien Droit* : H. S. MAINE, préc., note 449.

¹⁰⁸⁵ N. LUHMANN, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", préc., note 305, p. 119.

¹⁰⁸⁶ *Id.*, p. 120.

de l'autre. Par exemple, le droit n'a plus à s'occuper de l'exécution de ses décisions, tandis que le système politique peut déléguer au droit la question de l'interprétation des paramètres constitutionnels. En outre, le droit est un instrument essentiel pour la mise en application des objectifs politiques; de fait, sans l'apport du droit, le système politique n'aurait pu prendre la place importante qu'il occupe dans la société moderne différenciée¹⁰⁸⁷.

C'est notamment grâce au droit que le système politique a pu s'imposer au sein de l'appareil étatique au point de le dominer presque entièrement. Sans le droit, il ne serait pas possible de « faire de la politique »¹⁰⁸⁸, c'est-à-dire de faciliter et de réaliser par la législation les décisions prises dans le système politique qui ont pour effet de lier la collectivité. C'est aussi grâce à la différenciation du droit et du système politique que le système social a pu introduire une séparation entre les composantes normatives et les autres formes de légitimation de l'ordre social. Au nombre des difficultés générées par la distanciation des deux fonctions figure cependant la perte de la cohérence dans la prise de décisions politiques au fil du temps. Fonctionnant selon son propre code et son propre système de communications, le système juridique n'est plus en mesure de fournir de manière constante et continue une intégration harmonieuse et cohérente dans le droit des nouvelles règles décidées dans le système politique¹⁰⁸⁹.

Malgré les progrès de la différenciation fonctionnelle, la vision impérialiste du système politique à propos du droit, considéré comme un instrument au service du premier, demeure. Si la science politique reconnaît l'existence d'une séparation entre le processus de

¹⁰⁸⁷ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 370.

¹⁰⁸⁸ *Id.*

”Making politics means deciding politically which law is to be valid law (or, parallel to this, how to spend politically allocated funds). Without this, politics as a system would collapse”.

¹⁰⁸⁹ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 240.

création du droit (incarné par la législation) et celui d'application du droit, cette conception implique toujours une hiérarchie naturelle entre le premier et le deuxième. De plus, la conception anachronique qui limite la notion de « droit » à l'ensemble des lois adoptées par le législateur persiste, en dépit du simplisme de cette caractérisation. Il faut admettre que ce schéma fournit une légitimité apparente aux nombreuses règles, décisions, et politiques qui dérivent de l'activité législative et qui régissent l'ensemble des activités de l'administration publique. Cette conceptualisation sert aussi de prétexte à la centralisation des pouvoirs politiques et juridiques dans les mains de l'organisation étatique. La doctrine de la séparation des pouvoirs appuie complètement cette forme d'ordonnement des pouvoirs publics au sein des états modernes, lequel subsume l'ensemble de ces pouvoirs dans la finalité de l'administration. Dans le prochain chapitre, il sera question de l'effet de la bureaucratisation de l'État sur l'administration de la justice et de la subsistance des formes de la justice patrimoniale dans l'État moderne.

CHAPITRE 2 LA BUREAUCRATISATION DE LA JUSTICE

À l'aube de la modernité, la justice va s'affranchir de la tutelle patrimoniale. Les juges sont les premiers fonctionnaires publics à obtenir un statut protégé au sein de l'administration patrimoniale. L'affaiblissement du pouvoir monarchique et la bureaucratisation des fonctions administratives rattachées au pouvoir patrimonial exerçant une domination traditionnelle sont les deux facteurs principaux de l'émancipation et de l'autonomisation de la justice.

Nous avons déjà constaté que les premiers pas de la différenciation de la fonction de justice présentent plusieurs similitudes dans les deux systèmes emblématiques de la tradition juridique occidentale, puisque tant les cours de *common law* que les parlements français sont issus de la *curia regis*¹⁰⁹⁰. Le rapprochement entre les deux systèmes ne s'arrête pas là. La bureaucratisation de l'administration patrimoniale a eu des conséquences similaires pour la fonction de juger dans les deux systèmes juridiques. Comme l'a souligné Spencer, la fonction de justice de la « structure triple et une » du corps primitif est administrée dès la fin du Moyen Âge par des personnes désignées en raison de leurs connaissances spécialisées¹⁰⁹¹. Cette délégation de la fonction de justice à une classe de spécialistes s'est produite à peu près à la même période et suivant un processus semblable en Angleterre et en France. La formation spécifique des magistrats et la spécialisation de leurs fonctions ont contribué à faire naître au sein de ce groupe une conscience de classe qui a été déterminante pour l'autonomisation de la fonction judiciaire.

Une autre ressemblance entre les deux systèmes découle de la formation d'une alliance entre les classes bourgeoises et la monarchie à l'encontre de l'aristocratie. Cette alliance a permis l'éradication des droits privilégiés auxquels l'aristocratie était très attachée et qui constituaient un obstacle important à l'universalisation du droit objectif. Cette

¹⁰⁹⁰ *Supra*, partie III, titre I, chapitres 2 et 3.

¹⁰⁹¹ *Supra*, partie II, titre I, chapitre 1, sous-section 1.2.

alliance a eu des effets beaucoup plus importants que prévu sur les droits monarchiques, car il a favorisé l'accroissement du pouvoir populaire et ultimement l'affaiblissement du pouvoir royal.

À ces deux premiers facteurs que sont la formation d'une classe spécialisée de juristes et la limitation du pouvoir monarchique, s'ajoute un autre élément qui a entraîné des changements au niveau du statut des juges : la sédimentation graduelle d'une administration publique bureaucratique. Ce facteur d'évolution a été facilité par l'institutionnalisation d'un système légal universaliste qui prescrit les conditions d'éligibilité aux postes dans la bureaucratie et implante des mécanismes réduisant les capacités d'influence des groupes d'intérêts sur l'issue des décisions émanant de cette même bureaucratie¹⁰⁹². La bureaucratie moderne ne peut en effet s'installer et croître que dans une société où le droit est établi à un niveau suffisamment général et universaliste pour garantir l'indépendance de l'« office » en ce qui concerne les intérêts personnels et de classe des individus occupant les postes bureaucratiques.

Le développement de l'État bureaucratique va contribuer à la mise en place d'un système judiciaire différencié des autres modes d'exercice du pouvoir dans la société, et notamment de l'influence du système politique. Aussi, en séparant l'autorité de l'« office » et son mode de financement, l'organisation bureaucratique pose les premières pierres de la fondation d'un système de justice qui est moins redevable de ses décisions devant les pouvoirs politiques.

Section 1 La routinisation de l'administration patrimoniale

La routinisation de la domination patrimoniale est l'une des causes principales de l'implantation de l'organisation bureaucratique. Lorsque le grand conseil du roi s'élargit, puis se divise et se spécialise en fonctions diversifiées, c'est l'ensemble de l'administration

¹⁰⁹² T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 351.

patrimoniale qui s'en trouve modifiée. Avec le temps, la spécialisation et la routinisation des fonctions de l'administration patrimoniale finissent par avoir raison des liens de subordination absolue que les fonctionnaires royaux entretiennent avec l'autorité patrimoniale¹⁰⁹³. C'est de cette façon que naît l'administration bureaucratique en tant que routinisation de la domination charismatique¹⁰⁹⁴ et résultante en Occident de la « concurrence, entre États particuliers, pour la puissance au moyen d'une *administration rationnelle* (c'est-à-dire bureaucratique) et l'alliance, conditionnée par des raisons fiscales, avec les intérêts capitalistes »¹⁰⁹⁵.

Les thèses de Weber sur le développement de la bureaucratie par l'institutionnalisation de l'autorité rationnelle légale sont d'une grande utilité pour comprendre l'impact de la transformation de l'administration patrimoniale sur la fonction de justice. Elles montrent à quel point le modèle d'autorité basé sur la légitimité traditionnelle, qui fondait les administrations patrimoniales, été obligé de se modifier en profondeur pour aboutir au modèle d'autorité de type rationnelle-légale.

¹⁰⁹³ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 259 : « Avec routinisation, le groupement de domination charismatique débouche largement sur les formes de la domination quotidienne [*Alltagsherrschaft*], patrimoniale (en particulier par un ordre) ou bureaucratique. ».

¹⁰⁹⁴ *Id.*, p. 272-273 :

« Enfin et surtout, la réalité historique consiste en une lutte constante, la plupart du temps latente, entre le détenteur du pouvoir et la direction administrative en vue de l'appropriation ou de l'expropriation de l'un ou de l'autre. Furent décisifs pour la quasi-totalité du développement de la civilisation : 1) L'issue de cette lutte en tant que telle; 2) Le caractère inhérent à cette strate de fonctionnaires qui aide le détenteur du pouvoir à sortir vainqueur de la lutte contre les pouvoirs, féodaux et autres, précédemment appropriés : lettrés rituels, clercs, clients purement laïcs, ministériels, lettres de formation juridique, fonctionnaires des finances spécialisés, notables privés [...]. Une bonne partie de l'histoire, non seulement celle de l'administration mais aussi celle de la civilisation, se résume en luttes et processus de ce genre ».

¹⁰⁹⁵ *Id.*, p. 266.

Le développement de l'organisation bureaucratique a été identifié par Parsons comme l'un des seuils évolutifs dans le développement des sociétés modernes. Parsons s'est d'ailleurs servi de l'idéaltype de Weber sur l'institutionnalisation de l'« office » pour démontrer l'importance de ce développement. Les quatre composantes principales identifiées par Weber dans la formulation de son type idéal sont : 1) la séparation du cout de l'office, du poste ou de la charge, de la propriété ou du contrôle arbitraire du chef de l'organisation, 2) l'occupation de la charge en fonction de règles abstraites et impersonnelles non liées à la direction hiérarchique, 3) la compétence comme seul et unique critère de nomination des titulaires du poste ou de la charge 4) l'existence de procédures formelles et communicables encadrant l'accomplissement du travail et la prise de décision¹⁰⁹⁶.

La première composante de cet idéaltype requiert que le critère d'éligibilité de l'office soit complètement indépendant des intérêts privés de l'individu qui la tient, ou de l'intérêt de sa classe. Cette indépendance ne peut être assurée que par le contrôle extérieur des sources de financement public, lesquelles doivent être entièrement monétaires¹⁰⁹⁷. Selon Weber, le mode de rémunération est un facteur qui peut favoriser la soumission ou l'indépendance du titulaire de la charge. L'une des conditions essentielles formulées par Weber dans sa conceptualisation de la bureaucratie comme support de la domination légale

¹⁰⁹⁶ *Id.*, p. 226-227. R. BENDIX, préc., note 49, p. 424-425. La bureaucratie correspond à la rationalisation extrême de l'administration, qu'elle soit privée (foyer, entreprise) ou publique (gouvernementale, paragouvernementale). Le modèle wébérien caractérise de fait l'ensemble des grandes organisations publiques et privées des sociétés modernes. La bureaucratie dans son type le plus pur n'est possible que dans une domination de type rationnelle légale. Le rapprochement conceptuel entre les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire telles que définies par la Cour suprême du Canada (inamovibilité, sécurité financière et contrôle administratif), et les éléments du modèle wébérien de l'organisation bureaucratique est évident.

¹⁰⁹⁷ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 348. M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 227.

rationnelle est l'absence de titre de propriété sur l'« office » bureaucratique et le financement indépendant de la charge publique¹⁰⁹⁸.

Avant l'Acte d'Établissement de 1701, la rémunération des juges anglais était tributaire du trésor personnel du roi. En imposant la fixation des salaires et émoluments des juges par une loi du Parlement, le droit anglais intégrait une composante essentielle de l'institutionnalisation de l'« office », la séparation du coût de l'office du contrôle arbitraire du chef de l'organisation. Dans la France d'Ancien Régime, les juges des cours souveraines ne font pas partie de la maison royale; ils sont propriétaires de leur charge judiciaire qu'ils peuvent céder ou transmettre en héritage. Les magistrats sont rétribués par les justiciables qui doivent payer les épices pour avoir accès à la justice. La propriété personnelle des offices judiciaires constitue un frein à l'émancipation et à l'indépendance de la justice. Malgré des tentatives au XVIII^e siècle pour changer cet état de fait, seule la Révolution aura raison de la patrimonialité des offices judiciaires¹⁰⁹⁹.

L'autre facteur qui influe sur l'indépendance du titulaire de l'office est l'importance des rôles sociaux de l'individu qui occupe la charge. L'un des éléments clés de l'organisation bureaucratique est son fonctionnement indépendant selon des procédures formelles et préétablies. Ces procédures qui encadrent la prise de décision diminuent l'influence des groupes et classes sociales ayant des intérêts dans le résultat des décisions¹¹⁰⁰. La limitation des canaux d'influences au sein de l'administration bureaucratique est donc un minimum vital pour l'institutionnalisation de l'office. Le principe d'impartialité qui s'impose au juge vise justement à réduire les influences

¹⁰⁹⁸ M. WEBER, *Économie et société*, préc., note 42, t. I, p. 235-236 ; J. FREUND, *Études sur Max Weber*, préc., p. 218.

¹⁰⁹⁹ B. GARNOT, préc., p. 90.

¹¹⁰⁰ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 348. De fait, la division du travail, la description des fonctions et les conditions d'éligibilité de la bureaucratie doivent idéalement être régies par des normes universalistes, ce qui n'est pas nécessairement le cas, même dans les sociétés les plus développées.

extérieures qui pourraient influencer sur les prises de décisions. Ces exigences minimales pour le développement de la bureaucratie furent plus difficiles à institutionnaliser en Angleterre que sur le Continent, faute notamment de l'appui de l'aristocratie et des obstacles que cette classe a mis pour bloquer son développement¹¹⁰¹.

Bien que le modèle bureaucratique ait été instauré de manière plus globale dans les systèmes juridiques du Continent, les pays de *common law* ne sont pas demeurés en reste sur ce chapitre en ce qui concerne l'administration de la justice¹¹⁰². Paradoxalement, la grande résistance qu'a opposée l'administration anglaise à la bureaucratisation n'a pas empêché le développement d'une conscience de classe au sein de la magistrature judiciaire. Dans le prochain chapitre, nous allons voir que malgré le maintien du caractère patrimonial de la justice anglaise sous plusieurs aspects, ceci ne constituera pas un frein à l'autonomisation du système judiciaire au sein de l'administration étatique, ni un empêchement au plein épanouissement de l'idée d'indépendance judiciaire.

Section 2 La pérennité de la justice patrimoniale dans la tradition britannique

Nous avons déjà mentionné la conception wébérienne de l'administration qui comprend trois éléments : la création du droit, la découverte du droit et ce qui n'appartient à aucune des deux premières catégories, c.-à-d. le gouvernement. Au départ, il y a deux

¹¹⁰¹ T. PARSONS, "Evolutionary Universals in Society", préc., note 24, p. 348. Ce frein au développement de la bureaucratie a été mené de façon particulièrement efficace par les classes aristocratiques et bourgeoises anglaises, retardant l'instauration d'une véritable administration publique bureaucratisée en Angleterre. Ce qui n'a pas empêché par ailleurs ce pays de mettre sous forme de règles les conditions minimales visant la séparation du titulaire de la charge judiciaire de ses autres rôles politiques et sociaux (y compris de l'autorité qui le nomme) et d'assurer un financement indépendant de l'administration patrimoniale.

¹¹⁰² En ce qui concerne la progression de l'application du modèle bureaucratique au statut de la magistrature et à l'administration de la justice en général, certaines différences persistent entre les deux grands systèmes juridiques par rapport à la rapidité avec laquelle les quatre composantes ont été instaurées. L'un des points de dissonance les plus frappants est certainement la persistance du modèle patrimonial en ce qui a trait au mode de nomination des juges. Dans la vaste majorité des pays de *common law*, la nomination des juges judiciaires relève principalement de l'autorité politique, qui exerce ce pouvoir selon un modèle foncièrement « patrimonial ». Qui plus est, ce processus est souvent occulte et n'engage pas la responsabilité du gouvernement.

processus bien distincts, l'administration et la découverte du droit, car la création du droit et l'administration sont fusionnées. Selon Weber, l'union ou plutôt l'absence de barrière entre les trois fonctions (création du droit, découverte du droit, administration) a donné lieu à deux types de systèmes. Dans le premier cas, la découverte du droit prend le caractère de l'administration et fonctionne sans formalités précises et selon des considérations d'équité dictées par l'autorité¹¹⁰³. L'autre type est le procès, que l'on trouve dans le système anglais, où la découverte du droit est exercée par des entités séparées de l'administration patrimoniale.

Dans la perspective wébérienne, le développement des formes du droit est inextricablement lié à la lutte pour le contrôle des trois éléments de l'« administration » que sont la création du droit, la découverte du droit et le gouvernement¹¹⁰⁴. Dans le type patrimonial de l'administration, il n'y a pas de démarcation ferme entre droit privé et droit public, entre prétentions subjectives et droit objectif, car les pouvoirs de commandement viennent des privilèges du chef de l'État, de sa prérogative¹¹⁰⁵. De plus, comme la fonction de justice est l'une des deux missions du souverain, il est normal que dans les faits, « l'application » du droit soit confondue avec sa « création » et avec l'administration du royaume proprement dite. Il se produit donc une sorte d'amalgamation naturelle entre la création du droit, la découverte du droit et le gouvernement, entre la *iurisdictio* et le *gubernaculum*¹¹⁰⁶ qui se retrouvent fusionnés dans la monarchie patrimoniale et qui vont se différencier à nouveau de manière progressive au cours du Moyen Âge¹¹⁰⁷. Le droit

¹¹⁰³ Selon Weber, la procédure inquisitoriale se rapproche de ce type : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 31.

¹¹⁰⁴ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 29.

¹¹⁰⁵ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 28 : Lorsque l'ensemble des prétentions subjectives est réuni dans la finalité de l'administration, il n'y a pas de droit à proprement parler, car celui-ci se dissout dans le gouvernement. Là aussi, il s'agit d'une situation qui n'a jamais existé totalement.

¹¹⁰⁶ H. BRACON, préc., note 773.

¹¹⁰⁷ *Supra*, titre I, chapitres 2 et 3.

confondu dans la notion de *jurisdictio* est un élément encore indivisible qui est attribué au roi en tant que charge divine¹¹⁰⁸.

L'administration publique anglaise a mis beaucoup de temps à se débarrasser de ses caractéristiques patrimoniales. Le Royaume-Uni, dont la monarchie constitutionnelle était au départ une monarchie de type patrimonial, n'a pas connu de rupture similaire à celle ayant mis fin à l'Ancien Régime de la monarchie française. La tradition juridique du Royaume-Uni a conservé plusieurs pouvoirs qui relèvent de l'exercice de la prérogative royale. L'histoire de la justice patrimoniale et de ses mutations explique d'ailleurs, du moins en partie, le développement de la prérogative royale sur le plan de la responsabilité délictuelle. Ainsi, dans son ouvrage faisant office de référence sur le sujet, Chitty écrit, en s'appuyant sur Blackstone, que le pouvoir des tribunaux de rendre la justice est une émanation de la prérogative royale. Les diverses immunités dont bénéficie toujours et encore la Couronne devant la justice sont une application du maintien de cette prérogative qui dérive du principe général que le Souverain est source de toute justice¹¹⁰⁹ et qu'il ne peut, de ce fait, être assujéti à ses propres tribunaux¹¹¹⁰. Les tribunaux canadiens réfèrent de manière régulière à ce principe de droit qui est bien ancré dans notre système juridique.

¹¹⁰⁸ Mais comme le rappelle Bracton, cela n'autorise par le roi à ne pas se soumettre au droit qui s'impose à lui comme au peuple ; seul le gouvernement lui est réservé de façon exclusive : H. BRACTON, préc., note 773.

¹¹⁰⁹ Joseph.CHITTY, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, London, Butterworth and Son, 1820, p. 7:

“As the *fountain of justice*, and administrator of the laws, **all judicial power is supposed to be derived from the Crown**; and though the King himself possesses none, yet he appoints those by whom it is exercised, and constitutes courts and offices.” (Notre mise en évidence)

¹¹¹⁰ *Id.*, p. 339:

“For all judicial proceedings and writs must be in the King's name as the fountain of justice: and it would be absurd that the King should command or require another to command himself: **independently of its being contrary to the constitutional idea of the King, to imagine that he is subject to the control and command of any of his own courts**” (Notre emphase).

L'immunité des juges judiciaires est aussi une extension de l'immunité de la Couronne face aux poursuites judiciaires¹¹¹¹.

C'est aussi en raison de cette prérogative résiduelle de la Couronne qu'il ne peut y avoir d'exécution forcée¹¹¹², de mesure provisionnelle ou de recours extraordinaire contre la Couronne provinciale ou fédérale, à moins que ces procédures ne soient autorisées par la loi¹¹¹³. Dans le même ordre d'idées, l'immunité délictuelle de la Couronne découle, selon un auteur, « du rapport intime qui existait, avant le XVIII^e siècle, entre le souverain et les tribunaux. Cette immunité est aussi fondée, du moins en partie, sur la réticence à assujettir le souverain à la compétence de ses propres tribunaux »¹¹¹⁴. La justice canadienne est encore aujourd'hui une justice qui émane du souverain en tant que titulaire du pouvoir exécutif¹¹¹⁵.

¹¹¹¹ Proulx c. Québec (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 9.

¹¹¹² *Choken c. Bande indienne de Lake St. Martin*, 2004 CAF 248, au paragraphe 23 : « Il est bien établi en droit que les fonds publics échappent à toute ordonnance de saisie-arrêt, sauf disposition législative expresse à l'effet contraire. Voir l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pages 116 à 118, la juge Wilson ».

¹¹¹³ L'article 94.2 du *Code de procédure civile*, L.R.Q. chapitre C-25 interdit toute mesure provisionnelle ou recours extraordinaire à l'endroit du gouvernement. L'article 94.9 du *C.p.c.* rend inapplicables au jugement rendu contre le Procureur général du Québec les articles du Code sur l'exécution des jugements (cf. les articles 543 à 553, et 568 à 732). L'article 29 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, (L.R.C. (1985), ch. C-50), prévoit que : « Les jugements rendus contre l'État ne sont pas susceptibles d'exécution forcée ». Le paragraphe 30(1) de la même loi stipule toutefois que le ministre des Finances voit au paiement de toute somme d'argent accordée à une personne par jugement contre l'État, sur réception d'un certificat règlementaire. La Règle 474 des *Règles des Cours fédérales* autorise la délivrance d'un certificat de jugement qui est transmis au bureau du sous-procureur général du Canada pour voir au paiement de la condamnation s'il y a lieu.

¹¹¹⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *La Couronne en droit canadien*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 358. Dans l'affaire *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada* (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1993] 3 F.C. 28, la Cour d'appel fédérale rappelle le principe général de la responsabilité de l'État, qui est conditionné par un autre principe voulant que toute compétence (juridiction) émane du Souverain :

« Tout examen de la responsabilité juridique de ceux qui agissent pour le compte de l'État est fondé (ou du moins, était fondé, jusqu'en 1982) sur la prémisse constitutionnelle voulant que **le souverain est la source et la fontaine de justice et que toute compétence émane de lui** ». (Notre mise en évidence).

¹¹¹⁵ *R. v. Cullen*, [1949] S.C.R. 658. Aussi, dans *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, le juge Beetz rappelle que la sommation est un ordre délivré au nom de la Souveraine qui est « la source de toute

D’ailleurs, jusqu’à tout récemment, les actions en justice commençaient par un bref émis au nom du souverain¹¹¹⁶. Le roi a délégué entièrement sa prérogative de rendre la justice aux juges qu’il a nommés¹¹¹⁷. Bien sûr, le principe de la souveraineté parlementaire qui est, lui aussi, bien ancré dans notre système juridique fait en sorte qu’il est toujours possible d’abroger les prérogatives royales ou de les restreindre¹¹¹⁸.

Le changement de statut des juges des cours supérieures a été l’une des premières manifestations de la diminution progressive de la prérogative royale sur la révocation des fonctionnaires publics, que l’on désignait autrefois en tant que « servants of the Crown », et qui sont devenus dans le jargon moderne, les « civil servants »¹¹¹⁹. C’est d’ailleurs pour limiter le pouvoir du monarque dans l’exercice de cette prérogative (dont les rois Stuart ont fait un usage abusif) que le Parlement anglais adoptera une loi en 1701 pour soumettre la révocation des juges, ainsi que la question de leurs traitements et émoluments, à l’approbation du Parlement. L’Acte d’Établissement est donc ni plus ni moins que l’affranchissement des juges des cours supérieures du giron de la prérogative royale. Les

justice » (par. 48). Également, dans *Dagenais c. Radio-Canada*, le juge La Forest, réfère au rôle traditionnel exercé par les juges des tribunaux de la Reine :

« Le fait que la règle en vertu de laquelle elle a été rendue est d’origine prétorienne n’importe pas. **L’élaboration de telles lois procède du rôle historiquement attribué aux juges nommés par la Reine. Ceux-ci exerçaient des pouvoirs découlant du souverain à titre de source de la justice** ». (Notre mise en évidence)

¹¹¹⁶ Art. 110 du *Code de procédure civile*, L.R.Q. chapitre C-25: « À moins qu’il n’en soit autrement prescrit, une action commence par un bref d’assignation au nom du Souverain ». Cet article 110 a été modifié en 2002. Le Code de procédure civile prévoit maintenant que les demandes en justice sont introduites par requête (article 110). Mais si cette disposition particulière du Code de procédure civile québécois a été modifiée, la prérogative royale concernant la justice n’a pas été abolie pour autant.

¹¹¹⁷ J. CHITTY, *Prerogatives of the Crown*, préc., note 1109, p. 76:

“The courts of justice, therefore, though they were originally instituted by royal power, and can only derive their foundation from the crown, have, respectively, gained a known and state jurisdiction, and their decisions must be regulated by the certain and established rules of law ”

¹¹¹⁸ *Breckenridge Speedway Ltd. et al. c. R.*, [1970] R.C.S. 175.

¹¹¹⁹ Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5th edition, University of London Press, 1959, p.202.

autres fonctionnaires de l'administration demeurent soumis à l'exercice de cette prérogative et continuent d'occuper leur poste selon le bon plaisir de souverain¹¹²⁰.

Même si les juges ont acquis un statut différent par l'Acte d'Établissement, ils sont toujours nommés en vertu de la prérogative royale et rendent la justice au nom du souverain. Comment peut-on concilier cette continuité de la justice patrimoniale avec la différenciation du droit et du système judiciaire qui a conduit à la séparation de la création du droit et de l'application du droit en deux processus distincts et indépendants? Une façon de contourner ce paradoxe est d'examiner la question sous l'angle oblique de la sociologie et à travers le prisme de l'analyse systémique. Ce sera l'objet des prochains chapitres de cette thèse.

¹¹²⁰ I. JENNINGS, préc., note 1119, p. 202. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, préc., p. 105. Henry L. MOLOT, « Employment during Good Behaviour and at Pleasure », (1986) 2 *Canadian Journal of Admin. Law & Practice* 238. La prérogative de la Couronne sur l'embauche et le renvoi des fonctionnaires publics a été grandement restreinte au Canada depuis la deuxième moitié du 20^e siècle par des lois du Parlement et des législatures provinciales. Ces changements dans la nature des liens qui unissent l'ensemble des fonctionnaires publics et l'État, mais aussi l'ensemble des employeurs privés et les travailleurs, sont également le résultat de l'institutionnalisation du modèle bureaucratique de l'administration privée et publique. La cause primaire de ces mutations est la progression du contrat par rapport au statut dans l'évolution des sociétés occidentales. Pour ce qui est de la fonction publique, les règles de *common law* qui régissaient le lien d'emploi ont été progressivement remplacées par des règles contenues dans les conventions collectives et dans les lois particulières. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a précisé qu'il fallait distinguer le titulaire d'une charge publique au fonctionnaire lié par un contrat d'emploi. Pour ce dernier, c'est le droit contractuel qui s'applique au règlement des différends en cas de renvoi de la fonction publique (voir les paragraphes 81 et 82).

CHAPITRE 3 LA PLACE DU SYSTÈME JUDICIAIRE

Les observations générales sur le fonctionnement des systèmes établissent que la différenciation interne est une condition de la différenciation externe du système et se produit en même temps que celle-ci¹¹²¹. L'examen du processus de différenciation du droit confirme ces observations, car il démontre que la différenciation interne du système¹¹²² s'est opérée en même temps que la différenciation du système juridique dans le système social.

Au niveau externe, c'est par l'établissement de frontières entre lui-même et son environnement que le système juridique a pu réduire la complexité des communications venant du système social, tout en accroissant sa complexité interne¹¹²³. Nous avons déjà traité précédemment du premier grand mouvement de différenciation externe du système juridique, soit la sécularisation du droit. Pendant que le droit se différenciait au niveau externe en se sécularisant, il se différenciait au niveau interne en divisant la *iurisdictio* en deux modes de production du droit : la législation et la juridiction¹¹²⁴. Le contrat fonction s'est ajouté à ces deux autres formes après les révolutions bourgeoises qui ont mis au ban les droits privilégiés. La différenciation interne du système juridique s'est d'abord faite sur la base d'une inégalité entre les sous-systèmes (législation et jugement, juges et avocats). Cette inégalité existe toujours en ce qui concerne les relations entre la législation et le jugement, de même que pour celles entre les juges et les avocats¹¹²⁵.

¹¹²¹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 274. Les formes de différenciation d'un système peuvent être multiples et être à la fois fondées sur l'égalité ou l'inégalité.

¹¹²² Il ne faut pas confondre ici la différenciation interne du système juridique avec les distinctions faites dans la dogmatique juridique entre le droit public et le droit privé, le droit administratif et le droit constitutionnel, ni celles qui sont apparues avec le positivisme juridique entre le droit judiciaire (*judge-made law*) et le droit législatif (*statute law*) : N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 275.

¹¹²³ On entend par complexité interne, le fait de permettre un plus grand nombre de possibilités par la diversification des structures systémiques.

¹¹²⁴ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 275.

¹¹²⁵ Dans le cas des avocats et notaires, il s'agit d'une différenciation segmentaire.

Dans son dernier ouvrage sur le système juridique, Niklas Luhmann consacre un chapitre aux cours de justice et à leur fonction au sein du système juridique. Partant de la séparation de la *iurisdictio* et de sa recomposition dans les deux principaux modes de production du droit que sont la législation et le jugement, Luhmann démontre, à travers l'évolution du droit et sa différenciation interne, de quelle manière le jugement a pris une place centrale dans le système juridique¹¹²⁶. Selon la thèse développée par Luhmann, la place « à part »¹¹²⁷ du système judiciaire résulte d'une différenciation centre/périphérie, laquelle a succédé à la différenciation hiérarchique qui prévalait depuis l'avènement de la notion, à la fois juridique et politique, de souveraineté. Cette forme de différenciation aurait été provoquée par l'effet combiné de la prohibition du déni de justice¹¹²⁸, et de la structure programmatique conditionnelle des décisions juridiquement régulées.

Dans le prochain chapitre, nous verrons que, suite à l'évolution de la structure sociale vers la différenciation fonctionnelle, le système judiciaire est passé d'un axe de différenciation hiérarchique vis-à-vis de la loi, à une différenciation centre/périphérie¹¹²⁹. C'est la différenciation fonctionnelle qui a provoqué le remaniement des modes d'interactions entre les sous-systèmes qui prennent part à la réalisation des programmes juridiques. C'est dans le cours de ce changement important que le système judiciaire se

¹¹²⁶ Ce repositionnement de la fonction de juger est concomitant à la survenance de deux éléments importants de l'évolution sociale qui ont été traités dans les deux chapitres qui précèdent, soit la division des pouvoirs étatiques et la montée de la bureaucratie organisationnelle. À ces deux facteurs sociohistoriques vient s'ajouter le principe juridique de la prohibition du déni de justice.

¹¹²⁷ Martin L. FRIEDLAND, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, Ottawa, Édition Groupe communication Canada, 1995, à la p. xiii.

¹¹²⁸ Il s'agit du principe en vigueur dans tous les systèmes de droit qui oblige les tribunaux judiciaires à rendre une décision fondée sur le droit, même dans le cas d'une absence totale de règles juridiques régissant le litige qui leur est soumis : *infra*, Section 2.

¹¹²⁹ Ce modèle de différenciation s'inspire du schéma utilisé pour expliquer la répartition géographique des centres urbains par rapport aux autres agglomérations de population (cf. Edward SHILS, "From Periphery to Center: The Changing Place of Intellectuals in American Society" dans Bernard BARBER et Alek INKELES (dir.), *Stability and Social Changes*, Boston, Little Brown, 1971). L'étude du développement de l'État moderne centralisé a aussi démontré la popularité de cette forme de différenciation pour l'exercice efficace du pouvoir politique : B. BADIE et P. BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, préc., note 8.

dissocie des autres sous-systèmes du droit, notamment du système législatif, et se déplace vers le centre du système juridique. Bien calé à cet endroit protégé du système, le système judiciaire peut organiser la régulation interne du système juridique, en délimitant les prétentions normatives qui appartiennent au système, des prétentions qui ne se qualifient pas en tant qu'attentes normatives valides juridiquement et qui doivent donc demeurer dans l'environnement du système. La réorganisation fonctionnelle du système juridique pousse les autres formes de création du droit (la législation et le contrat) dans la périphérie du système juridique. À cet endroit, la législation et le contrat sont en contact étroit avec les sous-systèmes sociaux de l'environnement, notamment le système politique et le système économique, puisque c'est dans la périphérie que se situent les lieux privilégiés de couplages structurels avec le système social. Nous examinerons également dans ce chapitre comment le système judiciaire peut préserver son autonomie juridique, malgré l'obligation de juger.

Section 1 Centre et périphérie

L'analyse historique démontre la nécessité de remettre en question la conception du modèle de commandement hiérarchique entre le législateur comme haut lieu de la production du droit, avec, en dessous, la juridiction comme siège de l'application uniforme et égalitaire des normes juridiques¹¹³⁰. Depuis surtout le XIX^e siècle, le modèle de différenciation hiérarchique entre le droit « créé » et le droit « appliqué » a été affaibli par des changements internes au droit. Un de ces changements est l'accroissement du rôle interprétatif des tribunaux judiciaires, qui a même fini par englober la Constitution. Des pressions de plus en plus grandes se sont fait sentir sur les tribunaux judiciaires afin qu'ils rendent des décisions éclairées en adoptant une interprétation juste de la législation. Devant les limitations évidentes de la seule logique déductive comme technique d'interprétation,

¹¹³⁰ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc, note 7, p. 292.

une panoplie de règles d'interprétation législative a été développée par les tribunaux judiciaires pour les aider dans cette lourde tâche, et ainsi éviter les critiques¹¹³¹.

La dogmatique juridique continue toutefois de s'appuyer sur le paradigme de la hiérarchie des sources du droit pour expliquer l'origine du droit et sa force obligatoire. Sur la base de cette hiérarchie des sources, la théorie juridique arrive ainsi à justifier tant bien que mal le mode circulaire de production du droit. De fait, tout est mis en œuvre pour camoufler le rôle créateur du juge. De la théorie de la perfection du système juridique, en passant par la distinction entre la lettre et l'esprit de la loi et la rationalité du législateur, plusieurs techniques juridiques ont été élaborées pour dissimuler la participation active du juge à la production du droit.

La contradiction qui existe entre la réalité du droit et le modèle hiérarchique des liens entre le législateur et les tribunaux judiciaires a aussi donné naissance à des thèses, comme celle du « dialogue » entre le Parlement et les tribunaux judiciaires, pour expliquer la segmentation horizontale des liens entre les deux modes dominants de production du droit¹¹³². La thèse du dialogue vise à justifier d'un point de vue théorique ce qui, de l'extérieur, apparaît comme un déplacement du centre de décisions, du législateur vers les tribunaux. La science juridique aussi s'est imprégnée du discours sur la « montée en puissance »¹¹³³ des juges, sans questionner l'idéologie qui se cache derrière cette

¹¹³¹ On peut même avancer que ces règles d'interprétation législative élaborées par les juges furent les premières manifestations de l'autolégitimation de la fonction judiciaire.

¹¹³² Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)", (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. La dialectique des tribunaux judiciaires est toutefois différente et s'appuie surtout sur le rôle de gardien de la primauté du droit et sur la conception classique du principe de séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire pour justifier le rôle du juge dans la production juridique: *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de l'I.P.E.*, préc.

¹¹³³ Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges: ses manifestations, sa contestation*, préc.

caractérisation de la fonction de juger¹¹³⁴. Les critiques du « gouvernement des juges » trouvent appui sur ce modèle de rapport de commandement entre le législateur, seul détenteur de la légitimité du droit créé démocratiquement, et les tribunaux judiciaires, dont la tâche doit se limiter à celle de « bouche qui prononce les paroles de la loi », pour reprendre les mots célèbres de Montesquieu¹¹³⁵. L'histoire et la réalité du droit démontrent que le modèle hiérarchique est dépassé.

Luhmann s'appuie sur la différenciation centre/périphérie pour expliquer la position des tribunaux judiciaires dans le système juridique¹¹³⁶. La différenciation centre/périphérie n'est pas une forme moderne de différenciation; elle existait avant même la différenciation segmentaire et hiérarchique. Elle est aussi présente dans d'autres sous-systèmes du système social global¹¹³⁷. Selon ce modèle, les tribunaux ont délaissé la position qui les subordonnait entièrement à la législation pour se placer au centre du système juridique. Sur le plan systémique, ce déplacement du centre décisionnel du système juridique, de la législation vers la juridiction, résulte de la progression continue de la différenciation fonctionnelle du droit dans le système social¹¹³⁸. Ce mouvement de différenciation interne est mu par la nécessité de faire face aux besoins immunitaires du système juridique. En ce sens, le déplacement au centre du système juridique doit être considéré comme une sorte de « repli » visant à protéger la vulnérabilité du système nerveux central du droit, l'appareil judiciaire. Dans la périphérie, le système juridique peut se permettre une plus grande

¹¹³⁴ Séverine BRONDEL, Norbert FOULQUIER et Luc HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie : séminaire international, 13 novembre 1998-28 mai 1999*, Université Panthéon-Sorbonne, Centre de recherche de Droit Constitutionnel, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

¹¹³⁵ C.S. DE MONTESQUIEU, préc., note 1047, Livre XI, Chapitre VI. *De la Constitution d'Angleterre*.

¹¹³⁶ Le sociologue commence son étude de la place des tribunaux judiciaires dans le système juridique en posant la question suivante : Quelle est la forme prise par le système judiciaire lorsqu'il se différencie à l'intérieur du système juridique ? : N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 275.

¹¹³⁷ Dans le système économique, la différenciation centre/périphérie a permis aux banques centrales d'assurer un rôle de régulation économique capital, tandis que pour le système politique, c'est l'organe gouvernemental qui est placé au centre, d'où il régule les décisions collectives.

¹¹³⁸ Le point de départ de cette différenciation fonctionnelle était, comme nous l'avons vu, la division du concept de *iurisdictio* ; *supra*, titre II, chapitre 1, section 1.

sensibilité aux exigences des autres sous-systèmes, alors qu'en raison de l'obligation de juger imposée aux tribunaux, les demandes faites à l'appareil central du système sont plus susceptibles d'entraîner des répercussions importantes à l'égard de l'intégrité du système juridique.

Le droit positif est un droit différencié formé par des décisions juridiquement régulées. Il est donc tout à fait logique que la régulation des programmes décisionnels soit confiée à un organe central dans le système juridique fonctionnellement différencié. La fonction de juger acquiert dans le droit positif un rôle de régulation de tous les rouages du système et agit comme une « sorte de centre nerveux » de l'ensemble des mécanismes qui opèrent dans le système¹¹³⁹. Dans un mouvement inverse, mais simultanée, la législation et le contrat ont, eux, cheminé vers la périphérie du système juridique, là où, étant en contact avec les autres sous-systèmes sociaux tels que l'économie et la politique, ils peuvent mieux répondre aux attentes normatives du système social.

Cette théorie sur la nouvelle place occupée par les tribunaux judiciaires dans le système juridique rend obsolète et anachronique la conception traditionnelle d'un rapport de commandement entre la législation et le jugement. Il n'en résulte pas pour autant un renversement des rôles entre les deux pôles de création du droit. De fait, les cours de justice ne font que formuler les conditions dans lesquelles elles peuvent travailler efficacement et de manière crédible et légitime dans le système juridique¹¹⁴⁰. De plus, ce type de différenciation est le seul qui autorise la différenciation additionnelle du centre, que ce soit

¹¹³⁹ Robert JACOB, «La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée. Éléments de synthèse », (1996) 17 *Droit et société* 397, p. 399.

¹¹⁴⁰ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 292.

horizontalement (segments) et verticalement (hiérarchie des tribunaux)¹¹⁴¹. Par contre, dans la périphérie, il n'y a plus de différenciation possible¹¹⁴².

Le changement de modèle pour expliquer les rapports entre la législation et l'appareil judiciaire n'implique pas pour autant qu'il y ait eu un renversement de la différenciation hiérarchique entre la législation et le jugement. Les décisions des cours de justice ne sont pas non plus devenues plus importantes que la législation et il n'y a pas de rapport de commandement hiérarchique qui a été créé entre les tribunaux judiciaires et le législateur. Aucune thèse valable ne vient soutenir la prétention que les tribunaux donnent maintenant des ordres au législateur. La différenciation centre/périphérie du système juridique ne contredit pas non plus les différentes théories sur le pluralisme normatif et l'autoproduction de normes.

La différenciation centre/périphérie permet toutefois de comprendre avec plus de clarté la manière avec laquelle le système judiciaire participe à la clôture normative du système juridique¹¹⁴³. Dans le langage systémique, on peut dire que le système judiciaire est, tout comme le système juridique, un système différencié fonctionnant de manière autopoïétique, c'est-à-dire en circuit fermé au niveau normatif, mais ouvert sur le plan cognitif¹¹⁴⁴. Dans la périphérie, les irritants de l'environnement du système juridique exercent des pressions pour faire reconnaître leurs intérêts, sans toutefois pouvoir

¹¹⁴¹ Les cours de justice sont différenciées horizontalement en fonction des compétences matérielles et régionales et verticalement par la création de juridictions d'appels afin de permettre la correction des erreurs à l'intérieur du système.

¹¹⁴² Bien que la législation déléguée soit verticalement subordonnée à la législation, elle n'en constitue pas un sous-système autopoïétique pour autant.

¹¹⁴³ *Id.*, p. 294.

¹¹⁴⁴ Cette ouverture cognitive est cependant soumise aux règles de preuve qui régissent de manière stricte le type d'information admissible devant les cours de justice. Ces règles placent la procédure judiciaire dans une forme d'isolement cognitive face aux autres sous-systèmes sociaux. Cet isolement est nécessaire étant donné la demande qui est faite aux tribunaux de traiter des opérations relevant souvent d'autres sous-systèmes et de rendre une décision suivant le code binaire du système juridique en attribuant la valeur légale ou illégale aux prétentions des parties.

transformer ces tentatives en exigence. À l'intérieur de cette zone de contact foisonnent le droit de facture privée (*privately produced law*)¹¹⁴⁵ et la législation. Si ces deux systèmes sont plus sensibles aux irritants de l'environnement, ils n'ont pas, par ailleurs l'obligation de traiter les communications qui émanent de l'extérieur du système. En d'autres termes, ils ne sont pas tenus d'accorder la valeur légale ou illégale à toutes les opérations de leur système respectif¹¹⁴⁶. Ces irritants sont donc transformés en droit (par l'adoption d'une législation par exemple) ou rejetés. L'autonomie de ces deux sous-systèmes se manifeste par l'absence d'obligation d'accorder la valeur légale ou illégale. La situation est toute autre en ce qui concerne les tribunaux judiciaires. Ceux-ci doivent traiter les communications qui parviennent jusqu'à eux et leur attribuer l'une ou l'autre de ces deux valeurs¹¹⁴⁷. Cette obligation leur est imposée par la prohibition du déni de justice, dont nous allons traiter dans la prochaine section.

Section 2 Prohibition du déni de justice

Dans le droit moderne¹¹⁴⁸, le principe général est que toute action en justice est recevable; les motifs de rejet d'une action en justice doivent être soulevés par les parties et le juge ne peut *proprio motu* rejeter une action pour le motif d'irrecevabilité de la demande si ce motif n'a pas été plaidé¹¹⁴⁹. Le corollaire de ce principe est que les tribunaux communs

¹¹⁴⁵ *Id.*, p. 293.

¹¹⁴⁶ *Id.*, p. 295: La différenciation entre d'une part, les décisions judiciaires qui occupent le centre du système, et d'autre part, la législation et les contrats qui se retrouvent en périphérie, est sans doute ce qui a permis au droit législatif et au droit contractuel de se développer de manière parallèle tout en produisant leurs propres critères de validité.

¹¹⁴⁷ Par ailleurs, les décisions des tribunaux judiciaires ne sont aucunement tenues de trouver un consensus social au sujet de cette attribution de valeur. Les demandes faites au système juridique qui requièrent une certaine forme de consensus sont détournées vers la périphérie, là où elles pourront être reconnues ou non par la législation ou le droit de facture privée (contrats).

¹¹⁴⁸ Dans l'ancien droit, notamment en droit romain et au Moyen Âge, seules quelques actions spécifiques pouvaient être formées devant le préteur et les tribunaux judiciaires royaux (*actio* en droit romain et *writ* en droit anglais)

¹¹⁴⁹ Article 165 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

doivent juger les causes portées devant eux. Le devoir de juger qui s'impose aux tribunaux judiciaires est en effet une caractéristique dominante du droit judiciaire des systèmes juridiques modernes. La prohibition du déni de justice se retrouve sous une forme ou une autre dans la majorité des systèmes juridiques occidentaux. L'article 4 du Code civil français oblige le juge à trancher le litige porté devant lui, même en cas de silence de la loi¹¹⁵⁰. Le droit allemand impose lui aussi aux juges le devoir de trancher les litiges¹¹⁵¹. L'article 41.2 de la *Loi d'interprétation* québécoise stipule que le juge ne peut refuser de trancher un litige «sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi»¹¹⁵².

Il n'existe pas d'obligation équivalant à l'obligation de juger pour les sous-systèmes formés par la législation¹¹⁵³ ou le contrat. Bien que ces sous-systèmes soient eux aussi soumis à des irritants émanant de l'environnement, aucun de ces systèmes n'est tenu de répondre à ces communications de l'environnement en leur attribuant la valeur légale ou illégale; ces systèmes sont libres de décider dans quel contexte et à quels moments ces pressions de l'environnement seront reconnues et acceptées par le système¹¹⁵⁴. L'obligation de juger est une condition interne du système juridique que celui-ci s'impose en

¹¹⁵⁰ L'article 1 du Code civil suisse est au même effet : Sophie PAPAETHYMIU, «MIND THE GAP. Dits et non-dits sur les pouvoirs du juge suisse », dans Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle?*, coll. «La Pensée juridique », Bruxelles, Bruylant L.G.D.J., 1998. C. du PASQUIER, *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article premier du Code civil suisse*, Bâle, Helbing et Lichtenstein, 1951, recension publiée dans (1952) 4 *Revue internationale de droit comparé*, 380).

¹¹⁵¹ H. BUCH, « La nature des principes généraux du droit », (1962) 39 *Rev. D.I. & D.C.* 55, p. 78.

¹¹⁵² L.R.Q., chapitre I-16. Préalablement à l'adoption du Code civil du Québec en 1994, cette obligation se retrouvait dans le texte de l'article 11 du Code civil du Bas-Canada :

¹¹⁵³ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 : il serait contraire à la doctrine de la souveraineté du Parlement que d'empêcher un Parlement de déposer un projet de loi visant à modifier le droit antérieur, ou inversement de le forcer à légiférer. Toutefois, sous la pression des tribunaux, il peut exister des cas où la protection des droits fondamentaux, comme l'alinéa 2d) de la *Charte*, impose des obligations positives aux gouvernements de légiférer pour protéger ces droits : *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

¹¹⁵⁴ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 292.

contrepartie de sa différenciation dans le système social¹¹⁵⁵. Luhmann qualifie d'exceptionnelle la position occupée par les tribunaux dans le système juridique¹¹⁵⁶, étant donné cette contrainte qui pèse sur eux de rendre une décision dans toutes les affaires qui sont portées devant eux, obligation que ne partagent pas les autres modes de production juridique¹¹⁵⁷. Car, à cette prohibition du déni de justice s'ajoute le fait que la fonction judiciaire n'est pas responsable de la détermination des questions qui peuvent être portées devant elle. Les tribunaux ne peuvent en règle générale choisir les affaires qu'ils auront à trancher puisqu'il revient au système législatif de déterminer les normes qui prévalent pour la saisine judiciaire¹¹⁵⁸.

L'impact de l'obligation de juger sur le fonctionnement et la performance du système juridique n'a jamais été véritablement examiné. De fait, la prohibition du déni de justice soulève la question de savoir comment le système juridique peut répondre à la demande toujours de plus en plus grande pour des décisions judiciaires. L'autre question,

¹¹⁵⁵ *Id.*

¹¹⁵⁶ Luhmann qualifie la décision judiciaire d'« énigme » pour le système juridique. La décision judiciaire figure également comme un paradoxe dans le système juridique. Les décisions peuvent seulement exister si l'indécidabilité est posée comme principe. En l'absence d'un tel principe, les décisions ne seraient pas nécessaires, puisque tout serait déjà décidé à l'avance et n'aurait besoin que d'être « réalisé » : *id.*, p. 282.

¹¹⁵⁷ Bien que ces deux systèmes fassent eux aussi l'objet de pressions de l'environnement, aucun n'est placé devant l'obligation de décider dans quelle mesure les irritants de l'environnement seront considérés.

¹¹⁵⁸ Ce partage des fonctions quant à l'application des programmes juridiques participerait même de la légitimité sociale du système judiciaire : *Renvoi*, préc., note 17, par le juge La Forest :

« Selon moi, le judiciaire tire son acceptation publique et sa force du fait que les poursuites ne sont pas intentées à l'instigation des juges. Ceux-ci répondent plutôt aux griefs formulés par ceux qui s'adressent à eux dans le but de faire appliquer la loi, écoutant avec impartialité les observations de toutes les parties, tout étant constamment soumis à la discipline que leur imposent les faits de l'espèce. C'est ce qui soutient leur impartialité et limite leurs pouvoirs. À la différence des autres organes du gouvernement, le pouvoir judiciaire n'amorce pas les choses et ne poursuit pas de programme propre. Son seul devoir est d'entendre et de trancher des affaires qui lui sont soumises, conformément au droit et à la Constitution. Voilà pourquoi Alexander Hamilton a dit que les tribunaux étaient l'organe du gouvernement «le moins redoutable» : *Le Fédéraliste*, n° 78. » (par. 300) (Notre mise en évidence).

qui est la conséquence de la première, est celle de savoir quelles sont les répercussions de cette obligation en ce qui concerne l'organisation du système juridique.

Bien que les difficultés découlant de la prohibition du déni de justice soient traitées dans la dogmatique juridique, ce sont des considérations très pragmatiques qui dominent les réflexions. En *common law* notamment, c'est sous l'angle des *hard cases* que les difficultés posées par l'obligation de décider sont étudiées¹¹⁵⁹. Cette obligation de juger est aussi responsable de la création des règles concernant la distinction entre le *ratio decidendi* et l'*obiter dicta* dans la décision judiciaire. Mais loin de résoudre le problème, cette distinction n'a fait qu'engendrer la difficulté supplémentaire d'avoir à trouver la *ratio decidendi* du jugement; il fallut en conséquence créer des règles additionnelles permettant de distinguer la *ratio* de l'*obiter dicta*.

Les juges se sont ajustés d'une certaine manière à cette contrainte additionnelle en s'efforçant de ne décider que ce qui est nécessaire pour trancher la demande qui est devant eux. Une autre façon pour le système juridique d'amoindrir l'impact de la prohibition du déni de justice et d'alléger la tâche déjà lourde du système judiciaire consiste dans la reconnaissance de la force exécutoire que le jugement acquiert dès le moment où il est rendu¹¹⁶⁰. Enfin, d'autres mécanismes législatifs permettent aux tribunaux d'appels de

¹¹⁵⁹ Dans le passé, ces causes étaient décidées par l'ordalie. Dans le droit moderne, face aux litiges dont la résolution est équivoque, le juge se voit forcé d'une certaine manière à faire entrer en ligne de compte ses convictions morales, ou, plutôt, les convictions morales des justiciables. Voir, par exemple, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 où il fut question de la « norme sociale de tolérance », à laquelle serait mesuré le contenu des publications pornographiques pour décider si leur diffusion devrait être permise ou interdite. La Cour a défini cette norme sociale de tolérance, « non pas ce que les Canadiens ne toléreraient pas eux-mêmes de voir, mais bien ce qu'ils ne toléreraient pas que les autres Canadiens voient »: *id.*, p. 478.

¹¹⁶⁰ Un autre mécanisme qui permet d'éviter que les questions déjà tranchées soient amenées de nouveau devant les tribunaux par les parties dont le recours a été rejeté initialement est celui du *res judicata*. Cette norme juridique valable dans tous les systèmes confère au jugement antérieur la force de chose jugée dans le cas où les trois conditions suivantes sont respectées : identité des parties, identité de la question soulevée et caractère définitif de la décision antérieure. Voir le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 20 :

refuser l'appel ou le pourvoi¹¹⁶¹, ou de limiter le nombre d'affaires qui sont portées devant eux¹¹⁶². Il existe aussi des dispositions et règles de pratique judiciaire qui permettent de faire rejeter les actions en justice abusives ou vexatoires¹¹⁶³, ou qui ne soulèvent aucune cause raisonnable d'action¹¹⁶⁴.

L'un des paradoxes du droit autopoïétique repose sur le fait que sa validité est déterminée par le droit. Pour échapper à ce paradoxe, la dogmatique juridique essaie de démontrer, à l'aide de théories comme l'argumentation juridique et la hiérarchie des sources, que les règles et normes du système juridique sont repérables et parfaitement connaissables selon une logique déductive. C'est grâce à ces théories d'ailleurs que le système juridique peut réaliser sa clôture normative tout en restant ouvert cognitivement, c'est-à-dire perméable aux irritants de l'environnement qui sont chargés de lui transmettre l'information dont il a besoin. Au niveau des décisions judiciaires, puisque l'autopoïèse du droit signifie que toutes les opérations doivent se faire à l'intérieur du système juridique, les décisions antérieures doivent faire autorité à moins d'être changées à l'intérieur du système également¹¹⁶⁵.

« Le droit s'est doté d'un certain nombre de moyens visant à prévenir les recours abusifs. L'un des plus anciens est la doctrine de la préclusion *per rem judicatem*, qui tire son origine du droit romain et selon laquelle, une fois le différend tranché définitivement, il ne peut être soumis à nouveau aux tribunaux ».

¹¹⁶¹ La grande majorité des appels à la Cour suprême du Canada sont des appels sur autorisation : paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. 1985, c. S-26.

¹¹⁶² L'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, stipule qu'un jugement ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale à moins que le juge de la Cour fédérale ayant entendu la demande ne certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

¹¹⁶³ Article 75.1 du *Code de procédure civile*, préc. ; Projet de loi 99

¹¹⁶⁴ Règle 221. (1)a) des *Règles des Cours fédérales*, préc.

¹¹⁶⁵ Dans l'affaire *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.), la chambre des Lords a jugé qu'elle avait le pouvoir de « renverser » une de ses décisions antérieures. La Cour suprême du Canada a emboîté le pas notamment dans l'affaire *Binus v. The Queen*, [1967] R.C.S. 594. Ce n'est toutefois que dans l'affaire *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189 qu'elle a renversé une décision antérieure. La

Du fait de cette mission qui les oblige à décider dans toutes les causes qui leur sont soumises, les tribunaux judiciaires ont la lourde tâche de transformer l'incertitude en certitude, de donner un sens juridique à toutes les prétentions qui leur sont exposées et de déterminer les attentes normatives qui seront récompensées, de même que celles qui seront déçues¹¹⁶⁶. À cause de la prohibition du déni de justice, les juges doivent composer avec une double pression : trancher tous les litiges, même en cas de silence de la loi, et traiter toutes les causes de manière égalitaire et juste¹¹⁶⁷. Les conséquences de l'obligation de juger se révèlent de manière spécialement frappante dans la forme que prennent les procédures judiciaires, et notamment en ce qui concerne deux éléments particulièrement significatifs de celle-ci : la sélection rigoureuse des points de vue autorisés et le maintien de l'incertitude quant au résultat final. En ce qui a trait au premier élément, ce sont les programmes de décision qui déterminent, parmi les points de vue possibles, lesquels pourront être pris en considération dans le cadre de la procédure judiciaire.

Pour ce qui est de l'incertitude sur le résultat final, c'est le choix entre seulement deux alternatives possibles (la position des parties sera légale ou illégale) qui en garantit le maintien et permet d'exclure la prise en considération de toute autre forme de valeur (morale, religieuse, politique ou utilitaire) parce que non pertinente. Les décisions des tribunaux judiciaires ne sont d'ailleurs pas tenues de former un consensus au sujet de l'attribution de cette valeur légale ou illégale. Les demandes faites au système juridique qui requièrent une certaine forme de consensus sont détournées vers la périphérie, là où elles pourront être reconnues ou non par la législation ou le droit de facture privée (contrats).

Haute Cour d'Australie en a fait de même dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

¹¹⁶⁶ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 292.

¹¹⁶⁷ Le récent engouement des juges pour la médiation judiciaire peut être vu comme un moyen de contourner le paradoxe de la prohibition du déni de justice. Dans la médiation judiciaire, le juge ne décide pas un litige sur la base du droit, qui peut être flou ou inexistant; son rôle est plutôt d'entériner l'accord des parties qu'il a facilité : Louise OTIS, *La transformation de notre rapport au droit par la médiation*, Conférence en l'honneur d'Albert Mayrand, Montréal, Thémis, 2005.

La prohibition du déni de justice est une nécessité dans la mesure où le système juridique devient universellement compétent et capable de rendre des décisions. Selon Luhmann, la position particulière des tribunaux dans le système juridique, résultat de l'obligation de juger, est la clé de voûte du mécanisme d'autoreproduction du système juridique. La prohibition du déni de justice s'ajoute aux autres paradoxes du système juridique. Ce paradoxe, qui est du même type que celui de la validité du droit autopoïétique, résulte de l'application, par les tribunaux judiciaires eux-mêmes, d'une norme qui leur interdit de refuser de juger. La différenciation du système juridique s'opère donc par la prohibition du déni de justice dont l'application est confiée paradoxalement au système judiciaire.

À la lumière des conséquences de l'obligation de juger et de ce à quoi les tribunaux font face, il est plus aisé de saisir la nature et la portée de l'aspect procédural de la garantie constitutionnelle de la primauté du droit (*due process of law*), et de comprendre de quelle manière elle contribue à la différenciation du système juridique. D'ailleurs, la panoplie des « droits-valeurs » qui ont été constitutionnalisés dans les systèmes de droits occidentaux est peut-être la menace interne la plus sérieuse à laquelle fait face le système juridique différencié; non seulement elle favorise l'accroissement des critiques envers le système judiciaire, elle ajoute aussi au fardeau déjà lourd porté par le système judiciaire et aggrave les problèmes existants concernant l'inaccessibilité des tribunaux et la lenteur des procédures judiciaires.

Si les juges ont l'obligation de décider, ils jouissent toutefois d'une certaine liberté sur les motifs à fournir pour justifier leurs décisions, qui est néanmoins limitée par les conceptions admises sur la justice. La triade formée par l'obligation de décider, la liberté des motifs de décision, et les limites formées par les conceptions de la justice, accentue la prééminence du droit produit par les juges (*judge-made law*)¹¹⁶⁸. Cette prééminence est

¹¹⁶⁸ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 279.

associée, à tort ou à travers, avec l'impérialisme ou l'activisme judiciaire, dont la science politique fait reposer la responsabilité sur les juges eux-mêmes qui voudraient selon elle dominer la production juridique.

Dans le prochain chapitre, nous exposerons ce que la théorie systémique permet de déduire comme explication à la montée en puissance des juges. Cette nouvelle interprétation démontre que l'accroissement de l'importance de la décision judiciaire dans la production du droit est la conséquence de l'effet combiné de la structure programmatique de décision et de la prohibition du déni de justice, qui placerait les tribunaux judiciaires face à l'obligation d'attribuer une valeur juridique aux communications venant du système social qui leur sont acheminées par la voie des recours en justice. Mais avant de passer à cette analyse, nous examinerons la fonction du jugement dans le système juridique à la lumière notamment de la perspective wébérienne sur la mise en œuvre des droits subjectifs par l'appareil judiciaire.

Section 3 Branche du gouvernement ou institution du droit ?

Contrairement à la science politique, la science du droit s'est montrée peu intéressée au rôle des tribunaux dans l'État, ce qui eu pour conséquence que l'étude de la fonction judiciaire a été abandonnée longtemps aux philosophes et aux politologues. La science politique a caractérisé la fonction de juger selon les représentations qui lui sont propres, et qui sont donc étrangères à celles de la science juridique. Les différences entre les constructions du monde juridique et celles des sciences sociales sont d'ailleurs une source continue de divergences conceptuelles entre ces deux systèmes.

De façon générale, la politologie considère les tribunaux judiciaires comme la troisième branche du gouvernement chargée de l'exécution des décisions politiques prises

par la branche législative¹¹⁶⁹. La fonction judiciaire est donc la branche de l'État qui exécute les lois et les décisions gouvernementales prises en conformité avec ces lois. Il va de soi que suivant cette conception, les tribunaux ne sont pas autorisés à remettre en cause les décisions prises par le pouvoir politique, et qu'ils sont hiérarchiquement soumis à la loi qui est à la fois l'outil et l'expression légitime du pouvoir.

L'idée d'un rapport hiérarchique entre la loi et le jugement véhicule certains relents de l'image ancienne d'une confusion entre *imperium* et *lex*¹¹⁷⁰. Le concept de séparation des pouvoirs dans l'État est en partie responsable de la caractérisation simplifiée de la fonction de juger en tant qu'organe d'exécution des décisions politiques. Montesquieu lui-même ne savait trop où devait être placée la fonction de juger dans le schéma des fonctions étatiques. Faute de mieux, il lui a attribué une position accessoire dans la branche exécutive, en utilisant une expression tout à fait sibylline pour décrire cette ramification de l'appareil exécutif : « la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit civil », que Montesquieu oppose à la puissance exécutive des « choses qui dépendent du droit des gens »¹¹⁷¹. Selon cette définition, la puissance judiciaire n'existe donc que pour régler les litiges du droit civil.

Cette opposition entre ce qui relève du « droit civil » et ce qui dépend du « droit des gens » révèle l'importance que conserve la conception du droit en tant qu'institution séparée de la chose publique. Le droit est « civil », et non « public », car il est toujours considéré à l'époque de Montesquieu comme le privilège d'un groupe. Nous savons cependant que pour Montesquieu, la puissance de juger est dépourvue de pouvoir réel dans

¹¹⁶⁹ Peter H. RUSSEL, *The judiciary in Canada: the third branch of government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987.

¹¹⁷⁰ N.LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 278.

¹¹⁷¹ C.S. BARON DE MONTESQUIEU, Livre XI, Titre VI, préc., note 1047.

un gouvernement qui respecte la liberté politique¹¹⁷². Sa fonction et son autonomie doivent être limitées, car cette puissance n'est qu'un outil servant à mettre en œuvre ce que la division des pouvoirs a soigneusement délégué à l'un des corps politiques de la société.

L'image réductrice du système judiciaire proposée par la science politique n'est pas conforme à la réalité de ce système dans une société fonctionnellement différenciée. Elle ressortit d'une conception archaïque de la division de l'autorité dans la société moderne qui n'a plus sa place dans le cadre d'une étude sérieuse sur les institutions juridiques¹¹⁷³. Il est d'ailleurs temps de définir le rôle des tribunaux en fonction des critères propres au système juridique. La Cour suprême du Canada elle-même a mis au rancart le paradigme de la différenciation hiérarchique de la fonction judiciaire par rapport aux autres institutions de l'État¹¹⁷⁴.

Le sociologue Parsons place les tribunaux dans une position interstitielle entre le politique et le reste du système social, tout en affirmant qu'ils jouissent dans les sociétés modernes d'une « complète indépendance » à l'endroit de l'État¹¹⁷⁵. Chargés de définir les droits et obligations des acteurs sociaux à l'intérieur de l'ordre normatif, les tribunaux sont

¹¹⁷² Cette puissance est « invisible, nulle », car les juges doivent se contenter de « prononcer les paroles de la loi » : *id.*

¹¹⁷³ La représentation des tribunaux judiciaires comme « branche » du gouvernement est selon nous incompatible avec toute idée d'indépendance de la magistrature.

¹¹⁷⁴ *Re Therrien*, [2001] 2 R. C. S. 3. Le juge Gonthier écrivait dans le jugement majoritaire :

« ...la fonction de juge ne constituait pas un emploi au sens où l'entend l'art. 18.2 et ce, en raison de l'histoire de la magistrature, la nature, les caractéristiques et les exigences de la fonction. **Ces conclusions sont, en effet, le reflet d'une réalité constitutionnelle propre à la fonction judiciaire. Celle-ci exige que le juge ne soit soumis à aucune autorité hiérarchiquement supérieure ou qu'il ne soit lié par aucune relation de subordination qui caractérise traditionnellement la relation employeur-employé**, mis à part certains aspects administratifs de sa charge comme la répartition du travail et la fixation des séances de la cour, ainsi que certaines tâches liées à l'application de la déontologie judiciaire, qui relèvent du juge en chef : voir art. 96 *L.T.J.* et *Ruffo* [[1995] 4 R.C.S. 267], 1 par. 59.» par. 141. (Notre mise en évidence)

¹¹⁷⁵ G. ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », préc., note 10, p. 148.

selon lui investis d'un rôle important dans le cadre de la fonction intégrative du droit : leur mandat englobe la « mise en application » des règles de l'ordre normatif sociétal pour forcer l'obéissance par l'exercice de sanctions négatives, et la production d'une « interprétation qui fasse autorité »¹¹⁷⁶.

Dans sa conception de la place des tribunaux, Parsons reconnaissait le rôle équivoque des tribunaux d'appliquer le droit dans un système social ayant différencié la politique et le droit en deux systèmes fonctionnellement séparés. De ce fait, la conceptualisation parsonnienne constituait certes un premier pas vers une vision plus moderne de la fonction judiciaire dans l'État¹¹⁷⁷. Toutefois, la principale fonction du système judiciaire demeurait toujours selon lui celle d'exécuter les décisions prises dans la sphère politique¹¹⁷⁸. Cette image des tribunaux coincés entre le pouvoir et le droit nous renvoie à la position des juges des cours de *common law* pendant le règne des rois Stuart au XVII^e siècle. La situation des Parlements français de l'Ancien Régime était aussi celle de cours de justice prises entre la royauté et le tiers état, comme nous l'avons vu dans le titre I de cette troisième partie¹¹⁷⁹.

Il est vrai qu'avant la différenciation du système juridique et du système politique, la fonction de justice était intimement liée au pouvoir politique. Dans les premières phases

¹¹⁷⁶ T. PARSONS, *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, préc., note 142, p.17.

¹¹⁷⁷ *Contra* : Peter H. RUSSELL, *The judiciary in Canada: the third branch of government*, préc., note 1169.

¹¹⁷⁸ Notamment en raison du fait que les décisions prises par le système politique sont transformées en législation que les appareils étatiques de contrainte légitime, soit les tribunaux et la police, doivent faire respecter.

¹¹⁷⁹ Les Parlements français étaient eux placés dans une situation quelque peu différente des cours de *common law* anglaise en ce qu'elles rendaient justice tout enregistrant les ordonnances royales pour leur donner force de loi. Il n'y avait pas d'autre force qui s'opposait au pouvoir monarchique, contrairement à l'Angleterre où le Roi et le Parlement s'opposaient avec, au milieu, les tribunaux judiciaires qui devaient donner raison à l'un ou à l'autre. On peut affirmer toutefois qu'en dépit des différences dans l'évolution de la fonction de juger entre les deux systèmes, des développements historiques similaires, notamment le changement dans les modes de création du droit suscités par le passage de la coutume immémoriale à la législation, ont eu pour résultat de placer les juges judiciaires des deux systèmes dans une position incertaine et inconfortable vis-à-vis de leur rôle dans l'administration de la justice.

de différenciation sociale, cette fonction relevait de l'autorité du seigneur ou du prince. Dès le Moyen Âge, les monarques l'ont utilisé pour unifier le territoire, éliminer les pouvoirs privés et consolider le pouvoir entre les mains d'un seul chef en vertu de la notion indivisible de souveraineté. À ce stade, il n'était pas question d'autonomie pour l'administration de la justice qui faisait partie intégrante de la puissance souveraine. Cette séparation entre le système politique et le système juridique s'est opérée dans le sillage de la différenciation de l'État des autres groupements¹¹⁸⁰. L'avènement de la loi comme mode dominant de production du droit a grandement contribué à la différenciation toujours plus avancée de la fonction de juger.

Le modèle systémique de la position des tribunaux dans l'État est beaucoup plus proche de la réalité que le modèle classique de la science politique. Dans la théorie systémique, les tribunaux font partie intégrante du système juridique et leur rôle n'est pas limité à l'application des décisions politiques transformées en législation. D'un point de vue externe, le repositionnement de la fonction judiciaire à l'intérieur du système juridique apparaît comme le déplacement de la légitimité décisionnelle d'un appareil d'état à un autre¹¹⁸¹, alors que d'un point de vue interne, la différenciation des tribunaux à l'intérieur du système juridique est une perdifférenciation¹¹⁸² de la fonction de juger.

Cette perdifférenciation de la fonction de juger résulte de l'augmentation de la complexité systémique à l'intérieur du système juridique. Du fait de leur position centrale à l'intérieur du système juridique, les tribunaux sont éloignés des centres décisionnels

¹¹⁸⁰ George JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas/ L.G.D.J., 2005, vol 2, p. 67.

¹¹⁸¹ S. GOYARD-FABRE, préc., note 761, p. 241.

¹¹⁸² La perdifférenciation est le mot utilisé dans les traductions françaises de l'œuvre de Niklas Luhmann pour représenter le concept allemand d'*Ausdifferenzierung*, de façon à dissocier la théorie luhmanienne des autres thèses sur la différenciation sociale, comme celles de Spencer et Durkheim. La perdifférenciation est cette différenciation très poussée des systèmes sociaux qui les décomposent en sous-systèmes, permettant à ces systèmes d'augmenter leur degré de complexité. Cette perdifférenciation est le propre de tous les systèmes sociaux modernes : N. LUHMANN, *Politique et complexité*, préc., note 37, p.44.

étatiques, tout en étant à l’abri des pressions en provenance des autres sous-systèmes sociaux. Ils peuvent donc exercer avec plus de quiétude leur fonction de maintenir l’intégrité du système juridique¹¹⁸³. Ils sont aussi dans une meilleure posture pour remplir leur rôle primordial de gardien de la primauté du droit.

La méconnaissance des différences systémiques fondamentales entre le système politique et le système juridique entretient les polémiques entre les inconditionnels de la *Charte* et ses détracteurs¹¹⁸⁴, pour qui le rôle des tribunaux après l’enchâssement de la *Charte* leur permet de se substituer aux décisions politiques. Il faut toutefois souligner l’effet positif pour le système politique de la différenciation de la fonction judiciaire, en raison du délestage que cette différenciation a provoqué sur la responsabilité du système vis-à-vis de l’inefficacité des décisions politiques qui ont été transformées en lois¹¹⁸⁵.

¹¹⁸³ Cotterrell évoque deux fonctions principales pour les tribunaux judiciaires, lesquelles placent parfois ceux-ci dans une position conflictuelle. Dans un premier temps, les pouvoirs politiques s’attendent à ce que les tribunaux fournissent un soutien inconditionnel aux institutions gouvernementales, étatiques et publiques. De fait, les tribunaux sont le plus souvent enclins à s’acquiescer de cette tâche et appuient en général l’exercice de la puissance publique. Toutefois, il arrive que dans l’exécution de leur fonction de maintenir l’intégrité du système juridique, les tribunaux rendent des décisions qui s’opposent aux décisions gouvernementales, voire qui jettent le discrédit sur la fonction gouvernementale : R. COTTERRELL, préc., note 54, p. 246.

¹¹⁸⁴ Roderick McDONALD et André LAJOIE, « Auctionneers, Fence-Viewers, Popes, and Judges », (1998) 9 *Forum Constitutionnel* 95, p. 104 : Les auteurs soulignent l’absence de questionnement sur le rôle des juges dans la gouvernance autrement que dans le cadre de la polémique qui s’étire au sujet de la légitimité démocratique de l’arbitre judiciaire dans l’interprétation des droits et libertés garantis par la Charte. La question selon eux n’est pas de se demander si la Charte est un instrument légitime mis au service du pouvoir judiciaire, mais bien si notre théorie constitutionnelle de la division des pouvoirs entre le judiciaire, l’exécutif et le législatif permet un juste équilibre dans le partage des fonctions étatiques, tout en évitant une appropriation illégitime par un organe des pouvoirs attribués aux deux autres.

¹¹⁸⁵ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 99; R. McDONALD et A. LAJOIE, *id* :

“Present public concern about the slippage between law and politics – that is, about what appears to be the reemergence in modern garb of the undifferentiated political authority asserted by the Stuarts – can be traced to a number of fundamental shifts in the rationality of adjudication and in our theory of legislation”.

CHAPITRE 4 LA PROCÉDURE JUDICIAIRE DU DROIT DIFFÉRENCIÉ

Nous avons fait état dans la deuxième partie de ce qui apparaît comme le changement le plus fondamental entre le droit ancien et le droit positif moderne, soit le fait que les droits subjectifs ne sont plus « octroyés » par règlement. Cette transformation dans la genèse des droits subjectifs a eu un effet direct sur la façon dont ces droits peuvent être reconnus et garantis, notamment par le recours aux tribunaux. La différenciation de l'État comme institution comportant une structure rationnelle organisée ainsi qu'une division des pouvoirs¹¹⁸⁶ et l'instauration de tribunaux chargés de régler les différends d'ordre privé ont favorisé la mise en œuvre de ces droits subjectifs.

Une étape importante dans l'histoire de la fonction de juger est la division entre la création et l'application du droit par la dissolution de la *jurisdictio*. Cette différenciation a entraîné la formulation d'un droit processuel distinct des éléments du droit substantif. Le fait que la prise de décisions se déroule suivant une procédure distincte des critères et éléments substantifs du système juridique est une caractéristique fondamentale du droit occidental moderne. Ce développement a été rendu possible par l'adoption de règles de procédure dont l'objectif est de définir les conditions dans lesquelles les décisions judiciaires doivent être rendues. Grâce au poids considérable accordé par le système juridique à l'interprétation judiciaire, le jugement tient un rôle important sinon déterminant dans la stabilisation et la régulation des attentes normatives individuelles et collectives qui sont continuellement créées par les besoins suscités dans les autres systèmes sociaux. Ce rôle du jugement est essentiel pour la clôture normative du système juridique, et partant, de la juridicité des normes¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁶ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 38.

¹¹⁸⁷ François, OST, Michel VAN DE KERCHOVE, « “Juris-dictio” et droit », (1989) 10 *Droits* 54, p. 56 :

« L'émergence de la figure du juge chargé de “dire le droit” constitue donc, dans cette optique, à la fois l'indice (au plan du système tout entier)

Par ailleurs, la progression du formalisme juridique, qui a entraîné la division entre droit matériel et droit processuel, a provoqué un certain « désenchantement » par rapport à la capacité du droit d'en arriver à des solutions justes. Ce sentiment de déception, qui naît de la réalisation que l'application du droit ne permet pas dans tous les cas d'atteindre la justice, est propice à la formation d'attentes matérielles qui visent la transformation des programmes conditionnels du droit en programmes de finalités.

Section 1 Autonomie de la procédure judiciaire

La différenciation interne du système juridique par la séparation de la fonction d'adjudication de celle de création du droit a été décisive pour l'autonomie de la procédure judiciaire. Après cette division, le système juridique pouvait fonctionner sans appui externe. C'est en effet grâce au soutien d'une procédure fonctionnant de manière distincte des éléments substantifs du système normatif que le droit peut assurer son autonomie systémique et maintenir son indépendance vis-à-vis des intérêts de groupes déterminés.

Cette division a aussi permis de séparer, d'un côté « le secteur d'approvisionnement en prémisses décisionnelles juridiques », caractérisé principalement par la législation, et de l'autre, la source d'approvisionnement en « prémisses décisionnelles factuelles » à l'occasion du procès¹¹⁸⁸. De cette façon, les instances qui déterminent les faits (et donc la vérité), et celles qui établissent le droit, sont distinctes et socialement séparées; elles ne se confrontent qu'au moment de la procédure judiciaire. La différenciation de l'établissement et de l'application du droit répartit sur deux instances au lieu d'une seule le risque lié à la contingence de la différenciation du système juridique dans le système social. Alors que le droit constitutionnel permet d'obvier au caractère changeant du droit positif, la procédure juridiquement régulée agit comme régulateur des opérations du système

et l'opérateur (au plan des normes rattachées à ce système) de la juridicité.»

¹¹⁸⁸ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p.63.

juridique aux prises avec le caractère changeant du droit, et pallie les problèmes soulevés par les pressions des groupes d'intérêts qui militent pour une rationalisation matérielle du droit et par le contrôle d'une partie importante des opérations du système juridique par l'organe gouvernemental au moyen de la législation¹¹⁸⁹.

Agissant selon sa propre dimension temporelle, la procédure est soulagée de la pression sociale qui veut que la détermination des responsabilités sociales se fasse à un rythme accéléré. Cette conception différente du temps se manifeste à tous les niveaux de relations entre les sous-systèmes du droit¹¹⁹⁰. La structure systémique exige que le temps de traitement des communications dans chaque système soit déterminé de manière interne et ne dépende pas de facteurs externes au système¹¹⁹¹. Déjà, lorsque les tribunaux étaient placés dans un rapport de soumission hiérarchique avec la législation, la procédure judiciaire bénéficiait d'une autonomie substantielle à titre de sous-système différencié. Avec la progression de la différenciation centre/périphérie, l'autonomie de la procédure se situe à un niveau encore plus élevé.

L'autonomie de la procédure judiciaire est aussi une condition de la légitimation de la justice du droit aupoïétique. Cette légitimation est produite par l'indétermination du résultat de la procédure, du fait de l'impartialité du juge et de la séparation de ses rôles judiciaires et sociaux. La légitimation du procès est aussi la conséquence de l'égalité juridique formelle que Luhmann décrit comme « l'égalité des chances d'en arriver à une

¹¹⁸⁹ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 277.

¹¹⁹⁰ C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., p. 38 : « ...le temps du législateur n'est pas celui du juge ».

¹¹⁹¹ C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., p. 54 : « Le juge, pour dire le droit, a besoin de sérénité et de sagesse. Ces deux vertus demandent du temps, un temps apaisé permettant une réflexion calme ». Les plaintes maintes fois répétées à l'égard de la lenteur des procédures judiciaires ne doivent pas faire oublier cette réalité de la dimension temporelle des opérations du système judiciaire qui doit demeurer sous le contrôle interne du système. Si la maxime « justice delayed is justice denied » attribuée à l'homme politique anglais William E. Gladstone, premier ministre de la Grande-Bretagne (1868-1894), ne peut en toute logique être contredite, il importe de souligner qu'une justice expéditive donne rarement un résultat enviable.

décision satisfaisante »¹¹⁹². L'impartialité et l'indépendance judiciaires font partie de ces règles qui structurent et encadrent la procédure judiciaire, tout en garantissant l'incertitude du résultat. Le système juridique peut dès lors faire face à la contingence des situations et événements sans qu'il y ait de raison de penser que les décisions judiciaires sont préjugées. L'autonomie de la procédure judiciaire permet enfin de mettre le juge à l'abri des demandes matérielles qui proviennent des systèmes situés dans l'environnement du système juridique¹¹⁹³.

Toutefois, l'autonomie de la procédure judiciaire, même appuyée de garanties constitutionnelles, ne saurait exister si elle n'est accompagnée et soutenue par la différenciation sociale. Dans une société socialement différenciée, les décisions judiciaires n'ont pas, pour être valides, à satisfaire un objectif politique ou social ponctuel, ou à se conformer à un code de valeurs morales, ethniques ou religieuses dominantes. Le juge peut rendre son jugement sur la base du droit écrit et des faits qui sont pertinents à sa décision, et non en vertu de représentations morales et éthiques de l'ordre social qu'il pourrait percevoir¹¹⁹⁴. Les irritants de l'environnement du système juridique ne peuvent non plus interférer avec son autonomie décisionnelle.

¹¹⁹² N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 22. Nous traiterons de la justice formelle de manière plus approfondie dans le prochain chapitre.

¹¹⁹³ *Id.*, p. 56. Le juge peut ainsi

« ... opérer à partir d'une distance plus grande et il n'est pas tenu, dans tous les domaines à ramifications multiples où il doit rendre une décision, de flairer les principes moraux de jugement qui seraient susceptibles de créer un consensus. Il peut et il doit décider en tant qu'étranger. »

¹¹⁹⁴ Comme il en sera question dans le prochain chapitre, les attentes matérielles exercent toutefois des pressions négatives sur la liberté des juges de rendre des décisions fondées uniquement sur le droit et la preuve : *infra*, chapitre 3, section 3.

Lorsque la différenciation sociale est arrivée à un niveau suffisant de maturité, la société peut influencer globalement et indirectement les procédures judiciaires¹¹⁹⁵, sans qu'une telle influence puisse contrecarrer l'autonomie et la légitimité de la procédure¹¹⁹⁶. Cette constatation de la nécessité de la différenciation sociale est valable même pour des sociétés dites « modernes », car la différenciation des rôles sociaux doit avoir atteint un degré de maturité suffisant pour que l'autonomie de la procédure judiciaire et l'égalité juridique formelle soient garanties non seulement dans le droit, mais dans les faits. Ceci explique que la garantie d'indépendance judiciaire, bien qu'elle soit enchâssée dans les textes constitutionnels de plusieurs pays, ne puisse acquérir une validité sociologique dans les sociétés moins différenciées socialement¹¹⁹⁷.

Section 2 La mise en œuvre des droits subjectifs

À la fin du XIX^e siècle, le théoricien allemand George Jellinek écrivait que la personnalité juridique de l'individu dans l'État reposait sur « l'attribution d'une sphère de droits publics subjectifs »¹¹⁹⁸. Or, la protection juridique accordée par l'État à travers ces droits subjectifs passe par le pouvoir de mettre le « juge en mouvement dans son propre intérêt »¹¹⁹⁹. Comme l'a exprimé Carbonnier : « Chaque droit subjectif arrive à la lumière

¹¹⁹⁵ Par l'adoption de législations et de normes de procédures comme le recours collectif et le renversement du fardeau de preuve : *Colombie-Britannique c. Imrerial Tobacco ltée* [2005] 2 R.C.S. 473.

¹¹⁹⁶ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 56. En ce qui concerne l'autonomie de la procédure judiciaire, il semble que cette autonomie ait été déplacée du droit vers les faits. C'est en effet au niveau du traitement de la preuve que l'autonomie de la procédure est appréciable, bien que l'examen des faits se soit grandement complexifié, en raison d'un environnement de plus en plus complexe. Cette augmentation de la complexité de l'examen des faits a eu une influence importante sur la rapidité avec laquelle la procédure judiciaire commence et prend fin : *id.*, p. 65.

¹¹⁹⁷ Par validité sociologique, nous entendons le fait que le système social agisse en fonction de l'existence de la norme d'indépendance judiciaire, que celle-ci soit ou non valide dans le droit positif. Par exemple, dans l'arrêt *Valente*, la Cour suprême du Canada a déclaré que l'indépendance judiciaire était, au Canada, une norme bien ancrée dans la tradition et les usages avant même que le droit positif canadien n'enchâsse formellement une norme d'indépendance judiciaire dans le droit constitutionnel : *Valente c. La Reine*, préc., note 25.

¹¹⁹⁸ G. JELLINEK, préc., note 744. p. 53.

¹¹⁹⁹ Selon Jellinek, il n'existe pas de nations civilisées qui n'aient eu leurs tribunaux : *id.*, p. 57.

armé d’une action en justice »¹²⁰⁰. Le droit d’accès aux tribunaux est d’ailleurs reconnu dans tous les systèmes juridiques occidentaux¹²⁰¹.

Dans la conception classique, l’appareil judiciaire est « une machine techniquement rationnelle » qui offre « aux individus un maximum relatif de liberté et surtout la possibilité d’évaluer rationnellement les conséquences juridiques et les chances de leur activité »¹²⁰². La figure du juge est alors celle d’un arbitre impartial qui tranche les différends d’ordre privé. Ce dernier se retranche derrière les parties et n’est mobilisé que dans la mesure voulue par celles-ci. La Cour suprême du Canada a fait écho à cette conception dans un jugement rendu en 1949, où le juge Rand, dissident par ailleurs, résumait la théorie de *common law* sur la position des parties et du juge dans le cadre de procédures judiciaires en matières civiles¹²⁰³ :

“ In the common pleas presented to courts, contests between individuals over conflicting claims, the theory of the common law is that the court resolves the dispute according to the law of the land, **but in the role of an impartial arbiter: it is not of itself concerned in the merits of the conflict though it may be said to be so in the settlement of it.** Either party may deal with or dispose of his private right by any of the modes recognized, including abandonment, as he pleases; he is likewise in command of his case before the tribunal, and he is bound by the presentation which he makes. [...] In other words, a ground of complaint must be based upon the denial of what in law he is entitled to and endeavours to assert: but being able to deal with his rights as he sees fit he will not be permitted to play fast and loose with **the**

¹²⁰⁰ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 124, cité dans C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., p. 51.

¹²⁰¹ Le droit français reconnaît un droit d’agir en justice dérivé du droit au juge qui a obtenu une reconnaissance constitutionnelle : Serge GUINCHARD, Monique BANDRAC, Constantin S. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2005, no 246, p. 407-410; . Au Royaume-Uni, ce droit a aussi atteint le rang de droit constitutionnel : *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Leech*, [1994] Q.B. 198, p. 210 par Steyn LJ:

“...it is a principle of our law that every citizen has a right of unimpeded access to a court (...) even in our unwritten constitution it must rank as a constitutional right”.

¹²⁰² M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 164.

¹²⁰³ *R. v. Cullen*, [1949] S.C.R. 658.

serious conduct of a tribunal exercising a vital function of government. »¹²⁰⁴. (Notre mise en évidence)

Les tribunaux exercent un rôle différent selon qu'il s'agit d'une affaire civile ou criminelle. En matière civile, le « procès est l'affaire des parties et non celle de la puissance publique »; lors d'un procès criminel, c'est toute la puissance de l'État qui s'exerce sur l'individu. Cette distinction commande que les parties au procès criminel ne soient pas considérées comme ayant des obligations équivalentes au niveau de la conduite du litige¹²⁰⁵. Dans les affaires criminelles, le roi, qui symbolise la fontaine de justice, agit également dans sa capacité « exécutive » par la fonction qui est la sienne de voir à l'exécution des lois publiques à l'encontre des contrevenants :

“In the administration of the criminal law, the pleas of the crown, however, the underlying conception is in some respects different. The King symbolizes the "fountain of justice", but at the same time there is committed to him in his executive capacity the functions of enforcing the public law against offenders. All prosecutions are in his name, i.e. they are "at the suit" of the King; and in a solemn proceeding it is determined by the "country" in the form of twelve fellow citizens, almost invariably representing the community in which the act has been committed and generally to which the accused belongs, whether or not the latter is guilty as charged.”¹²⁰⁶

Avec l'institution de plus en plus fréquente de recours contre l'État, notamment par la mise en question de la constitutionnalité des lois et des actions gouvernementales, il n'est plus possible de qualifier les tribunaux comme de simples arbitres chargés de trancher les différends de nature privée¹²⁰⁷. L'augmentation de ces recours contre l'État par le truchement de changements législatifs a été accordée par l'État lui-même pour un meilleur

¹²⁰⁴ *Id.*, p. 666-667.

¹²⁰⁵ Dans l'affaire *R. v. Cullen*, préc., cette asymétrie des forces en présence devait faire en sorte que le droit de la Couronne de porter en appel l'acquiescement de l'accusé soit soumis à la preuve que la poursuite s'était objectée d'une manière ou d'une autre aux directives du juge au jury.

¹²⁰⁶ *Id.*, p. 667.

¹²⁰⁷ Ces changements ont des conséquences directes sur le principe d'indépendance judiciaire, comme le souligne la Cour suprême du Canada dans *La Reine c. Beauregard*, préc., note 819, par. 31.

contrôle de l'administration bureaucratique¹²⁰⁸. Compte tenu de cette évolution, les systèmes juridiques sont obligés d'élargir la conception traditionnelle du rôle des cours de justice et d'accorder un champ d'action et d'autonomie plus vaste pour la fonction de justice.

Section 3 Fonction du jugement

En partant de la perspective théorique de Luhmann qui assigne au droit la fonction primaire de stabiliser les attentes normatives individuelles et collectives dans le temps, quelle serait la fonction du jugement dans le droit différencié? Une autre façon de formuler la question pourrait être de se demander quel rôle le droit différencié assigne à la procédure judiciaire et à son produit, le jugement.

Parmi les tâches imposées aux tribunaux judiciaires figure celle de reconstruire le passé pour prédire l'avenir en formulant des règles qui serviront de guides pour les décisions futures dans les cas similaires. Les tribunaux judiciaires sont ainsi aux prises, de manière simultanée, avec la tâche de régler, dans le présent, les litiges sur la base d'une reconstruction du passé et de formuler des règles qui agiront dans le futur pour trancher des litiges dont les faits seront survenus dans le présent. Par leurs interprétations sur le droit, les tribunaux ajoutent une plus-value au système juridique et à sa fonction de stabilisation des attentes normatives. C'est qu'avant que les tribunaux judiciaires n'aient tranché un litige et décidé d'un point de droit, il reste toujours une incertitude au niveau des autres sous-systèmes du droit (législation et contrat principalement) sur le résultat ultime de l'opération d'application du code binaire légal/illégal¹²⁰⁹. Du fait de cet apport à la stabilisation du

¹²⁰⁸ R. MELOT, préc., note 76, p. 149.

¹²⁰⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 1187, p. 54.

droit, les décisions des tribunaux judiciaires participent de façon très importante à la reproduction autopoïétique du droit¹²¹⁰.

Les tribunaux sont particulièrement mobilisés par leur tâche d'appliquer le code binaire du droit. Dans l'exécution de cette fonction, ils participent activement à la clôture organisationnelle du système juridique, car ils ne peuvent appliquer une troisième option ou valeur dans le cadre de leurs opérations, au risque de mettre en danger l'autonomie du système juridique. En excluant toute application d'une autre valeur aux faits et actes juridiques qui sont présentés devant eux, les tribunaux contribuent au maintien de la séparation entre le droit d'une part, et les programmes de finalité et codes produits à l'intérieur des autres systèmes sociaux, d'autre part.

Cette séparation ou différenciation est la qualification, d'un point de vue sociologique, de ce que la dogmatique juridique appelle la « primauté du droit ». Dans le langage systémique, la primauté du droit signifie que les programmes et le code du droit ont préséance sur tous les autres programmes et codes ou valeurs qui émanent des autres sous-systèmes qui exercent en permanence des pressions pour être intégrés au droit. Cette fonction du jugement est d'ailleurs une conséquence de la prohibition du déni de justice qui place les tribunaux dans une position où ils ne peuvent refuser de juger, même si l'objet de la demande suscite des controverses politiques et éthiques importantes dans le système social. D'ailleurs, c'est très souvent précisément pour ces raisons qu'un litige est amorcé devant les tribunaux, forçant le système judiciaire à se prononcer sur des attentes et revendications normatives qui ont été rejetées à de multiples reprises par l'organe chargé de

¹²¹⁰ Comme nous l'avons vu dans la deuxième partie, selon les théories modernes de Luhmann et de Teubner, la variation du système juridique s'effectue suivant un processus évolutif comprenant trois phases (variation, sélection et stabilisation). Si les deux premières phases de variation et de sélection ont lieu dans les opérations du système juridique menées par la législation et le contrat, le jugement lui a un rôle prépondérant dans la troisième phase de stabilisation des variations normatives dans le temps. Teubner insiste aussi sur la jonction d'épisodes pour expliquer la reproduction autopoïétique du droit, à laquelle participent activement les décisions judiciaires.

rendre les décisions législatives, ou qui n'ont pas reçu un accueil aussi favorable que l'auraient souhaité les groupes de pression porteurs de ces revendications.

Le jugement crée l'unité du système juridique, du fait notamment de la circularité de la relation entre la norme et la décision. Selon Luhmann, la circularité de cette relation ne serait pas aussi évidente si les juges pouvaient refuser de juger en cas d'absence de normes applicables ou lorsque le droit n'est pas clair¹²¹¹. La conséquence logique de la circularité de la relation entre le législateur créateur de la norme, et le juge auteur de la décision est que le juge en arrive à appliquer le droit qu'il crée lui-même. Le jugement préserve aussi la cohérence du système juridique, tout en laissant ouverte la possibilité de traiter les demandes pour des changements dans le système à partir des nouvelles informations disponibles. Considérant l'ampleur de la tâche dévolue aux cours de justice dans les systèmes juridiques modernes, on comprend fort bien pourquoi il est essentiel de maintenir leur autonomie et leur indépendance dans le système social. Et comme il sera démontré au chapitre 6 de cette Partie III, c'est par l'élaboration d'une norme d'indépendance judiciaire que les tribunaux pourront préserver la différenciation interne du système juridique qui les place dans cette position stratégique centrale.

Section 4 Les tribunaux du droit autopoïétique

Les mutations dans les modes de création des droits subjectifs ont entraîné des modifications fondamentales dans la structure programmatique du droit. La transformation la plus importante est intervenue au moment de la séparation du droit matériel et du droit processuel. Ce changement a introduit une structure de programme conditionnelle (de type « si, alors »), dans le droit. Cette structure programmatique conditionnelle, qui est l'une des caractéristiques principales du droit autopoïétique, est conçue pour produire des décisions juridiquement régulées dans lesquelles il n'est pas requis de tenir compte des objectifs

¹²¹¹ N.LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 281.

matériels poursuivis par le système normatif, ni de la question de savoir si les décisions produites dans le cadre des programmes conditionnels établis par la législation permettent d'atteindre réellement les résultats escomptés. Il ne saurait en être autrement, car les programmes de finalités sont trop facilement critiquables lorsque les effets visés ne sont pas atteints.

Le droit autopoïétique, qui est contrefactuel, peut le demeurer tant et aussi longtemps que ce sont les opérations internes qui déterminent ce qui peut être intégré au système¹²¹². La nature contrefactuelle du droit ne pourrait être maintenue si celui-ci devait absorber toutes les critiques qui lui sont faites et se modifier en conséquence. L'autre particularité, complémentaire à la première, consiste dans la reconnaissance d'un seul code binaire (légal/illégal) par les opérations du système. La structure programmatique du droit est ainsi configurée qu'il lui est impossible d'accepter d'autres valeurs que celles comprises dans ce code binaire légal/illégal¹²¹³. Le schéma binaire propre au droit est essentiel au maintien du système juridique, car il a pour effet de réduire à l'intérieur du système la complexité de l'environnement.

La thèse du droit comme système autopoïétique suppose que les développements du droit ne sont pas le simple reflet des changements sociaux, et qu'aucun déterminisme social, que ce soit la religion, l'économie ou la politique, ne peut avoir d'effet directement dans le système juridique. C'est la clôture normative du système qui assure que le droit n'est pas simplement le produit normatif de l'évolution sociale. Cependant, il arrive fréquemment que les changements dans l'ordre social provoquent des irritations aux frontières du système juridique. Lorsque ces irritations se rendent jusqu'au système juridique par le couplage structurel, il peut y avoir des modifications au droit. Toutefois,

¹²¹² Le droit autopoïétique est contrefactuel, car il résiste à la tentation de « subsumer la règle aux faits » : S. GOYARD-FABRE, préc., note 761.

¹²¹³ Ainsi, comme nous le verrons dans le prochain chapitre, malgré les nombreuses tentatives pour lier le droit et la justice, cette dernière valeur est étrangère à la structure programmatique du droit.

dans le droit autopoïétique, ces modifications doivent se faire uniquement en fonction des conditions internes du système, lesquelles décident des changements à apporter aux programmes normatifs. La nature et l'étendue de ces modifications dépendent de la possibilité d'intégrer celles-ci dans les programmes juridiques existants et de la compatibilité de ces modifications avec l'application du code binaire, opération ultime du système juridique. Ultiment, ce sont les mécanismes internes au droit qui décident s'il y a modification ou non et quelle en est la portée. Ceci explique pourquoi certaines demandes de changements dans le droit font leur chemin jusqu'à l'intérieur du système juridique, et y suscitent un changement de règles, alors que d'autres n'y réussissent pas.

Le sous-système formé par les tribunaux fonctionne lui aussi selon un code binaire¹²¹⁴ et l'application d'une structure programmatique du droit. Le code binaire a pour effet de réduire les erreurs qui peuvent être commises dans l'application du droit¹²¹⁵. La structure programmatique conditionnelle est essentielle au maintien de l'autonomie de la procédure judiciaire; délestés des objectifs de finalité propres au système politique, les tribunaux peuvent se concentrer sur la régulation des attentes normatives. De plus, la procédure judiciaire est, comme tout programme conditionnel, tournée vers des faits relatifs au passé, tandis que les programmes de finalités sont orientés vers l'avenir¹²¹⁶. En excluant toute application d'une autre valeur que celle du schéma légal/illégal aux faits et actes juridiques qui sont présentés devant eux, les tribunaux contribuent au maintien de la structure de programme conditionnelle du droit en tant que structure distincte des

¹²¹⁴ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 185. Sans ce code binaire exclusif, il ne pourrait y avoir de décisions judiciaires. La juridiction d'*equity* du système judiciaire anglais offrait toutefois un moyen d'échapper à la rigidité de l'application du code binaire. Cette compétence juridictionnelle séparée a maintenant disparu, même si certains recours traditionnellement offerts par les cours d'*equity* sont encore recevables dans les juridictions de droit commun.

¹²¹⁵ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 188.

¹²¹⁶ Selon Luhmann, l'institutionnalisation dans l'État moderne bureaucraté de ces deux types de programmes (conditionnels et de finalités) permet « la coordination de l'avenir et du passé » : N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 126.

programmes de finalité des autres systèmes sociaux. On peut donc dire que les tribunaux participent ainsi activement à la clôture organisationnelle du système juridique.

Les tribunaux du droit autopoïétique remplissent avec un certain succès le rôle d'assurer l'immunité du système juridique face aux demandes de changements dans le droit, qui doivent être gardés à l'extérieur du système. Les juges s'acquittent de leur tâche en se plaçant au centre du système juridique, d'où ils assurent une partie importante de la régulation des opérations internes du système juridique et des interactions avec les autres sous-systèmes sociaux¹²¹⁷. À cet endroit, ils peuvent pleinement exécuter leur fonction de maintenir la différenciation du droit et de la procédure judiciaire (que les juges appellent, dans le langage juridique, la primauté du droit). L'autopoïèse juridique et l'autonomie de la procédure judiciaire assurent ainsi la mise à distance du droit et des autres sous-systèmes sociaux. Ce rôle primordial pour le maintien d'un système légal universaliste est assuré en grande partie par les tribunaux judiciaires.

Section 5 Programmes conditionnels et attentes matérielles

À moins de renoncer à son caractère formel (et à sa structure conditionnelle de programme), l'ordre juridique universaliste et différencié n'est jamais à la mesure des attentes matérielles des intéressés au droit. Le droit ne peut en effet être général, universel et s'appliquer de manière égale à tous, et répondre en même temps aux exigences matérielles des intéressés¹²¹⁸. Il faut reconnaître qu'aucun système formel de droit n'est jamais en mesure de répondre totalement aux besoins des profanes¹²¹⁹.

¹²¹⁷ La fonction de juger régule l'opération dominante du droit positif, qui est la relation circulaire entre la norme et la décision. La procédure et la doctrine réalisent ensuite une connexion hypercyclique qui se greffe à la connexion préalablement établie entre la règle et la décision. Teubner dit qu'elle la « perfectionne » : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., p. 68. C'est l'enchaînement entre les deux connexions qui a pour effet de réguler l'autoreproduction du droit.

¹²¹⁸ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 225 :

Le progrès de la rationalisation du droit peut laisser croire à certains groupes que le droit doit changer s'il n'est pas en mesure de répondre aux exigences soulevées par le changement social. Il est normal que des attentes matérielles surgissent dans le système social et qu'elles demandent d'être prises en charge par le droit. Dans certains cas, ces attentes matérielles s'opposent à la structure programmatique conditionnelle du droit en raison des objectifs qu'elles poursuivent. Autrement dit, ces attentes veulent transformer les programmes conditionnels du droit en programmes de finalités¹²²⁰.

L'utilisation du droit par des groupes d'intérêts et certaines formes de pouvoir (politiques, économiques ou religieux) serait une tendance sociale inhérente¹²²¹. Ce qui différencie la situation actuelle des autres moments de l'histoire où un tel phénomène s'est produit est la source de ces demandes. Alors que dans le passé, cette utilisation détournée était le fait des pouvoirs religieux, monarchiques et aristocratiques, ce sont maintenant les groupes minoritaires qui cherchent, par l'entremise du droit, à faire avancer une cause

«...un droit de juristes n'est jamais et n'a jamais été conforme aux attentes des profanes, à moins qu'il ne renonce totalement au caractère formel qui lui est immanent. C'est le cas non seulement du droit anglais qui est tellement glorifié de nos jours, mais encore celui du droit romain ancien ou de la méthode juridique continentale.»

¹²¹⁹ En revanche, le droit moderne tente, dans une certaine mesure, de favoriser une interprétation signifiante des normes juridiques. Par exemple, en droit privé, la tâche du juge est de déterminer la volonté des parties et en droit pénal, l'intime conviction remplace l'évaluation par les indices extérieurs. De plus, la peine a un but rationnel plutôt que de servir à assouvir le besoin de vengeance. D'où la tâche accrue d'évaluation conférée au juge à qui l'on demande de répondre, par une interprétation de normes souvent abstraites (bonne foi, usages du commerce), aux besoins des intéressés au droit : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 224.

¹²²⁰ Dans le langage luhmannien, ces demandes de justice matérielle qui s'exercent sur le système juridique tendent à provoquer des effets de dédifférenciation – qui constitue le mouvement inverse de la différenciation, soit une fusion entre le droit et les préoccupations religieuses, morales, éthiques ou utilitaires de la société du système juridique, auxquels celui-ci doit répondre par des mouvements contraires de perdifférenciation - la perdifférenciation est une différenciation extrême — afin de maintenir sa reproduction autopoïétique.

¹²²¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 234. Ces types de revendications font partie, comme le soulignait Weber, des « tendances inhérentes à certaines formes de pouvoir politique, démocratique et aristocratique ».

idéologique ou à améliorer leur statut économique¹²²². À l'heure des revendications identitaires¹²²³, il s'agit d'un phénomène beaucoup plus complexe qu'une simple lutte de classes transposée dans le système juridique. Les demandes pour une justice matérielle sont faites par des personnes appartenant à des groupes moins privilégiés¹²²⁴, mais aussi par des groupes unis par des raisons idéologiques ou par une éthique religieuse ou morale commune qui n'a rien à voir avec le statut économique.

Du fait de la prohibition du déni de justice, les tribunaux judiciaires sont tenus d'arbitrer les demandes de justice matérielle à la place de l'État, et se voient ainsi placés dans la situation où ils doivent défendre leur compétence sur l'application du droit, en plus de résister aux fortes pressions visant à incorporer dans les décisions judiciaires des éléments matériels qui relèvent de la moralité, de l'équité ou de l'opportunité. Des difficultés ne peuvent que survenir dès lors que l'on tente d'utiliser le droit pour régler des problèmes non seulement insolubles, comme les conflits de valeurs, mais qui ne relèvent pas de sa fonction dans le système social¹²²⁵. Ultimement, ce sont les juges qui sont aux prises avec le lourd fardeau de définir le contenu des valeurs morales et la correspondance ou conformité des normes avec ces valeurs morales. Non seulement doivent-ils assumer ce fardeau, mais ils doivent le faire en étant privés de la possibilité d'utiliser une justification extérieure au droit pour assurer la légitimité de leurs décisions. Les juges deviennent ainsi

¹²²² *Id.*, p. 233 : Selon Weber toutefois, cette antinomie indissoluble entre le principe matériel et le principe formel n'est pas directement liée à des facteurs économiques, car il surgirait également à l'intérieur d'une même classe.

¹²²³ Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.

¹²²⁴ Car, inévitablement, la formalisation du droit a des revers importants en ce qui concerne l'accèsion des groupes défavorisés à une égalité matérielle.

¹²²⁵ Le droit est mal équipé pour arbitrer ce type de différends, car il est dépourvu des ressources nécessaires à la résolution des problèmes générés dans les autres sous-systèmes sociaux (politiques, religieux, moraux). De plus, le remplacement des concepts juridiques par des considérations matérielles peut avoir des conséquences néfastes sur le respect de la primauté du droit dans l'administration de la justice. Ainsi que le prophétisait Weber, « la précision juridique telle qu'elle apparaît dans les motivations des jugements sera fortement réduite quand des raisonnements sociologiques, économiques ou éthiques prendront la place de concepts juridiques » : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 234.

des « intervenants de première ligne » face aux pressions grandissantes et continues qui s'exercent sur le droit afin qu'il ouvre ses frontières et intègre dans ses opérations les communications des autres systèmes sociaux (politiques, économiques, sociales, égalitaires, éthiques, morales ou religieuses). Les juges sont tout de même obligés de maintenir une distance entre le droit et ces demandes de justice matérielle formulées par les voies de recours judiciaires.

En définitive toutefois, le progrès de la rationalité du droit ne peut faire marche arrière¹²²⁶, puisque la différenciation et l'autonomie du droit ont laissé des marques indélébiles¹²²⁷. La théorie de l'autopoïèse du droit signifie que le système juridique est indéniablement capable de résister aux pressions de l'environnement et d'empêcher que les événements de l'environnement du système ne deviennent automatiquement valides dans le système¹²²⁸. Cette tâche – assurer la clôture normative du droit — revient principalement aux tribunaux judiciaires. Cette question sera plus amplement développée au dernier chapitre de la thèse.

¹²²⁶ *Id.*, p. 234-235 :

« Est inévitable la conception selon laquelle le droit est un appareil technique rationnel qui se transforme sous l'influence de considérations rationnelles en finalité et qui est dépourvu de tout contenu sacré. Ce destin peut être occulté par la souplesse croissante du droit en vigueur, mais ne peut être véritablement écarté. **Toutes les analyses modernes de sociologie et de philosophie du droit que nous avons brièvement mentionnées et dont beaucoup sont de très grande valeur ne peuvent que renforcer cette impression quel que soit le contenu de leurs théories sur la nature du droit et la position du juge.** » (Notre mise en évidence)

¹²²⁷ Si la rationalisation du droit est un processus inéluctable, il est tout de même entré dans une phase critique qui provoque plusieurs soubresauts, notamment en ce qui concerne la position des juges dans le système juridique. Pour Weber, l'assouplissement des concepts juridiques par l'adaptation du système aux demandes matérielles aura certainement un impact sur la nature technique du droit, sans toutefois les modifier fondamentalement : *id.*, p. 234.

¹²²⁸ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 51.

CHAPITRE 5 LA JUSTICE FORMELLE SOUS TENSION

La sociologie wébérienne énonce que le droit moderne est l'aboutissement du processus de rationalisation qui s'est traduit par une universalisation des normes juridiques et l'intégration des rapports individuels sous un seul droit général, même si des particularismes juridiques ont continué à exister. Ce droit général est fondé sur le principe de l'égalité juridique formelle des individus et représente l'aboutissement de l'œuvre des deux forces de rationalisation que sont la progression de l'économie de marché et la bureaucratisation de l'administration (publique et privée)¹²²⁹.

L'hypothèse d'une relation entre la progression de la rationalité du droit et le type de système judiciaire à l'œuvre dans l'ordre juridique soulève des difficultés d'ordre théorique et pratique¹²³⁰. Weber a, de façon indirecte, touché à cette question à l'occasion de sa discussion des types idéaux de justice. Il a notamment posé la question du type de justice ou, si l'on veut, du type de règlements des litiges qui se développerait avec la rationalisation progressive des modes de création et de découverte du droit. On peut avancer que le sociologue a posé la première pierre d'une typologie des juges, à laquelle correspondrait la typologie des ordres juridiques associés aux types de domination qui ont eux-mêmes été conceptualisés à partir de la typologie des ordres sociaux.

Weber a toutefois expressément décliné la possibilité de poursuivre les travaux sur ce sujet après avoir souligné la différence du statut des juges de droit continental et celui des juges anglais, suisse ou américain¹²³¹. Pour Weber, il était illusoire de penser que les

¹²²⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 76; Claude DIDRY, « Droit, histoire et politique dans la sociologie de Max Weber », dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit*, Saint-Nicolas, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 102.

¹²³⁰ Comme le souligne un auteur, il y a un manque de réflexion sociologique sur la justice différenciée : A. BERTEN, « D'une sociologie de la justice à une sociologie du droit : à propos des travaux de L. Boltanski et L. Thèvenot », (1993) 24 *Recherches sociologiques* 69.

¹²³¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 233. Pour Weber, la magistrature bureaucratisée du droit continental ne pourrait jamais arriver au même résultat que la magistrature anglo-saxonne ou américaine,

systèmes fonctionnant avec de tels juges (dont le rôle créateur de droit n'est plus contesté) pouvaient imposer une croyance objective dans le caractère formel du droit et l'absence d'influence du juge dans le changement du droit en vigueur¹²³². Tenant compte de cette mise en garde, nous pouvons tout de même poursuivre l'examen des typologies de la justice par un exposé des types de justice associés aux différentes étapes de différenciation du droit, et analyser ensuite l'impact de la rationalisation du droit sur l'évolution de la fonction de juger.

Les systèmes juridiques occidentaux ont fait un pas de géant en institutionnalisant un système de justice formelle fondé sur l'égalité juridique de tous et la subsumption des droits particuliers et des privilèges sous un seul droit général sécularisé. La formalisation du droit a permis d'assurer l'égalité formelle dans l'application du droit, ce qui a permis en retour au système juridique de se différencier du système social. L'institution d'une justice formelle a aussi contribué à la différenciation de la société au niveau économique et social¹²³³. Comme Aristote l'avait prédit, c'est en séparant l'édiction de normes et en les élevant à un niveau assez général et abstrait qu'il sera plus difficile de prévoir les décisions qui seront rendues. Ceci aidera les juges à garder leur distance vis-à-vis des considérations étrangères (telles que des liens de parenté, des affinités particulières, des intérêts pécuniaires) à celles dont il devrait être tenu compte dans la prise de décision¹²³⁴.

La mise en place d'une justice formelle n'a pas été toutefois sans provoquer des tensions de la part des classes revendiquant des attentes normatives d'ordre matériel. La

quand bien même on lui demanderait de renoncer au formalisme juridique formel et « d'évaluer ». Si l'on comprend bien son raisonnement, ce serait surtout l'origine et les conditions de promotion de ces juges de droit continental qui les empêcheraient de juger comme leurs confrères des autres juridictions.

¹²³² M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 234. Weber soulève toutefois la possibilité que le progrès de la bureaucratisation et de la législation puisse à l'avenir ébranler fortement et de manière durable la position traditionnelle du juge anglais.

¹²³³ *Id.*, p. 166.

¹²³⁴ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 248.

justice formelle s'appuie en effet sur le droit positif, dont la structure programmatique conditionnelle s'oppose à la justice matérielle qui vise à atteindre un résultat déterminé. Cette opposition a un effet déterminant sur la conception du rôle du juge dans le système juridique, notamment en ce qui a trait à la responsabilité des juges concernant l'impact de leurs décisions dans le système social. Weber avait lui-même fait état des tensions irrémédiables qui surgissent du fait des pressions constantes exercées par l'environnement du système juridique. Le cours du XX^e siècle a confirmé ses prémonitions.

Section 1 Typologie des justices légitimes

1.1 Les types idéaux de justice dans la sociologie wébérienne

Weber a divisé les types de justice présents dans les ordres juridiques en justice théocratique, populaire, patrimoniale (celle-ci est aussi qualifiée de laïque et autoritaire), et justice de notables¹²³⁵. Les trois premiers types sont liés à un droit immuable et univoque qui nécessite seulement d'être appliqué à des cas particuliers. La justice théocratique est rendue sur la base de règles sacrées et une casuistique formaliste qui s'ajuste aux besoins des intéressés. Cette justice fut présente dans tous les systèmes juridiques à travers le temps¹²³⁶.

La vieille justice populaire, qui est l'un des éléments de la structure « triple et une » de l'assemblée primitive¹²³⁷, a succédé à l'arbitrage entre clans¹²³⁸; elle rend des décisions fondées sur des « considérations concrètes, éthiques, politiques ou sociales »¹²³⁹.

¹²³⁵ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 167.

¹²³⁶ Le droit canon, la Charia et le Code de Manou intègrent encore une telle forme de justice.

¹²³⁷ H. SPENCER, *Principes de sociologie*, préc., note 87.

¹²³⁸ L'origine de la justice est l'arbitrage entre clans, car il ne peut y avoir de prétentions juridiques à l'intérieur du clan, les conflits étant réglés de manière autoritaire par le chef de famille ou de tribu.

¹²³⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 167.

La justice populaire est ensuite « dépouillée de son irrationalité formaliste primitive »¹²⁴⁰ par le pouvoir issu de l'*imperium* du prince¹²⁴¹ qui la transforme en droit privilège. La justice patrimoniale princière attire les plaideurs par des moyens plus rationnels de preuve et de procédure, éliminant ainsi la justice seigneuriale et féodale¹²⁴². La justice par notables est plus formelle, mais aussi très onéreuse, ce qui donne lieu à un déni de justice qui est vu de manière favorable par les intérêts économiques dominants. Pour Weber, c'est une justice empirique et compliquée au niveau de la procédure. Évidemment, dans la typologie wébérienne, il s'agit de la justice anglaise¹²⁴³.

Les trois premiers types de justice (théocratique, populaire et patrimoniale) se rencontrent sur un point précis, car ce sont tous des justices matérielles. Cette justice est dite « matérielle » du fait qu'elle revendique une justice qui porte en substance, en contenu. Par opposition, la justice formelle est celle qui garantit la reconnaissance des intérêts juridiques, indépendamment des autres considérations matérielles. Cette justice place les

¹²⁴⁰ L'ancienne juridiction de l'arbitrage entre clans et la justice populaire utilisent des moyens de procédures irrationnels, tels que l'oracle et l'ordalie. Ces méthodes seront remplacées par la justice de la monarchie patrimoniale qui va rationaliser la procédure pour éliminer la justice seigneuriale en la rendant moins attrayante.

¹²⁴¹ Au moyen de la procédure formulaire à Rome et du *writ* devant les tribunaux royaux anglais notamment : *id.*, p. 162.

¹²⁴² *Id.*, p. 163 : Weber cite à titre d'exemple d'innovations procédurales les moyens procéduraux des préteurs romains, les procédures des cours royales anglaises (particulièrement sous Henri II) et les procédures inquisitoriales de l'Église catholique. Comme le souligne Weber, cette rationalisation de la procédure par les pouvoirs patrimoniaux théocratiques ou princiers se manifestera là où il y ira de l'intérêt de ces pouvoirs et dans la mesure où des alliances pourront être conclues avec d'autres groupes intéressés à la rationalisation du droit, comme les classes bourgeoises au Moyen Âge. Mais ces alliances d'intérêts vont être rompues au détriment de l'*imperium*, et en faveur des classes bourgeoises, après les révolutions anglaise et française.

¹²⁴³ À cause de ce caractère empirique, la justice anglaise irait même à l'encontre des intérêts de la bourgeoisie selon Weber. Ce qui fait lui dire que la Grande-Bretagne a été le berceau du capitalisme en dépit de sa structure juridique :

«C'est pour cette raison que la bourgeoisie veut une pratique judiciaire rationnelle et par là un droit formel systématisé et rationnel quant au but (*zweckrational*) excluant à la fois la soumission aux traditions et l'arbitraire, et où les droits subjectifs aient leur source exclusive dans des normes objectives. Les puritains anglais, la plèbe romaine, la bourgeoisie allemande du XIXe siècle exigent un tel droit systématisé et codifié. Mais jusque-là la route est longue» : *id.*, p. 168.

intérêts juridiques sur le même pied d'égalité et garantit qu'une procédure formelle de reconnaissance du droit sera appliquée, mais ne crée aucun droit substantif¹²⁴⁴.

Weber notait une tendance à la matérialisation de la découverte du droit dans les demandes formulées auprès du système judiciaire de l'État moderne. Cette tendance se manifeste par la demande « au juge en vertu soit de normes juridiques positives soit de théories juridiques de décider en se basant sur des principes matériels tels la moralité, l'équité ou l'opportunité »¹²⁴⁵. Un tel mouvement est inévitable dans le contexte d'une rationalisation grandissante du droit. La « matérialisation » du droit est en effet une réaction normale à la rigueur technique des concepts juridiques qui découlent du formalisme juridique.

En raison de son caractère abstrait et objectif, la justice formelle enfreint les idéaux de la justice matérielle¹²⁴⁶. Pour Weber, c'est au niveau de l'antinomie entre justice matérielle et justice formelle, « que se rencontrent les tendances d'une démocratie souveraine avec celles de la théocratie ou de la monarchie patriarcale »¹²⁴⁷. Ce point de rencontre explique les ressemblances entre la crise de la justice qu'a connue l'Angleterre des rois Stuart et la France pendant la Fronde parlementaire, et celle que traverse la justice des démocraties souveraines¹²⁴⁸. Alors que les pouvoirs patrimoniaux ont préféré la justice

¹²⁴⁴ L'évolution du droit administratif anglais vers l'imposition d'une norme universelle d'équité procédurale applicable à tous les types de décisions rendues par une autorité administrative gouvernementale garantit l'application d'un processus, mais n'ajoute rien au droit substantif : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525.

¹²⁴⁵ M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 29. La matérialisation du droit est un rapprochement, du point de vue formel, entre la découverte du droit et le « gouvernement ». La distance entre juridiction et gouvernement subsiste dans nos sociétés différenciées, en partie grâce au respect accordé à la primauté du droit, dont les tribunaux sont les gardiens.

¹²⁴⁶ *Id.*, p. 166.

¹²⁴⁷ *Id.*, p. 167.

¹²⁴⁸ Nous avons vu comment des tensions se sont manifestées au XVII^e siècle en Angleterre et en France entre la justice patrimoniale et la nouvelle classe des intéressés au droit formée par la bourgeoisie qui réclamait une justice formelle. Dans les deux pays, les juges ont été placés au cœur de ces conflits entre les détenteurs de

matérielle parce qu'elle maintenait la dépendance des individus face au pouvoir, les groupements démocratiques considèrent eux que la justice formelle s'éloigne parfois trop des décisions prises par l'ensemble de la population¹²⁴⁹. L'opposition des démocraties face à la justice formelle s'exprime par des pressions exercées sur les juges pour qu'ils rendent des décisions en se basant avant tout sur des considérations matérielles, c'est-à-dire éthiques, politiques ou égalitaires, plutôt que sur des concepts formels du droit édifiés sur la base de l'égalité juridique entre les parties¹²⁵⁰. Étant donné qu'il n'existe pas d'ordre juridique qui soit sans failles, ces demandes exigent de la justice qu'elle appuie ses décisions sur un droit plus « juste ». D'où l'affirmation de Weber, selon laquelle les demandes des démocraties populaires affaiblissent le formalisme juridique.

Des tensions du même type resurgissent de temps à autre, et plus spécialement depuis le milieu du XX^e siècle. De fait, toute forme de pouvoir politique en a contre la formalisation du droit et de la justice. Comme le disait si justement Weber, « le droit est dirigé vers des voies antiformelles par tous les pouvoirs qui veulent que la pratique juridique soit autre chose qu'un simple moyen de régler pacifiquement des conflits d'intérêts »¹²⁵¹. Ces pouvoirs tentent aussi en général de ne pas être liés par les règles formelles, même lorsqu'elles émanent d'eux.

1.2 Justice formelle et justice matérielle; une antinomie inévitable

Le système judiciaire moderne fonctionne sur la base d'une séparation totale entre les rôles sociaux des individus impliqués dans le procès, et leur rôle en tant que participants

privilèges et leurs anciens alliés. Dans les deux systèmes aussi, la rationalité du droit et le formalisme juridique s'opposaient aux considérations matérielles revendiquées par les monarchies patrimoniales et les régimes démocratiques.

¹²⁴⁹ *Id.*, p. 166.

¹²⁵⁰ *Id.*, p. 29. C'est le propre de la justice populaire de rendre des décisions sur la base de considérations matérielles : *id.*, p. 167.

¹²⁵¹ *Id.*, p. 234.

à la procédure¹²⁵². Ce système fonctionne comme une machine techniquement rationnelle¹²⁵³ qui laisse un maximum de libertés aux participants en leur permettant d'évaluer rationnellement les conséquences de leurs activités et choix juridiques, ainsi que leurs chances de succès en s'engageant dans la procédure judiciaire. La justice formelle est incompatible avec la réalisation d'objectifs matériels, car elle considère le procès ou le recours juridique comme une méthode de résolution pacifique des conflits qui fonctionne selon des règles précises et inviolables et une structure programmatique de décision qui laisse le résultat entièrement ouvert¹²⁵⁴.

Or, et c'est là où les conflits d'ordre matériel peuvent naître, dans une société où le pouvoir économique est inégalement réparti, la justice formelle enfreint presque toujours des postulats matériels¹²⁵⁵. La justice formelle ne soulage en effet aucunement les maux sociaux tels que la pauvreté et les inégalités sociale, raciale ou ethnique. Et comme le soulignait un éminent théoricien du droit, la règle de la primauté du droit est de peu d'utilité

¹²⁵² Dans l'affaire *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, la Cour suprême du Canada rappelle que le système judiciaire traite les témoins sur le même pied d'égalité :

« Notre jurisprudence interdit de lier la crédibilité à des choses aussi peu pertinentes que le sexe, la profession ou une apparente prédisposition chez les individus d'un groupe » (par. 16).

¹²⁵³ Dans un système de droit matériellement et formellement rationnel, le procès est une « forme spécifique de lutte pacifique assujettie à des “règles du jeu fermes” et inviolables » : M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc. note 23, p. 164.

¹²⁵⁴ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 130. Dans la procédure formelle, la conduite des litiges est laissée à l'initiative des parties, car le procès n'est plus l'affaire de la puissance publique, mais celle des parties qui y trouvent la chance de résoudre pacifiquement leurs conflits.

¹²⁵⁵ M.WEBER, *Sociologie du droit*, préc. note 23, p. 166.

dans les situations d'absence de droits¹²⁵⁶. Des antinomies surgissent alors invariablement entre les demandes matérielles et le droit formel¹²⁵⁷.

Dans sa sociologie du droit, Weber fait référence à maintes reprises au conflit entre le principe matériel et le principe formel de la justice. L'opposition entre la justice formelle des porteurs spécialisés et la justice matérielle réclamée par les profanes et les classes moins nanties¹²⁵⁸ est le résultat de la professionnalisation extrême du droit qui aurait, pour ainsi dire, « désenchanté » la justice¹²⁵⁹. Il est vrai que la logique juridique professionnelle qui édicte que ce qui ne peut être conçu d'une manière scientifique par les juristes, n'existe pas comme proposition juridique, ne peut qu'entraîner une déception de la part des intéressés qui, eux, réclament des décisions essentiellement fondées sur des principes matériels, qu'ils soient éthiques, utilitaires ou moraux.

Avant l'avènement de sa positivité, le droit était plus perméable aux demandes matérielles, car il était plus ancré dans la structure sociale. La situation est différente maintenant, car les attentes matérielles se rendent moins directement au droit par le système législatif qui n'est pas tenu de prendre en compte ces demandes. Par ailleurs, l'obligation de juger imposée aux tribunaux place ceux-ci sur la ligne de tirs des groupes de pression qui

¹²⁵⁶ Vilhem AUBERT, « The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State », dans Gunther TEUBNER (dir.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, p. 28:

“...it is clear that the rule of law tends to favour who have rights and has less to offer those who lack rights”.

¹²⁵⁷ Comme le souligne un auteur, lorsque des sentiments profonds et des intérêts vitaux sont en cause, les individus ne peuvent accepter l'idée que leur sort soit réglé par l'application mécanique de normes préétablies: R. BENDIX, *Max Weber, An Intellectual Portrait*, préc., note 49, p. 395.

¹²⁵⁸ Au début du 20^e siècle, Weber englobait les classes moins nanties et les profanes dans le groupe de personnes susceptibles de réclamer une justice matérielle fondée sur des considérations politiques, économiques ou éthiques. Pour Weber, la justice formelle heurte la « sensibilité du profane » et celle des classes non privilégiées, puisque ceux-ci sont portés à considérer le formalisme juridique comme favorisant les classes dominantes : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 232.

¹²⁵⁹ La déshumanisation de la justice est le prix à payer pour l'universalisation et la généralisation du droit qui ont par ailleurs permis d'ériger la primauté du droit en tant que principe dominant.

n'ont pas un accès facile au système politique où les demandes de changement du droit se négocient de façon habituelle.

L'opposition entre justice matérielle et justice formelle est un facteur important dans la « crise de légitimité » de la fonction judiciaire dans les sociétés démocratiques. La Cour suprême du Canada reconnaît elle-même que la légitimité des institutions ne repose pas uniquement sur le droit¹²⁶⁰. Comme gardiens de la primauté du droit¹²⁶¹, les juges garantissent l'application égalitaire du droit, ce qui peut être incompatible avec les idéaux de justice revendiqués par les groupes minoritaires. Malgré cette antinomie entre la primauté du droit et ces représentations des minorités de l'idéal de justice, les tribunaux doivent résister aux pressions qui s'exercent sur eux pour rendre des décisions plus « éthiques », et continuer de produire leurs propres mécanismes de légitimation en appliquant une justice formelle.

Section 2 La responsabilité de la justice

La prise en compte des conséquences des décisions judiciaires est l'un des effets pervers de l'augmentation des demandes de justice matérielle. Cette propension à « responsabiliser » la justice et les juges face aux conséquences des décisions juridiques

¹²⁶⁰ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217 :

« Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu'elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l'intermédiaire d'institutions publiques créées en vertu de la Constitution. **Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique.** Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule «volonté souveraine» ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles » (par. 67) (Notre mise en évidence)

¹²⁶¹ Renvoi, préc., note 17.

menace la différenciation et l'autonomie du système juridique, car elle introduit un critère de pertinence sociale dans la prise de décisions.

Nous avons vu que la protection constitutionnelle des droits fondamentaux a suscité la différenciation d'un système de médiation des demandes matérielles qui a fini par être intégré au système juridique¹²⁶². Du même souffle, le système politique s'est déchargé de l'obligation de former le consensus sur les questions éthiques et morales qui sont apparues à la faveur des plus grandes possibilités offertes par les innovations technologiques. Les citoyens, eux, se sont tournés vers les tribunaux pour faire trancher leurs problèmes moraux et sociaux en les présentant sous le couvert de questions juridiques¹²⁶³.

En opérant cette forme de délestage, la constitutionnalisation des droits fondamentaux a transféré du système politique vers le système judiciaire la fonction de médiation des demandes matérielles. Les tribunaux sont dès lors chargés de la détermination des conséquences juridiques suscitées par les changements conceptuels dans le système social global. En conséquence de ce délestage et du fait de la prohibition du déni de justice, les tribunaux sont tenus d'accomplir ce rôle de médiation des demandes matérielles, fonction qu'ils n'ont pas sollicitée.

¹²⁶² Les systèmes juridiques des sociétés modernes fonctionnent presque tous sous ce « vaste cadre constitutionnel » dans lequel il est également important que le contenu « extraconstitutionnel » du droit ne soit pas composé uniquement de législations explicites ou de décisions exécutives contraignantes, mais également de décisions des tribunaux qui font précédent : T. PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, préc., note 153, p. 20

¹²⁶³ G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, préc., note 36, p. 98. Le délestage de ces questions vers le système juridique (et de là au système judiciaire) conforte les groupes d'intérêts sur l'utilité du recours aux tribunaux judiciaires pour faire trancher les conflits moraux et éthiques qui ne sont pas résolus dans les réseaux de communications des systèmes sociaux d'où proviennent ces conflits.

2.1 Les conséquences comme base de décision

Le droit positif fonctionne à partir d'une structure conditionnelle de programmes qui lie le juge dans l'acquiescement de sa charge, tout en limitant sa responsabilité face aux conséquences de sa décision. En motivant sa décision uniquement sur la base des règles écrites et des précédents reconnus, le juge peut se décharger des conséquences infortunées de ses décisions dans le système social¹²⁶⁴. De plus, comme le juge doit tenir compte uniquement des faits pertinents admis en preuve, il peut garder ses distances vis-à-vis des événements qui se produisent dans l'ordre social général qui pourraient influencer sur sa décision¹²⁶⁵. Il n'est pas non plus tenu de « flairer les principes moraux de jugement qui seraient susceptibles de créer un consensus »¹²⁶⁶. C'est la législation, et non le jugement, qui est le produit du *consensus* des intérêts individuels¹²⁶⁷. Enfin, en limitant le plus possible la portée du *ratio decidendi* aux questions posées et aux faits prouvés dans le litige, le juge maintient l'ouverture cognitive du système juridique et préserve l'incertitude quant au résultat futur d'une procédure soulevant des questions similaires.

¹²⁶⁴ V. AUBERT, préc., note 1256, p. 32. C'est ce mécanisme réflexif qui est reproché aux juges par Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire canadien », (2006) 85 *R. du B. can* 221.

¹²⁶⁵ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 56.

¹²⁶⁶ *Id.* Dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, sur la question de savoir s'il est socialement justifié de criminaliser la possession de la marijuana, la juge Arbour résume bien la position des juges selon laquelle il n'appartient pas aux tribunaux de trancher les débats moraux et philosophiques présents dans la société :

« Ce débat théorique et philosophique [l'opposition entre préjudice et moralité comme motif justifiant la restriction des libertés individuelles] présente un grand intérêt et constitue un instrument utile pour les législateurs. Il peut également servir de guide dans la définition du principe du préjudice comme principe de justice fondamentale. **Toutefois, le rôle des tribunaux en tant que gardiens des principes de justice fondamentale garantis par la Constitution ne consiste pas simplement à choisir entre les diverses thèses avancées par les théoriciens du droit criminel à l'égard du principe du préjudice.** » (par. 239) (Notre mise en évidence).

¹²⁶⁷ *Supra*, partie II, chapitre 1, section 1.1.

Paradoxalement, alors que le droit positif constitué de programmes conditionnels permet de limiter la responsabilité du juge dans le processus décisionnel, on assiste à une tendance de plus en plus marquée d'exiger la prise en compte des conséquences futures des décisions dans la formulation des principes juridiques¹²⁶⁸. La prévisibilité des effets futurs d'une décision est ainsi devenue une composante de l'argumentation juridique devant les tribunaux. La théorie du droit a négligé de traiter de l'impact de ce phénomène et des conflits systémiques suscités par le recours à l'impact des décisions judiciaires dans les autres sous-systèmes sociaux, comme fondement partiel ou total de la décision.

Dans la théorie systémique, la prise en compte des conséquences des décisions judiciaires est considérée comme une tentative de remplacer la structure conditionnelle des programmes du droit positif par une structure de programmes axés sur les finalités du droit. Ceci a des conséquences néfastes non seulement pour la primauté du droit, mais aussi sur les parties qui doivent ainsi faire les frais de l'ingénierie sociale et d'une politisation des décisions¹²⁶⁹. Un autre effet problématique repose sur l'indétermination de l'endroit où tracer la ligne en ce qui a trait au degré de prévisibilité des incidences d'une décision¹²⁷⁰. À cet égard, il peut aussi arriver que d'autres événements ou décisions postérieurs sur lequel le juge saisi n'a aucun contrôle surviennent qui modifient ainsi les conséquences anticipées de la première décision judiciaire¹²⁷¹.

Pour maintenir leur distance vis-à-vis du système social, les juges doivent renforcer les rouages systémiques qui limitent leur responsabilité quant aux conséquences

¹²⁶⁸ Les conséquences des décisions juridiques sont réintroduites dans les décisions en tant que critères de décision. Luhmann qualifie ce phénomène de « legal consequentialism » : N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. 133.

¹²⁶⁹ *Id.*, p. 134.

¹²⁷⁰ Weber notait avec beaucoup de justesse que le sentiment justice était un critère beaucoup trop émotionnel et instable pour servir de fondement à des règles juridiques : M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., note 23, p. 123.

¹²⁷¹ N. LUHMANN, *The Law as a Social System*, préc., note 7, p. 2

de leur décision¹²⁷². Ces mécanismes systémiques sont d'une part, le couple formé par le code binaire et la structure programmatique conditionnelle de décision et d'autre part, la préservation de l'indépendance judiciaire¹²⁷³. Ce sont les conséquences des décisions dans le système juridique qui importent et les juges doivent garder dans cette limite étroite les demandes visant à prévoir les conséquences des décisions judiciaires¹²⁷⁴. Autrement, les tribunaux judiciaires seront transformés en forum de débats politiques et sociaux, et prendraient la place du législateur¹²⁷⁵.

2.2 Mettre les juges à l'abri de la critique

Avec l'invasion des conflits moraux, religieux et politiques dans le système juridique, les juges ne peuvent plus prétendre résoudre que des litiges de nature privée. L'utilisation de la procédure judiciaire pour trancher ces conflits bouleverse la conception traditionnelle du rôle des tribunaux et place les juges dans une position hautement inconfortable. Il est plutôt aisé de faire dévier la critique et de limiter la responsabilité du juge face aux conséquences d'une décision lorsque le litige met en cause uniquement des enjeux privés. À l'opposé, l'imputation d'une responsabilité « sociale » aux juges

¹²⁷² On peut penser aussi que la très grande popularité au sein de la magistrature québécoise et canadienne des processus de médiation judiciaire tient à l'augmentation de ces pressions pour des solutions matérielles aux procédures judiciaires que les juges ne peuvent évidemment pas accorder. Avec la médiation, les juges sont autorisés à mettre de côté la justice formelle et l'application stricte du code binaire, pour répondre aux demandes de justice matérielle. Voir L. OTIS, préc., note 1167.

¹²⁷³ Ce mécanisme sera discuté dans la section 4 du prochain chapitre.

¹²⁷⁴ L'exigence de décider d'une question constitutionnelle uniquement dans un contexte factuel précis est une stratégie judiciaire qui permet de faire obstacle aux demandes de justice matérielle visant à faire changer le droit par les tribunaux : *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357. Une autre stratégie à laquelle les juges ont parfois recours est celle de la question politique : *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; Maurice FINKELSTEIN, "Judicial Self-Limitation," (1924) 37 *Harv. L. Rev.* 338; Fritz W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis," (1966) 75 *Yale L.J.* 517; Martin H. REDISH, "Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function", (1984) 94 *Yale L.J.* 71.

¹²⁷⁵ Dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, la Cour suprême du Canada a écrit que l'une des raisons d'être de la doctrine du caractère théorique vise à éviter que les tribunaux n'empiètent sur la fonction législative en décidant des questions de droit alors qu'il n'y a plus de litige entre les parties.

relativement à certaines décisions controversées est devenue chose courante¹²⁷⁶. Des tensions ne peuvent manquer de naître dès le moment où la fonction judiciaire cesse d'être considérée comme le règlement formel d'un conflit d'intérêts (ce que la différenciation du droit moderne devrait laisser supposer), et est invoquée pour résoudre des problèmes d'ordre social.

Au Canada, depuis l'avènement de la *Charte*, les juges ont été appelés à rendre des décisions dans des litiges soulevant d'importants débats sociaux. Parmi les questions controversées sur lesquelles la Cour suprême du Canada a dû se pencher figurent le droit de sécession au Canada¹²⁷⁷, les paramètres de la liberté de religion¹²⁷⁸, la criminalité du délit d'opinion¹²⁷⁹, le moment où la vie humaine commence¹²⁸⁰, le droit d'une personne de se donner la mort¹²⁸¹, ou d'enlever la vie à un parent pour des motifs de compassion¹²⁸². Ces types de questions se retrouvent devant les tribunaux en raison de l'échec des autres sous-systèmes sociaux à résoudre leurs conflits systémiques. Ces défaillances survenant dans les autres systèmes poussent des citoyens à se tourner vers les tribunaux judiciaires pour tenter de trouver une solution juridique à ces échecs. Or, le droit, à cause de son code binaire et de ses programmes conditionnels, est dans l'impossibilité de régler les problèmes fonctionnels des autres sous-systèmes. Alors que la science, la morale, la religion, les relations intimes

¹²⁷⁶ Un exemple récent est démontré par l'émoi causé dans l'opinion publique par l'arrêt des procédures criminelles pour meurtre intentées contre cinq prévenus qui fut prononcé par un juge de la Cour supérieure en raison des agissements des policiers et du ministère public : *R. c. Tshiamala*, 2009 QCCS 52 (CanLII) ; Guy TAILLEFER, *Gangs de rue — Riposte disproportionnée?*, Journal Le Devoir, mercredi 14 janvier 2009 : <http://www.ledevoir.com/2009/01/14/227288.html> (consulté le 4 avril 2009).

¹²⁷⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1260.

¹²⁷⁸ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

¹²⁷⁹ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

¹²⁸⁰ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530. Dans cette dernière affaire, le litige portait sur le sens des mots "être humain" dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

¹²⁸¹ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S.519.

¹²⁸² *R. c. Latimer*, [2000] 1 R.C.S. 3.

devraient normalement rester en marge du droit¹²⁸³, ces questions font l'objet de débats juridiques insolubles en raison de l'obligation de juger des tribunaux. Car c'est souvent uniquement par la voie des recours judiciaires que des groupes d'intérêts réussissent à mobiliser le droit pour trancher des conflits qui relèvent d'autres sous-systèmes¹²⁸⁴.

Le recours aux tribunaux pour régler des problèmes sociaux crée un antagonisme entre le droit positif, symbole de l'ordre juridique d'un État souverain unifié et hiérarchisé, et un droit diffus fait de valeurs fondamentales et de libertés inaliénables, en plus d'entretenir l'équivoque sur le rôle des tribunaux dans les démocraties modernes¹²⁸⁵. L'utilisation de la procédure judiciaire pour réintroduire des valeurs métajuridiques au droit positif a aussi pour effet de relâcher le caractère contrefactuel des normes, en subsumant le droit aux faits : c'est la « révolte des faits contre la règle »¹²⁸⁶. L'utilisation à outrance des tribunaux pour réintroduire la morale dans le droit entraîne le recul, voire la déchéance de la loi au profit des principes généraux et des valeurs fondamentales, ce qui génère des débats infinis dans la philosophie juridique¹²⁸⁷. L'augmentation de la critique et l'imputation de responsabilité aux tribunaux sont d'autant plus facilitées par les concepts éminemment généraux et imprécis des textes juridiques protégeant les droits et libertés fondamentales,

¹²⁸³ J. A. GARCIA AMADO, préc., note 183, p. 21.

¹²⁸⁴ Paradoxalement, c'est dans les communications de ces autres sous-systèmes que la sphère d'intervention de l'autorité judiciaire provoque une multitude de contestations politiques et philosophiques du « gouvernement des juges », ce modèle de gouvernement indésirable et illégitime : Robert H. BORK, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990.

¹²⁸⁵ De façon générale, le système politique considère généralement les juges comme un pouvoir à encadrer et à neutraliser le plus possible. D'où les réticences à libérer le processus de nomination des juges de son caractère hautement partisan. D'autre part, les groupes orientés vers les demandes de justice matérielle ont plutôt tendance à voir les tribunaux judiciaires comme des figures libératrices du joug arbitraire de l'État et la seule voie de recours pour assurer le respect des droits fondamentaux.

¹²⁸⁶ S. GOYARD-FABRE, préc., note 761, p. 287 et 324.

¹²⁸⁷ Benoît FRYDMAN, « Le Droit, de la modernité à la postmodernité », (2000), *Revue interdisciplinaire de philosophie morale et politique*, 67, p. 71 ; S. BERNATCHEZ, préc., Suzanne Philips-NOOTENS, « La Cour suprême face à la vie, face à la mort : de valeurs et de droits » (2000) 79 *R. du B. can.* 145 ; Luc BÉGIN, « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez », dans Josiane BOULAD-AYOUB (dir.), *Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque Diké*. Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement de sciences, 1995.

paradigmes de ce qu'on a qualifié de « flou du droit »¹²⁸⁸. La liberté dont dispose les juges d'influer sur la production du sens normatif¹²⁸⁹ en est agrandie, et le rôle créateur du juge dans sa tâche interprétative devient indéniable¹²⁹⁰, même s'il était déjà reconnu¹²⁹¹.

Cette demande faite aux juges d'insuffler les valeurs dominantes de la société dans le droit est une conséquence de la différenciation du droit des systèmes culturels de légitimation, comme la moralité et l'éthique¹²⁹². Cette différenciation est pourtant la marque distinctive de la modernité. Aussi, dans la permission donnée aux juges par l'article 1 de la *Charte canadienne* de limiter les droits et libertés garantis, on introduit dans les décisions judiciaires des programmes de finalités, notamment dans l'application du critère de proportionnalité qui exige la prise en compte des objectifs collectifs qui sont reconnus

¹²⁸⁸ Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, 1re édition, Paris, Presses universitaires de France, 1986.

¹²⁸⁹ Même avant l'avènement des instruments juridiques protégeant les droits fondamentaux, plusieurs théoriciens du droit, dont Kelsen lui-même, avaient reconnu que tout acte d'interprétation d'une loi impliquait ce rôle créateur du juge en raison de l'acte de volonté intrinsèque à l'interprétation, qui ne se limite pas à un simple acte de « connaissance » de la loi : Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 86.

¹²⁹⁰ Appelés malgré eux à se prononcer sur le sens et la portée à donner à ces normes floues inscrites dans les instruments juridiques garantissant les droits fondamentaux, les juges sont amenés à tirer des conclusions qui reflètent, consciemment ou inconsciemment le ou les systèmes de valeurs qu'ils jugent appropriés : Jacques FRÉMONT, «La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation», dans *Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Athènes, Cowansville, Yvon Blais, 1994, à la p. 644. V. aussi L. JAFFE, *English and American Judges as Lawmakers*, 1969, Oxford, Clarendon Press, cité dans M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, 37.

¹²⁹¹ Déjà dans la deuxième moitié du XX^e siècle, les théoriciens du droit avaient commencé à remettre en question les axiomes principaux du positivisme juridique, notamment le principe de la découverte de la norme à appliquer par la règle du syllogisme judiciaire, c'est-à-dire l'application mécanique d'une règle de droit à une série de faits juridiques objectivement déterminés selon une logique déductive par un juge neutre et impartial.

¹²⁹² C'est justement parce que l'on demande aux juges de traiter les communications qui relèvent d'un autre système, que ceux-ci refusent, ou sont tout simplement incapables, de répondre aux demandes visant à donner une interprétation philosophique aux droits protégés par la *Charte*. Les juges limitent avec raison selon nous, leurs décisions à la fonction qui revient en propre au système juridique.

comme pressants dans la société¹²⁹³. Ces nouvelles exigences faites aux tribunaux de régler les problèmes sociaux occasionnent des défaillances fonctionnelles dans le système judiciaire, et plus globalement, dans le système juridique¹²⁹⁴. Mais surtout, l'impossibilité pour les juges d'accorder une valeur autre que celle du code binaire du droit condamne irrémédiablement les décisions judiciaires à la critique, justifiée ou non. Pour se mettre à l'abri de ces critiques, les tribunaux judiciaires doivent se rabattre sur leur mission d'assurer la primauté du droit. Comme il en sera question au dernier chapitre, l'une des fonctions de la norme d'indépendance judiciaire est justement celle de mettre les juges à l'abri des critiques vis-à-vis des conséquences de leurs décisions dans le système social.

2.3 Organisation professionnelle des juges

L'association des juges au sein d'organisations professionnelles est un phénomène qui remonte seulement à la fin du 20^e siècle. Au cours des trois dernières décennies, ce mouvement s'est affirmé pour devenir de manière certaine le principal point d'appui de la magistrature sur les plans national et international¹²⁹⁵. D'un point de vue sociologique, la professionnalisation des juges est une conséquence de la professionnalisation des porteurs

¹²⁹³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. D'où l'importance de constitutionnaliser le rôle exclusif des tribunaux judiciaires d'invalider les lois contraires à la *Charte* : *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 3

¹²⁹⁴ R. BADINTER et S. BREYER (dir.), préc., note 1. p. 39 :

«L'utilisation d'autres codes propres à d'autres systèmes, comme le coût – excessif – d'une décision, son impact – sur les chances à l'exportation de l'industrie nationale ou sur celles d'un parti aux prochaines élections, etc. -, n'est pas légitime et conduit à la faillite du système.»

¹²⁹⁵ Depuis surtout les années 1980, les associations de juges ont multiplié les événements et rencontres internationales pour discuter des questions intéressant les juges : INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR THE TRAINING OF JUDGES, *International Forum on the training of the judiciary*, Jerusalem, Israel, March 2002 ; CONFÉRENCE EUROPÉENNE DES JUGES, *Règlement précoce des litiges et le rôle des juges*, Strasbourg, Actes de la 1^{re} Conférence européenne des juges, 2003; ASSOCIATION DES HAUTES JURIDICTIONS DE CASSATION DES PAYS AYANT EN PARTAGE L'USAGE DU FRANÇAIS, *L'indépendance de la justice*, Dakar 2007.

spécialisés et de la différenciation du système juridique¹²⁹⁶. La professionnalisation des juges a accentué le mouvement de distanciation entre le droit et le pouvoir politique amorcé par la professionnalisation des juristes¹²⁹⁷. Ceci a notamment pour conséquence, au niveau symbolique d'abord, et fonctionnel ensuite, de séparer encore plus clairement les tribunaux judiciaires de l'autorité gouvernementale¹²⁹⁸. Le travail des organisations professionnelles des juges participe aussi à la différenciation du système judiciaire en permettant la création d'une zone tampon qui garde les cours de justice dans une certaine forme d'isolation par rapport aux turbulences venant des autres sous-systèmes sociaux.

Les systèmes juridiques occidentaux ont pour la plupart tous constitué des conseils supérieurs composés presque exclusivement de juges chargés d'examiner les plaintes déontologiques portées contre les juges et de façon encore plus importante, de définir les conditions essentielles de la garantie d'indépendance judiciaire. Ces conseils de magistrats se sont imposés face aux gouvernements afin de réserver aux juges de manière exclusive toutes les questions déontologiques et éthiques applicables aux juges. Le but ultime de l'organisation professionnelle des juges dans le système juridique est de détacher les questions relatives au statut et à la rémunération des juges¹²⁹⁹ de celles concernant les

¹²⁹⁶ S'inspirant des travaux de Weber sur le rôle historique des porteurs spécialisés, Parsons a émis l'hypothèse que la professionnalisation des juristes avait grandement favorisé l'autonomisation du système juridique : G. ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », préc., note 264, p. 150. C'est aussi, dans une certaine mesure, l'opinion de Berman : H. BERMAN, préc., note 515.

¹²⁹⁷ Selon Parsons, c'est la professionnalisation des avocats qui a donné naissance à ce phénomène de distanciation; en défendant les intérêts de sa clientèle privée, la profession juridique s'est placée entre le pouvoir politique et le droit, permettant ainsi de les tenir à distance : G. ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », préc., note, p. 148.

¹²⁹⁸ Dans la poursuite de la différenciation déjà existante au XIII^e siècle entre *iurisdictio* et *gubernaculum*.

¹²⁹⁹ Au Canada, ce phénomène de la professionnalisation des juges a fini par imposer à l'État une obligation constitutionnelle de consulter les juges réunis en conseils pour toutes les questions reliées à leur mode de rémunération : *Renvoi*, préc., note ; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286 (*Assoc. des juges de la cour provinciale du Nouveau-Brunswick*).

conséquences et répercussions de leurs décisions dans le système social¹³⁰⁰. En contrepartie, les juges s'occupent de la correction des erreurs juridiquement admissibles et de celles qui relèvent de l'aspect déontologique de la professionnalisation de la justice :

« Une partie de l'expertise du Conseil de la magistrature consiste à apprécier la distinction entre les actes contestés des juges qui peuvent être traités de la façon traditionnelle, au moyen d'un processus d'appel normal, et ceux qui sont susceptibles de menacer l'intégrité de la magistrature dans son ensemble, exigeant donc une intervention par l'application des dispositions disciplinaires de la Loi »¹³⁰¹.

C'est notamment par la prise en charge de la déontologie judiciaire que l'organisation professionnelle limite la responsabilité personnelle du juge pour les conséquences de ses décisions :

« Même si on peut prétendre que l'expertise des conseils de la magistrature et celle des tribunaux sont pratiquement identiques, **la séparation de leurs fonctions sert à isoler, dans une certaine mesure, les tribunaux des réactions qu'une décision impopulaire d'un conseil de la magistrature peut provoquer.** La conduite des instances disciplinaires par les pairs des juges offre les garanties d'expertise et d'équité que connaissent les officiers de justice, tout en permettant d'éviter la perception de partialité ou de conflit qui pourrait prendre naissance si les juges siégeaient régulièrement en cour pour se juger les uns les autres »¹³⁰². (Notre mise en évidence).

Comme l'énonce la Cour suprême du Canada, cette prise en charge permet d'éviter le paradoxe des juges se jugeant les uns les autres dans le cadre de leurs fonctions usuelles. L'organisation professionnelle des juges est aussi essentielle pour garantir la compétence de ceux qui seront appelés à décider de toutes les questions juridiques dans le système juridique. L'organisation professionnelle des juges fait office d'équivalent fonctionnel par rapport aux trois paramètres qui délimitent le champ d'influence des juges

¹³⁰⁰ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 299.

¹³⁰¹ Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature), [2002] 1 R.C.S. 249, par. 60.

¹³⁰² *Id.*

dans le système juridique. Ces paramètres sont les limitations posées par les textes juridiques, la prohibition du déni de justice et les conditions de l'indépendance judiciaire¹³⁰³.

Concernant le premier paramètre, l'organisation professionnelle des juges possède un pouvoir d'intervention limité. Du côté de l'obligation de décider, là encore la marge de manœuvre de ces organisations est restreinte, car les juges utilisent des mécanismes proprement juridiques, comme l'intérêt à agir et la doctrine des questions politiques, pour refuser de se prononcer notamment lorsque la décision porterait atteinte à leur légitimité institutionnelle. Ils agissent alors dans le cadre de leur rôle institutionnel, et non professionnel. Par contre, l'indépendance judiciaire est une question sur laquelle les juges, individuellement et comme organisation, ont une plus grande emprise¹³⁰⁴. Que ce soit sur la définition des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire ou sur ses limites, les juges ont le dernier mot¹³⁰⁵. C'est donc sur l'étendue de la protection accordée par la norme d'indépendance judiciaire que les juges se rabattront pour maintenir la frontière interne du système qui tient à distance les tribunaux judiciaires (au centre) et les autres sous-systèmes du droit (à la périphérie), légitimer la place centrale des tribunaux judiciaires dans le système juridique et enfin, préserver les conditions de la reproduction autopoïétique du système juridique. Il sera d'ailleurs démontré dans le cadre de la définition des conditions de l'indépendance judiciaire que les juges vont se servir des traits caractéristiques des

¹³⁰³ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 300.

¹³⁰⁴ Ce paradoxe est d'ailleurs dénoncé par les politologues : Peter H. RUSSELL, « Constitutional Reform of the Judicial Branch: Symbolic vs. Operational Considerations », (1984) 17 *Revue canadienne de science politique* 227, p. 246 :

« There is one further, somewhat indelicate, thought that must be added to these reservations about a constitutional guarantee of judicial independence. That is the observation that in interpreting such a guarantee, judges would in effect be policing the boundaries of their own power. »

¹³⁰⁵ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 30.

organisations professionnelles, l'inclusion et l'exclusion des membres, pour définir les compétences essentielles des individus qui sont appelés à exercer une fonction judiciaire¹³⁰⁶.

¹³⁰⁶ Comme il sera démontré plus loin, la Cour suprême du Canada tient un discours différent selon que la question en litige porte sur l'indépendance judiciaire institutionnelle, ou celle d'un juge en particulier. L'interprétation de la norme d'indépendance judiciaire s'est avérée beaucoup plus restrictive dans le cas de juges à qui l'on reprochait des actes dérogatoires à la conduite professionnelle qui est attendue d'eux: *infra*, chapitre 6, section 2.

CHAPITRE 6 L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Notre ambition était d'exposer dans cette thèse l'ensemble des facteurs historiques, politiques et sociologiques qui ont concouru à l'émergence de la norme d'indépendance judiciaire dans la tradition juridique occidentale. Il est maintenant temps de vérifier si l'ordre normatif a bel et bien intégré les motifs historiques et sociologiques du concept d'indépendance judiciaire.

Ce chapitre porte sur le concept d'indépendance judiciaire tel qu'interprété dans les jugements rendus par la Cour suprême du Canada. Notre premier projet est de contribuer à la compréhension du concept d'indépendance judiciaire par une lecture signifiante de la rhétorique judiciaire à propos de ce concept. Nous utiliserons pour ce faire les perspectives théoriques exposées dans la première partie de la thèse. Même si la plupart de ces théories ont été élaborées par des chercheurs européens issus de systèmes juridiques du droit continental, il est surprenant de constater à quel point leurs analyses s'appliquent fort bien à la question de l'indépendance des juges en droit canadien.

Notre deuxième objectif est d'examiner le rôle de l'indépendance judiciaire dans la différenciation du système juridique dans le système social. Les notions étudiées dans la première partie concernant la structure de programme, le code binaire, et la clôture organisationnelle nous aideront à comprendre leur contribution à l'accomplissement de la fonction des tribunaux judiciaires dans le système juridique.

Section 1 Émergence de la norme

Comme norme valide juridiquement, l'indépendance judiciaire est un principe relativement récent¹³⁰⁷. Toutefois, l'idée qu'il soit nécessaire d'instaurer une séparation

¹³⁰⁷ L'objectif n'est pas de faire ici un recensement exhaustif des premières occurrences de l'emploi du concept d'indépendance judiciaire, mais de démontrer les formes successives prises par l'idée d'indépendance du juge à travers les âges.

étanche entre la personne du juge et ses autres rôles sociaux est, elle, très ancienne¹³⁰⁸. Dans le monde cloisonné de la Grèce ancienne, on ne voyait pas comment il était possible d'établir un principe d'impartialité du juge. Pour Aristote, la seule manière d'empêcher le juge de tenir compte de ses liens de parenté, de ses préjugés, attitudes et ambitions dans l'étude d'un cas particulier était de lui imposer l'application de lois contenant des prescriptions générales visant les cas futurs.

Ainsi, sans être identifiée dans les termes utilisés aujourd'hui, l'idée que les juges appelés à trancher les différends devaient être impartiaux et indépendants de leurs autres liens sociaux est déjà reconnue dans l'Antiquité comme une condition essentielle attachée à la fonction de juge. Cette qualité est plus importante que la compétence juridique, d'autant plus que les premiers juges n'ont pas de connaissances spécialisées.

L'impartialité du tiers-arbitre était représentée dans les temps prémodernes par un vocable précis, qui rappelle les origines religieuses du jugement : la « conscience du juge »¹³⁰⁹. À l'époque où le droit n'est pas encore un objet susceptible d'appropriation par les pouvoirs politiques, la conscience du juge relève plus de l'éthique que du normatif. Comme le système judiciaire n'est pas encore différencié dans le système juridique, l'impartialité est une attitude que le juge adopte pour lui-même, car la conception contemporaine du juge qui tranche un différend en appliquant un droit préconstitué à des faits qu'il établit « judiciairement » est étrangère au droit prémoderne. Donc, bien avant

¹³⁰⁸ *Supra*, partie III, titre I, chapitre 1.

¹³⁰⁹ Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, « Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes », dans J. M. et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, coll. « Droit et justice », Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 155.

l'avènement du droit positif, la conception de l'exigence d'impartialité du décideur s'impose¹³¹⁰.

Dans l'Angleterre des XVIII^e et XIX^e siècles, le concept d'indépendance sert à définir le statut des juges vis-à-vis du pouvoir royal. Dans son exposé des progrès du droit anglais après la « Glorieuse révolution » de 1688, Blackstone mentionne la loi qui a assuré l'indépendance complète des juges vis-à-vis du roi, de ses ministres et de ses successeurs¹³¹¹. Dans son ouvrage de droit constitutionnel anglais, Henry Hallam écrit lui aussi que l'Acte d'Établissement de 1701 a assuré l'indépendance des juges, laquelle avait été gravement menacée au XVII^e siècle par les rois Stuart au nom de la prérogative royale¹³¹². Le concept d'indépendance des juges est ensuite incorporé au principe de la *rule of law*, car seules les cours de justice peuvent garantir le respect de la primauté du droit à l'encontre de l'arbitraire du gouvernement. Dans son étude sur la nature et l'application du principe de la primauté du droit, Dicey rappelle combien les juges des cours de *common law* ont dû lutter pour assurer la suprématie du droit face aux tentatives d'usurpation de la part des rois Stuart.

Avec l'apparition du constitutionnalisme et la multiplication des recours contre l'État au XX^e siècle, une réaffirmation du principe d'indépendance judiciaire s'impose, au Canada comme ailleurs¹³¹³. Depuis trente ans, l'indépendance judiciaire est l'un des sujets les plus discutés et analysés dans la dogmatique juridique. Ce principe a été l'objet de

¹³¹⁰ À titre d'exemple du fait que cette préoccupation était déjà bien présente, Blackstone rapporte dans son traité que les juges des assises ne pouvaient siéger dans leur localité d'origine ou de résidence : W. BLACKSTONE, préc., vol. 3, p. 356.

¹³¹¹ W. BLACKSTONE, préc., vol. 4, chapitre 33, p. 433.

¹³¹² Henry HALLAM, *The constitutional history of England*, vol. II, London, Garland Publishing, Inc., 1978, p. 357.

¹³¹³ Comme le note avec justesse la Cour suprême du Canada, l'indépendance des juges vis-à-vis de la Couronne est aujourd'hui d'une grande importance, puisque celle-ci est fréquemment une partie au litige devant les tribunaux : *Beauregard c. La Reine*, préc., note 819, par. 31.

nombreuses déclarations au niveau international¹³¹⁴. L'aspect qui est nouveau dans les discussions sur l'indépendance judiciaire est le volet institutionnel de la garantie, qui va au-delà de la personne du juge dans une procédure particulière. Le changement de paradigme est important, car il place la personne du juge derrière la fonction exercée par le tribunal. L'indépendance judiciaire se substitue à l'indépendance du juge, laquelle sera sacrifiée lorsque sa conduite personnelle menacera l'intégrité de la fonction juridictionnelle qu'il exerce.

Section 2 Le statut des juges au Canada

2.1 Les juges dans l'administration coloniale

Avant la Confédération, l'exercice de la fonction judiciaire au Canada est encadré par le pouvoir colonial, car elle demeure un attribut de la prérogative royale sur l'administration des territoires conquis¹³¹⁵. La colonie du Canada est entièrement dominée par une administration patrimoniale constituée de personnes qui tiennent leur pouvoir de l'autorité royale envers qui ils sont entièrement redevables. La situation est identique dans les autres colonies britanniques.

Contrairement au statut qu'ils ont acquis dans la métropole dès le début du XVIII^e siècle, les juges du Canada sont nommés selon le bon plaisir du roi, à l'instar des militaires et autres fonctionnaires royaux¹³¹⁶. Ils peuvent être révoqués par le gouverneur de

¹³¹⁴ Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice, adoptée par la Conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, juin 1983, dans S. Shetreet et J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985 ; Nations Unies. Commission des droits de l'Homme. *Projet de déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, 1988; Nations Unies. Septième Congrès pour la prévention du crime et le traitement des délinquants. *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*. New York, Nations Unies, Département de l'information, 1988.

¹³¹⁵ W. LEDERMAN, préc., note 937, p. 1140.

¹³¹⁶ H. MOLOT, préc., note 1120.

la colonie pour une cause juste et suffisante, avec un droit d'appel à Londres¹³¹⁷. Aussi, plusieurs membres de la magistrature siègent au conseil législatif ou exécutif et ce, jusqu'en 1812 pour ce qui est du Bas-Canada et même plus tard pour ce qui est du Haut-Canada¹³¹⁸.

Le statut des juges coloniaux et la nature des liens qu'ils entretiennent avec le pouvoir politique sont, comme en Angleterre, inextricablement liés aux conflits politiques qui font rage à divers moments de l'histoire coloniale, particulièrement entre les assemblées législatives coloniales et les représentants du pouvoir impérial dans la colonie¹³¹⁹. Les juges sont par ailleurs parmi les premiers groupes de l'administration patrimoniale coloniale à se « bureaucratiser », c'est-à-dire à obtenir que la durée de leur nomination et le financement de leur charge soient différenciés de l'autorité qui la constitue. C'est ainsi qu'en 1843 pour ce qui est du Haut-Canada, et en 1849 pour le Bas-Canada, des lois du Canada-Uni contenant des dispositions similaires à celles de l'Acte d'Établissement de 1701 sont adoptées. Ces lois prévoient que les juges conserveront leur charge durant bonne conduite, laquelle ne pourra être révoquée que par une adresse conjointe du conseil législatif et de l'Assemblée législative. Ces modifications font suite au fameux rapport Durham, dont certaines des recommandations concernent le statut des juges coloniaux. Durham suggère que le statut des juges soit le même que celui qui existe en Angleterre¹³²⁰. Il faut toutefois attendre la Confédération pour que soient consacrées formellement les principales composantes du statut des juges anglais que sont l'inamovibilité et la sécurité financière.

¹³¹⁷ William LEDERMAN, “The Independence of the judiciary”, (1956) 34 *R. du B. can* 1139, p. 1146-47.

¹³¹⁸ *Id.*, p. 1148-49. Sous le régime de l'Acte d'Union, des juges devaient siéger au Conseil exécutif, car celui-ci constituait la Cour d'appel (art. 34). Les juges perdent le droit de siéger à la Chambre des députés en 1811 mais les projets de loi déclarant les juges inaptes à siéger au Conseil législatif n'ont jamais été sanctionnés : Henri Brun, *La formation des institutions parlementaires québécoises (1791-1838)*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1970, p. 196.

¹³¹⁹ *Id.*, p. 1150-51.

¹³²⁰ “The independence of the judges should be secured, by giving them the same tenure of office and security of income as exist in England”, extrait tiré de “The Earl of Durham, A Report on Canada, (London, Methuan, 1922) reproduit dans W. LEDERMAN, préc., note 1317, p. 1151.

Les juristes ont émis des opinions divergentes relativement à la manière dont auraient été introduites au Canada les garanties judiciaires prévues à l'Acte d'Établissement de 1701, et sur la portée réelle de ces garanties. En 1997, une majorité de juges de la Cour suprême du Canada a déclaré que les dispositions de l'Acte d'Établissement ont été introduites au Canada par le biais du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹³²¹. Or, selon le juge La Forest, qui a rédigé l'opinion minoritaire dans cette affaire, l'Acte d'Établissement n'a pu être introduit au Canada autrement que par le biais des articles 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et donc uniquement au bénéfice des cours supérieures visées à l'article 96¹³²². Cette opinion du juge La Forest est partagée par d'autres auteurs¹³²³.

2.2 La protection constitutionnelle du système judiciaire depuis la Confédération

La Partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée « Judicature », comprenant les articles 96 à 100, regroupe l'essentiel des dispositions constitutionnelles spécifiques touchant le système judiciaire canadien¹³²⁴. L'article 96 prévoit que les juges des cours supérieures, de district et de comté sont nommés par le gouverneur général. Selon l'article 99, les juges restent en fonction durant bonne conduite, mais ils peuvent être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des

¹³²¹ Le premier paragraphe du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce que les quatre provinces fondatrices du Canada (le Québec, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) « ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (Dominion) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

¹³²² *Id.*, par. 311.

¹³²³ Y.M. MORISSETTE et J. LECLAIR, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », [1998] 36 *Osgoode L. J.* 485. Dans son ouvrage sur l'indépendance judiciaire au Canada publiée en 1988, le professeur Benyekhlef affirmait lui aussi que c'est à tort que l'auteur René Pépin (René PEPIN, « Droit constitutionnel – Indépendance du pouvoir judiciaire – Salaire des juges », (1982) 60 *R. du B. can.* 699, 706) écrit que l'Acte d'Établissement a été introduit au Canada par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* : Karim BENYEKHFLEF, préc., note 991.

¹³²⁴ Outre le paragraphe 92 (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confie aux législatures des provinces la compétence législative sur l'administration de la justice.

Communes¹³²⁵. L'article 100 énonce quant à lui que les salaires, allocations et pensions de juges seront fixés et payés par le Parlement du Canada.

De manière plutôt inattendue, le simple pouvoir de nomination prévu à l'article 96 est devenu le gardien de l'intégrité des compétences des cours supérieures en tant que tribunaux de droit commun¹³²⁶. Cette disposition a notamment servi de frein à la création de tribunaux administratifs provinciaux dont les pouvoirs, disait-on, étaient semblables à ceux exercés historiquement par la Cour supérieure en 1867. La Cour suprême du Canada a développé¹³²⁷ puis raffiné¹³²⁸ un test en trois volets pour déterminer si le transfert de certains pouvoirs d'adjudication vers des tribunaux administratifs créés par loi, était contraire à l'article 96.

La Cour s'est également servie de ce qu'elle a qualifié de « compromis historique des Pères de la Confédération » au niveau du partage entre le fédéral et le provincial respectivement du pouvoir de nomination des juges de juridictions supérieures et de l'administration de la justice¹³²⁹, pour justifier l'interdiction de changer la nature fondamentale du système judiciaire unifié du Canada, considéré comme essentiel à la survie du fédéralisme canadien¹³³⁰. Grâce à son interprétation large du pouvoir de nommer

¹³²⁵ À tout événement, leur charge prend fin lorsqu'ils atteignent l'âge de soixante-quinze ans selon le paragraphe 99 (2).

¹³²⁶ Le premier arrêt de jurisprudence a s'être prononcé sur cette question est celui rendu par le Comité judiciaire du Conseil Privé dans l'affaire *Toronto c. York*, [1938] A.C. 415.

¹³²⁷ *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

¹³²⁸ *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-E.)*, [1988] 1R.C.S. 238.

¹³²⁹ Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux législatures provinciales le pouvoir d'adopter des lois relatives à l'administration de la justice, « y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux ».

¹³³⁰ *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 1327; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704. Il s'agissait dans cette dernière affaire d'une proposition visant à créer une cour criminelle unifiée de juridiction provinciale. Dans cette proposition, le Parlement fédéral acceptait de modifier le Code criminel pour conférer juridiction à la nouvelle cour dont les juges seraient nommés par le

les juges des juridictions supérieures, la Cour suprême a empêché que certaines compétences fondamentales ou inhérentes des tribunaux de droit commun soient transférées aux tribunaux étatiques composés de décideurs occupant leur fonction pour une durée limitée¹³³¹. La Cour suprême du Canada a franchi un autre pas dans l'affaire *Dunsmuir* en cimentant les assises constitutionnelles du contrôle judiciaire¹³³², terminant ainsi l'œuvre commencée dans la deuxième moitié du XX^e siècle pour lutter contre l'effritement des compétences inhérentes des tribunaux judiciaires¹³³³.

En 1997, la Cour suprême énonce clairement que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constituent pas un code exhaustif sur le statut de la magistrature canadienne et la garantie d'indépendance judiciaire au Canada¹³³⁴. Selon la Cour, le principe d'indépendance judiciaire au Canada ne peut reposer sur les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tout simplement parce qu'elles ne visent pas cet objectif¹³³⁵. Comme le souligne le juge en chef Lamer dans le *Renvoi*, la raison d'être de l'article 96 a évolué, passant de la protection de l'unité nationale, au maintien de la primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux¹³³⁶. Mais aussi utile qu'il a pu être dans le passé, ce pouvoir de nomination des juges des cours supérieures ne pouvait servir de fondement constitutionnel à l'indépendance des tribunaux judiciaires en général. Il fallait trouver une autre source.

gouvernement provincial. La Cour suprême du Canada a décidé unanimement qu'une telle proposition, même avec l'assentiment et l'intervention du Parlement, était contraire à la Constitution.

¹³³¹ *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

¹³³² *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, préc., note 1305, par. 27.

¹³³³ *Supra*, titre II, chapitre 3, section 2.

¹³³⁴ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'I.P.E.*, préc., note 17.

¹³³⁵ *Id.*, par. 87.

¹³³⁶ *Id.*, par. 88.

Depuis l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution canadienne en 1982, les juges des juridictions provinciales siégeant en matière criminelle ont acquis un statut constitutionnel particulier du fait de l'alinéa 11*d*), qui stipule que tout accusé a le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant¹³³⁷. Avec l'introduction de cet alinéa 11*d*), la Cour suprême a été forcée de se prononcer sur l'origine des garanties de l'indépendance judiciaire¹³³⁸, et c'est ce qu'elle fera à de multiples reprises par la suite.

Section 3 Les modulations du discours judiciaire sur l'indépendance judiciaire

Le professeur Postema a écrit, citant Hart, que le début de la sagesse à propos de la théorisation du droit est la reconnaissance de l'importance du point de vue interne des acteurs à propos de ce qu'ils sont, de ce qu'ils font et de pourquoi ils le font¹³³⁹. S'agissant de l'indépendance judiciaire, il est particulièrement utile de connaître la perception des juges sur la portée de ce principe dans le système juridique. Le point de vue des juges sur la norme d'indépendance judiciaire est aussi important du fait qu'à travers l'étude du discours judiciaire, on se trouve à examiner deux des paradoxes du droit les plus significatifs, soit l'élaboration par les juges d'une norme juridique qui détermine l'étendue de leur pouvoir et la fixation des frontières du système judiciaire par le système judiciaire. L'indépendance judiciaire est probablement l'un des paradoxes du système juridique le plus difficile à délier¹³⁴⁰.

¹³³⁷ L'alinéa 11*d*) se lit comme suit :

11. Tout inculpé a le droit : [...]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

¹³³⁸ *Valente c. La Reine*, préc., note 25.

¹³³⁹ G. POSTEMA, préc., note 716, p. 155.

¹³⁴⁰ Gunther TEUBNER "Dealing with Paradoxes of Law : Derrida, Luhmann, Wiethölter", Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School; N. LUHMANN, « La troisième question : de l'usage créatif des paradoxes dans le droit et dans l'histoire du droit », (1993) 24 *Recherches sociologiques* 25, 28.

Nous avons vu plus haut que les changements de sens à propos des concepts juridiques progressaient souvent de manière contingente et irréfléchie. C'est souvent de manière tout à fait inconsciente que les acteurs sociaux attachent une signification différente à une norme juridique sur la base de la nouvelle fonction sociale remplie par celle-ci¹³⁴¹. Weber attribue ces changements de représentations sur le droit non pas aux conditions externes, mais plutôt aux changements dans les types d'action¹³⁴². Ce sont, la plupart du temps, les changements dans l'usage des concepts juridiques qui suscitent des modifications aux représentations que les acteurs se font de ces concepts. La tâche de l'historien du droit consiste alors à tenter de reconstruire ces attributions de sens pour les mettre en lien avec leur époque. Mais, comme le fait remarquer le professeur Colliot-Thélène,

«...ni les intentions immédiates des acteurs, ni les cohérences reconstruites des théoriciens ne peuvent rendre raison du changement de sens advenu sur une période longue, lorsque ce changement de sens ne correspond pas à une innovation délibérée»¹³⁴³.

D'ailleurs, les systématisations idéologiques arrivent souvent trop tard, une fois les changements de sens déjà institutionnalisés. Ceci étant dit, il demeure fort pertinent pour l'historien du droit d'étudier les changements de sens et les systématisations théoriques qui les ont suivies, ne serait-ce que pour essayer de comprendre les motivations qui se cachent derrière les recompositions juridiques. On peut alors se permettre d'aller au-delà d'une lecture critique des réinterprétations douteuses sur le plan du droit positif¹³⁴⁴, et tenter de

¹³⁴¹ C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., note 738, p. 275.

¹³⁴² La cause inconsciente du changement de sens constituerait la mesure de l'écart entre les intentions des acteurs et la nouvelle signification attribuée à l'institution juridique : *id.*, p. 276.

¹³⁴³ *Id.*

¹³⁴⁴ Y.M. MORISSETTE et J. LECLAIR, préc., note 1323.

cerner les composantes idéologiques qui se cachent derrière les reconstructions juridiques¹³⁴⁵.

En utilisant l'idéaltype wébérien, cet outil conceptuel servant à mesurer l'écart entre la réalité que l'on cherche à décrire et la représentation idéale de cette réalité par la norme juridique, on peut mieux distinguer dans les constructions de sens et les usages de la règle, le rôle plus ou moins important de l'inconscient sur l'interprétation juridique. L'apport euristique de l'étude des modulations du discours se situe donc à ce niveau, celui de la mesure entre les reconstructions théoriques et l'usage que l'ont fait, ou que l'on veut faire, de l'institution juridique. C'est dans ce sens que l'épistémologie constructiviste fournit une grille d'analyse parfaitement adaptée pour illustrer le tracé de l'évolution de la norme d'indépendance judiciaire dans le discours judiciaire canadien.

Dans l'examen de ce discours, nous avons accès aux deux types de représentations sur la norme d'indépendance judiciaire des « porteurs spécialisés » qui sont les juges de la Cour suprême du Canada¹³⁴⁶. Nous avons vu dans la première partie qu'il existait selon Weber deux validités ou représentations des acteurs sociaux sur le droit. La première validité ou représentation est la validité idéale ou juridique de la norme, qui correspond à la conception de la dogmatique juridique sur cette validité. La deuxième validité est la validité empirique ou sociologique de la norme; il s'agit de l'idée que se font les acteurs

¹³⁴⁵ C'est l'exercice fort intéressant auquel se sont prêtés deux auteurs au sujet du controversé jugement de la Cour suprême du Canada rendu dans l'affaire du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1260. Cet essai démontre qu'une lecture positiviste du jugement de la Cour aurait logiquement dû mener la Cour à conclure que la clause d'amendement de la *Loi constitutionnelle de 1982* dictait le résultat d'une éventuelle déclaration unilatérale de sécession de la part du Québec. Or, puisque le Québec n'avait pas donné son consentement à la modification de la Constitution canadienne, la Cour ne pouvait légitimement s'appuyer sur la clause d'amendement pour décider du droit du Québec de se séparer du reste du Canada. C'est donc seulement à travers une autre lecture, à la fois sociologique et politique, que l'on peut comprendre le raisonnement suivi par la Cour et reconnaître le choix idéologique derrière l'interprétation juridique retenue par les juges dans cette affaire : S. CHOUDRY et R. HOWSE, « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », (2000) 13 *Can J.L. & Juris.* 143.

¹³⁴⁶ Par souci de synthèse, nous allons limiter notre analyse à la rhétorique des juges de la plus haute juridiction du pays.

sociaux du contenu et de la portée obligatoire de cette norme. Celle-ci est alors considérée comme un fait, comme une hypothèse de l'acteur social selon laquelle la norme « doit valoir » pour sa conduite »¹³⁴⁷.

Notre ambition dans ce chapitre est de faire la démonstration que la validité juridique de la norme d'indépendance judiciaire entérine la validité sociologique ou empirique de celle-ci, et non l'inverse. Autrement dit, que le discours judiciaire se sert de la représentation sociologique du principe d'indépendance judiciaire pour fonder la justification positiviste de la norme. Il s'agit pour ainsi dire d'établir que la représentation de la validité juridique de la norme d'indépendance judiciaire a été construite de toutes pièces par le biais d'une attribution de sens tirée de la sphère empirique, contrairement à la méthode usuelle d'application des normes juridiques dans le droit positif systématisé des traditions juridiques modernes. Notre intention n'est pas de proposer deux interprétations séparées de la norme d'indépendance judiciaire, l'une sociologique et l'autre juridique, mais de démontrer comment les deux lectures s'alimentent mutuellement, au gré du mouvement de balancier par lequel le droit passe de l'ouverture cognitive à la fermeture normative, sélectionnant au passage des informations qui lui permettent d'évoluer tout en maintenant son autonomie systémique.

À notre avis, la lecture sociologique de l'interprétation donnée à la norme d'indépendance judiciaire nous informe beaucoup plus sur le rôle des tribunaux judiciaires et le fondement de l'indépendance des juges dans le système juridique que celle relevant d'une herméneutique positiviste. Il faut admettre d'emblée que les apories du droit positif sur l'indépendance judiciaire ont forcé la Cour suprême du Canada à trouver dans les théories politiques et sociales des justifications au pouvoir qu'exercent les tribunaux dans la régulation du droit et des rapports sociaux. Nous verrons d'ailleurs que la Cour suprême du

¹³⁴⁷ M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, préc., note 58, p. 130.

Canada oscille elle aussi constamment entre une position d'autonomie et d'hétéronomie cognitives avec les autres discours sociaux¹³⁴⁸.

Avant l'adoption de la *Charte canadienne*, la Cour suprême s'était peu penchée sur le principe d'indépendance judiciaire¹³⁴⁹. Après l'entrée en vigueur de celle-ci, l'évolution jurisprudentielle de la notion d'indépendance judiciaire a pris un tournant radical. Les controverses suscitées par les premières décisions de la Cour suprême invalidant des législations pour le motif de la violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale contenus dans la *Charte canadienne*, ont donné lieu à des critiques sévères à l'endroit des juges qui furent en conséquence accusés d'activisme judiciaire¹³⁵⁰. En raison de l'attention accrue portée aux décisions judiciaires sur la portée des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*, le discours judiciaire de la Cour suprême du Canada s'est transformé en entreprise de légitimation du nouveau rôle des tribunaux. Il traduit aussi la volonté des juges de dépolitiser leur rôle de gardien de la Constitution. Compte tenu de ce nouveau rôle, il devenait primordial d'élaborer un modèle de justice ayant pour effet de placer les tribunaux le plus loin possible des zones de contact avec les sous-systèmes sociaux. Sur la base de ce modèle, les tribunaux peuvent revendiquer une place à l'écart d'où ils peuvent instruire leur propre procès de légitimation. Comme nous le verrons, le discours judiciaire sur l'indépendance judiciaire valide ce modèle de différenciation qui place les tribunaux au centre du système juridique.

¹³⁴⁸ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, préc., note 29, p. 171-204. Selon Teubner, le discours juridique oscille en permanence entre des positions d'autonomie et d'hétéronomie cognitive avec les autres discours sociaux.

¹³⁴⁹ J'ai déjà expliqué dans la section qui précède que c'est par le biais de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que l'accès à une justice rendue par des juges ayant un statut protégé fut préservé.

¹³⁵⁰ Dans une analyse très instructive, deux auteurs, Sujit Choudry et Claire Hunter, affirment que la Cour suprême du Canada a été injustement taxée d'activisme judiciaire. Dressant un tableau des décisions rendues par la Cour suprême du Canada entre 1982 et 2002, les auteurs démontrent que, dans la très vaste majorité des causes entendues dans lesquelles une loi est attaquée au motif d'une violation alléguée de la *Charte canadienne*, la Cour a refusé d'invalider la loi : Sujit CHOUDRY et Claire HUNTER, « Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE », (2003) 48 *McGill L.J.* 525.

L'analyse du discours judiciaire sur la norme d'indépendance judiciaire nous apprend également que les juges de la Cour suprême du Canada sont pleinement conscients de la place stratégique qu'occupent les tribunaux judiciaires dans le système juridique. À défaut d'une protection spécifique à l'intérieur de la Constitution canadienne, c'est aux juges qu'il revient en quelque sorte de préserver le rôle essentiel de la fonction judiciaire dans le système juridique.

3.1 Le poids de la tradition

C'est la tradition, renforcée par l'opinion publique et le long usage, beaucoup plus que le droit positif, qui fondent l'indépendance judiciaire en Angleterre¹³⁵¹. La « tradition » et la croyance dans la nécessité d'un système judiciaire indépendant, tant au Royaume-Uni qu'au Canada, précèdent donc l'établissement d'une norme juridique sur l'indépendance judiciaire.

L'accent mis par la Cour sur la tradition dans la détermination des contours de la norme d'indépendance judiciaire démontre bien le rôle important joué par les représentations sociales sur la formation du sens juridique. La tradition d'indépendance judiciaire est l'équivalent de « l'univers symbolique de signification » auquel réfère Guy Rocher pour définir l'agir juridique¹³⁵². Pour incorporer la représentation empirique de la norme d'indépendance judiciaire dans son interprétation juridique, la Cour suprême utilise le vocable de la tradition. Ceci démontre bien qu'avant d'être reconnu dans « l'ordre réel de droit positif »¹³⁵³, le contenu obligatoire de la norme était déjà intégré dans l'ordre sociétal. La Cour suprême confirme ainsi que l'indépendance judiciaire est d'abord un fait social. La

¹³⁵¹ C'est ce qu'écrit notamment le constitutionnaliste canadien Peter Hogg, dans son livre *Constitutionnal Law of Canada*, [traduction] : « L'indépendance du pouvoir judiciaire est devenue depuis une tradition tellement puissante au Royaume-Uni et au Canada que procéder à une analyse subtile des textes qui la garantissent formellement n'aurait guère d'utilité. » (*Id.*, par. 34).

¹³⁵² *Supra*, partie I, titre II, chapitre 1, section 4, p. 99.

¹³⁵³ *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, préc., note 827, p. 749.

validité empirique de l'indépendance judiciaire est donc bien réelle, quand bien même le droit positif ne reconnaîtrait pas l'existence d'une règle juridique repérable. Dans *Valente*, la Cour insiste sur le fait que les juges, la doctrine et le monde juridique en général ont toujours considéré que les tribunaux judiciaires bénéficiaient de la garantie d'indépendance judiciaire, même si aucune disposition législative ne le prévoyait de manière spécifique pour l'ensemble des tribunaux¹³⁵⁴.

Si la tradition peut constituer un « frein efficace à l'action de l'exécutif ou du législatif »¹³⁵⁵, la Cour est toutefois d'avis que la protection de l'indépendance judiciaire ne « peut, en toute sécurité être laissée à la tradition seule »¹³⁵⁶. S'inspirant de l'évolution des idées concernant l'indépendance des tribunaux dans la doctrine, la Cour énonce les trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle. Ce sont les conditions minimales que doit reconnaître le droit positif pour assurer la différenciation du système judiciaire. En insistant sur les rapports tant institutionnels qu'individuels que l'indépendance judiciaire fait intervenir, la Cour suprême prépare le terrain pour l'élaboration d'un cadre institutionnel pour les tribunaux judiciaires pour pallier l'absence de modèle dans la Constitution canadienne. Dans les jugements subséquents, la Cour suprême reprend là où la Cour a laissé dans l'arrêt *Valente*, en appuyant davantage sur les rapports institutionnels qu'entretiennent les tribunaux et les organes législatif et exécutif.

3.2 Des fonctions exclusives et un rôle central

Dans *Valente*, la Cour suprême pouvait se rattacher à une disposition spécifique de la Constitution canadienne, l'alinéa 11*d*) de la *Charte*, qui garantit aux accusés le droit

¹³⁵⁴ Le lord Chancelier Sankey aurait d'ailleurs déclaré au Parlement que les traditions sont plus fortes que les lois, car ces dernières peuvent être abrogées par le Parlement, alors que les traditions, elles, subsistent : *Valente*, préc., note 25, par. 34.

¹³⁵⁵ *Id.*

¹³⁵⁶ *Id.*

d'être jugé par « tribunal indépendant ». La situation est tout autre dans l'affaire *Beauregard*¹³⁵⁷, alors que la Cour doit décider si l'obligation faite aux juges des cours supérieures de contribuer à leur caisse de retraite porte atteinte à l'indépendance judiciaire¹³⁵⁸.

C'est dans le jugement rendu dans *Beauregard* que la Cour établit les fondements du concept d'indépendance judiciaire au Canada. Dans son opinion, le juge en chef Dickson discute de ce qu'il qualifie de « conception moderne de l'indépendance judiciaire », laquelle comporte deux volets : l'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle¹³⁵⁹. Bien que l'arrêt *Valente* ait déjà distingué les deux aspects de l'indépendance judiciaire, c'est dans l'arrêt *Beauregard* que la notion d'indépendance du « juge » devient celle du « judiciaire », qui est plus large que la liberté du juge pris individuellement :

« Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été **la liberté complète des juges pris individuellement** d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur--que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge -- ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. **Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire. Néanmoins, ce n'est pas là tout le contenu du principe** »¹³⁶⁰. (Notre mise en évidence)

¹³⁵⁷ *La Reine c. Beauregard*, préc., note 819.

¹³⁵⁸ L'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit la fixation par le Parlement de la rémunération des juges nommés par le gouvernement fédéral, était certes pertinent à la solution du litige. De manière plus générale toutefois, c'est la nature des rapports entre les juges et les autres organes de l'État qui était en cause et que la Cour a voulu définir de manière plus spécifique.

¹³⁵⁹ Les juges Estey et Lamer souscrivent à cette opinion majoritaire, alors que les juges Beetz et McIntyre sont dissidents en partie.

¹³⁶⁰ *La Reine c. Beauregard*, préc., note 819, par. 21 :

Cette transition du concept individuel au concept collectif ou institutionnel de l'indépendance judiciaire est un moment important du discours judiciaire sur l'indépendance de la magistrature. Cette transformation est requise pour « répondre aux besoins et aux problèmes modernes des sociétés libres et démocratiques »¹³⁶¹. La Cour suprême mentionne pour la première fois la dualité des fonctions des tribunaux dans un régime constitutionnel et insiste sur le rôle des tribunaux qui dépasse maintenant celui d'arbitrer les conflits individuels :

« La raison d'être de cette conception moderne à deux volets de l'indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s'agit là évidemment d'un rôle. C'est également le contexte pour **un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées** - la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes. **En d'autres termes, l'indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges dans les affaires individuelles. Il constitue également l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques.** »¹³⁶² (Notre mise en évidence)

La Cour établit dans ce jugement ce que les textes formels de la Constitution ne font pas, soit de confirmer que la fonction judiciaire est une composante essentielle d'un régime constitutionnel et fédératif. Un autre énoncé important contenu dans l'arrêt *Beauregard* est celui portant sur la nécessité d'un principe d'indépendance judiciaire qui place les tribunaux dans une position de complète séparation d'avec « tous les autres participants du système judiciaire »¹³⁶³. L'insistance sur la nécessité de protéger les tribunaux des ingérences possibles venant tant du pouvoir législatif qu'exécutif ne laisse

¹³⁶¹ *Id.*, par. 22.

¹³⁶² *Id.*, par. 24.

¹³⁶³ *Id.*, par. 30 : « Le rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire ». Ce langage fait écho à la thèse luhmanienne sur la légitimation de la procédure judiciaire, laquelle repose sur la différenciation des rôles des participants à la procédure.

aucun doute possible sur la détermination d'en finir avec le modèle de différenciation hiérarchique qui caractérise les tribunaux comme une simple « branche » du gouvernement.

La Cour suprême reconnaît que l'adoption de la *Charte* a changé la donne en ce qui concerne le rôle des tribunaux au Canada¹³⁶⁴. Ce rôle différent qu'exercent les tribunaux judiciaires est en effet susceptible d'entraîner un accroissement des critiques face aux conséquences des décisions controversées que devront rendre les juges, compte tenu des droits et libertés impliqués. L'éclatement de l'idée traditionnelle de l'indépendance du juge est donc un moyen de briser l'isolement du juge. Le changement de conception scelle en quelque sorte l'unité du groupe des participants principaux du système judiciaire. Dorénavant, la fonction judiciaire doit être considérée en tant qu'institution du droit, c'est-à-dire comme un élément à part entière du système juridique, et non pas seulement comme service rendu au nom de l'État. À partir de ce moment, le vocabulaire utilisé par la Cour suprême se modifie. On réfère moins souvent au « juge » et plus fréquemment au « judiciaire », terme auquel on colle parfois les termes de « pouvoir », de « système », de « domaine » ou de « fonction ». La conception institutionnelle de rôle du juge supprime la conception individuelle. L'arrêt *Beauregard* est en quelque sorte le prélude à la formation d'un concept d'indépendance judiciaire qui repose sur le rôle fondamental du système judiciaire en tant que régulateur des attentes normatives individuelles et collectives.

Un autre point qui mérite d'être souligné en ce qui concerne l'arrêt *Beauregard* est l'affirmation tacite du juge en chef Dickson pour qui l'indépendance judiciaire n'est pas seulement l'absence d'influences indues de la part des autres organes de l'État, mais de

¹³⁶⁴ *Id.*, par. 38. La *Charte* ne s'appliquait toutefois pas dans l'affaire en cause étant donné sa date d'entrée en vigueur. Un peu plus tard, la Cour suprême affirme de manière formelle que la *Charte* a rompu l'équilibre des rapports entre le pouvoir législatif et exécutif d'une part, et les tribunaux d'autre part : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389 :

« La Charte a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci. ».

toute personne¹³⁶⁵. Cette interprétation implicite aura des répercussions importantes dans les décisions à venir sur le contenu et l'étendue de la garantie d'indépendance judiciaire. L'arrêt de la Cour dans *Beauregard* ouvre définitivement la porte à l'ancrage de la norme d'indépendance judiciaire dans le droit positif. En précisant que l'indépendance judiciaire est l'un des principes constitutionnels les plus importants du Royaume-Uni, alors que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce justement que notre Constitution repose sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, la Cour trace le chemin pour la constitutionnalisation du principe d'indépendance judiciaire dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges des cours provinciales de l'I.P.E (Renvoi)*.

Dans l'affaire *MacKeigan*¹³⁶⁶, la Cour suprême prend acte de l'élargissement du concept d'indépendance judiciaire qui repose sur l'idée que les juges doivent rendre des décisions en toute impartialité, mais aussi que les tribunaux sont les protecteurs de la Constitution. Compte tenu de ce rôle fondamental, tout acte d'un organe du gouvernement qui porte atteinte à l'indépendance judiciaire nuit à l'intégrité de la Constitution¹³⁶⁷. Quelques années plus tard, la Cour suprême conclut dans *R. c. Lippé*¹³⁶⁸ que le système des cours municipales du Québec qui comprend des juges nommés à temps partiel n'enfreint pas le principe « d'impartialité institutionnelle »¹³⁶⁹. La Cour reprend la distinction faite dans l'arrêt *Valente* entre l'impartialité et l'indépendance judiciaire. Ces deux concepts distincts comportent chacun un aspect individuel et un volet institutionnel. De fait,

¹³⁶⁵ *Beauregard c. La Reine*, note 819, par. 21.

¹³⁶⁶ *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

¹³⁶⁷ *Id.*, p. 828 : « Les actes des autres organes du gouvernement qui minent l'indépendance du pouvoir judiciaire nuisent donc à l'intégrité de notre Constitution. En tant que protecteurs de notre Constitution, les tribunaux ne prendront pas ces empiètements à la légère. »

¹³⁶⁸ [1991] 2 R.C.S. 114.

¹³⁶⁹ Pour la Cour, il s'agit tout de même d'un cas où bien que l'impartialité d'un juge individuel ne soit pas en cause, l'impartialité institutionnelle, elle, pourrait être atteinte par le fait que les juges à temps partiel continuent d'exercer leur profession lorsqu'ils ne siègent pas à la Cour municipale.

l'indépendance judiciaire « n'est qu'un élément de l'impartialité judiciaire »¹³⁷⁰. Cette impartialité judiciaire est l'assurance que le procès sera dénué de toute partialité. Autrement dit, l'impartialité et l'indépendance judiciaires sont d'abord et avant des éléments essentiels de la procédure judiciaire qui contribuent à maintenir l'incertitude sur l'issue du procès. Dans *Lippé*, le juge en chef Lamer fait une mise au point qui n'est pas partagée par certains autres juges de la Cour. Selon le juge en chef, l'indépendance judiciaire se limite à l'indépendance vis-à-vis le gouvernement, ce qui comprend par ailleurs « toute personne ou tout organisme capable d'exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l'État »¹³⁷¹. Cinq juges de la Cour concluent que la définition proposée par le juge en chef Lamer est trop restrictive¹³⁷² et adoptent la définition plus large proposée par la Cour dans l'arrêt *Beauregard*¹³⁷³.

L'intérêt des principes énoncés dans *Lippé* tient aussi au fait que la Cour prend acte de l'atteinte possible à l'impartialité judiciaire du statut mixte d'avocat et de juge à temps partiel. Bien que la Cour conclut dans cette affaire que les mécanismes mis en place par le législateur permettaient de pallier aux conflits d'intérêts qui pourraient survenir de ce statut mixte, la Cour suprême juge toutefois cruciale la différenciation des rôles comme condition essentielle de l'impartialité judiciaire¹³⁷⁴. Cette différenciation des rôles ne serait pas menacée par ailleurs, par le fait de confier des pouvoirs d'enquête aux juges, car ce sont

¹³⁷⁰ *Id.*, p. 139.

¹³⁷¹ *Id.*, p. 138. Cette définition comprend selon le juge en chef, le Conseil canadien de la magistrature, le juge en Chef, et tout Barreau. L'opinion du juge en chef Lamer est partagée par le juge Sopinka et le juge Cory.

¹³⁷² Les juges Gonthier, La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin.

¹³⁷³ Dans *Beauregard c. La Reine*, préc., note 819, le juge en chef Dickson avait écrit que l'indépendance judiciaire était la liberté complète du juge de décider de l'affaire qui lui est soumise, sans que « personne de l'extérieur – que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge » ne puisse intervenir (par. 21). On peut se demander quel sens donné aux mots « de l'extérieur ». Une hypothèse serait que ces termes visent toutes les personnes qui sont étrangères à l'affaire qui est soumise au juge, et donc ne viserait pas les parties comme telles, mais plutôt des influences qui sont extrajudiciaires au niveau de la preuve qui est faite devant le juge.

¹³⁷⁴ Le juge en chef Lamer conclut d'ailleurs que « la pratique du droit est intrinsèquement incompatible avec les fonctions d'un juge » : *R. c. Lippé*, préc., note 1368, p. 146.

les conditions structurelles du système judiciaire qui le garantissent. Pour cette raison, la Cour suprême se montre plutôt insensible aux arguments des parties selon lesquels des éléments du droit processuel ou substantif sont inconstitutionnels parce qu'ils confient ces pouvoirs d'investigation aux juges¹³⁷⁵. Puisque les juges sont maîtres de la procédure et de l'application du droit, ils sont en tout temps tenus d'agir de « façon judiciaire »¹³⁷⁶; ils sont donc capables de préserver l'intégrité de la procédure judiciaire dans les affaires qui leur sont soumises.

Dans l'affaire *Cooper*¹³⁷⁷, la Cour suprême réaffirme le principe énoncé dans *Beauregard* à propos du rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires, ce qui présuppose l'existence d'un pouvoir judiciaire protégé par la Constitution : « ...l'existence des cours de justice est un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada »¹³⁷⁸. À ce titre, l'indépendance judiciaire repose essentiellement sur la garantie du maintien des fonctions exercées par les cours de justice :

« Le statut constitutionnel du judiciaire, qui résulte de la séparation des pouvoirs, exige que certaines fonctions soient exercées exclusivement par des organismes judiciaires. Quoique le judiciaire ne détienne pas le monopole de l'interprétation des questions de droit, à mon avis, il doit avoir une compétence exclusive en matière de contestations de la validité des lois en vertu de la Constitution du Canada, et notamment en vertu de la Charte. La raison en est que seules les cours de justice jouissent de l'indépendance [souligné dans le texte] requise pour qu'on se fie à leur examen constitutionnel des lois lorsque cet examen amène une cour de justice à

¹³⁷⁵ Demande fondée sur l'art. 83. 28 du Code criminel (Re), [2004] 2 R.C.S. 248 ; Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, [2005] 2 R.C.S. 473; Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350.

¹³⁷⁶ Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), préc., note 1375, par. 89.

¹³⁷⁷ Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne), [1996] 3 R.C.S. 854.

¹³⁷⁸ *Id.*, par. 11.

déclarer non valide un texte adopté par le législateur. »¹³⁷⁹ (Notre mise en évidence)

La Cour suprême évoque dans *Cooper* le rapport hiérarchique entre le législatif et l'exécutif, lequel risquerait d'être renversé si les organismes administratifs avaient le pouvoir d'invalider leur loi constitutive. Or, le fait de confier ce pouvoir aux tribunaux judiciaires n'opère pas de renversement du rapport hiérarchique entre le législatif et le judiciaire, puisqu'il s'agit maintenant d'un rapport fonctionnel¹³⁸⁰. Alors que dans l'arrêt *Valente*, les conditions essentielles de l'indépendance institutionnelle sont formulées dans le contexte du statut du juge, dans *Cooper* et les arrêts subséquents, c'est la nature de la fonction juridictionnelle exercée par le juge qui détermine les conditions dans lesquelles celui-ci peut exercer en toute indépendance son rôle dans le système juridique.

Même lorsque les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire sont garanties, l'indépendance judiciaire n'est assurée que si les tribunaux sont libres d'exercer leur fonction juridictionnelle sans ingérence de la part de qui que ce soit¹³⁸¹. C'est ainsi que le droit positif sur la norme d'indépendance judiciaire passe du paradigme du juge-statut à celui du juge fonction, tout comme le changement opéré dans la forme du contrat dans le développement sociétal selon l'analyse wébérienne, qui est passé du contrat statut au contrat fonction¹³⁸². Ce glissement conceptuel sera confirmé par le jugement rendu dans le *Renvoi*¹³⁸³. La reconnaissance d'une fonction juridictionnelle protégée par la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire n'équivaut pas à reconnaître la « gouvernance judiciaire »¹³⁸⁴. Même si la Cour suprême reconnaît le rôle important des tribunaux dans

¹³⁷⁹ *Id.*, par. 13.

¹³⁸⁰ *Id.*, par. 27.

¹³⁸¹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 1375, par. 82-92 ; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, préc., note 1375, par. 47.

¹³⁸² *Supra*, partie II, titre I, chapitre 2, sous-section 1.3.

¹³⁸³ *Renvoi*, préc., note 17.

¹³⁸⁴ *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, préc., note 1375, par. 53.

l'évolution du droit, les « décisions législatives » demeurent les premières responsables de la réforme du droit¹³⁸⁵. Pour être inconstitutionnelle, la loi doit faire « obstacle » à la fonction juridictionnelle, et non seulement prescrire des règles différentes du droit antérieur¹³⁸⁶.

Le changement de paradigme évoqué plus haut entre le juge-statut et le juge fonction se concrétise de manière plus certaine dans l'affaire *Ell c. Alberta*¹³⁸⁷, où il question de l'indépendance judiciaire des juges de paix. Traditionnellement, ces juges ont toujours été considérés comme de simples officiers de l'administration de la justice et n'étaient pas tenus à des exigences d'impartialité et d'indépendance vis-à-vis de la structure du pouvoir politique, surtout au niveau local¹³⁸⁸. Selon la Cour suprême du Canada, les juges de paix albertains doivent bénéficier de la garantie d'indépendance judiciaire, car ils exercent des « fonctions judiciaires directement liées à l'application de la loi au sein du système judiciaire », qui ont « une incidence importante sur les droits et libertés des citoyens »¹³⁸⁹. Ils sont en outre « sur la ligne de feu du processus de justice criminelle »¹³⁹⁰.

De façon globale, la Cour suprême du Canada énonce dans *Ell* que tout tribunal peut bénéficier de la protection d'indépendance judiciaire, s'il est établi qu'il exerce des « fonctions judiciaires liées aux fondements de ce principe »¹³⁹¹. Ces fondements seraient de trois ordres : l'impartialité dans la prise de décisions, le maintien de notre ordre constitutionnel et la confiance dans l'administration de la justice. La protection d'indépendance judiciaire est nécessaire pour tous les tribunaux judiciaires, y compris les

¹³⁸⁵ *Id.*, par. 52-53.

¹³⁸⁶ *Id.*, par. 54 ; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 57.

¹³⁸⁷ [2003] 1 R. C. S. 857.

¹³⁸⁸ John P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1960, p. 136.

¹³⁸⁹ *Ell c. Alberta*, préc., note 1387, par. 24.

¹³⁹⁰ *Id.*

¹³⁹¹ *Id.*, par. 20.

juges de paix, car ils servent de « bouclier contre les atteintes injustifiées de l'État aux droits et libertés des citoyens »¹³⁹². En ce qui concerne les juges de paix toutefois, certaines des conditions de l'indépendance judiciaire – telle l'exigence d'inamovibilité – ne s'appliqueront pas avec la même rigueur à ces juges, car leur compétence est beaucoup plus limitée que celle des juges des cours provinciales ou des cours supérieures¹³⁹³.

Le jugement de la Cour suprême rendu en 1997 dans l'affaire du *Renvoi* est un autre moment décisif du discours judiciaire sur l'indépendance judiciaire¹³⁹⁴. Dans cet arrêt, la Cour suprême s'autorise du principe constitutionnel non écrit de l'indépendance judiciaire pour étendre la protection d'indépendance judiciaire aux cours provinciales pour l'ensemble des causes entendues par ces tribunaux, et non seulement lorsqu'ils tranchent des affaires criminelles (pour lesquelles l'alinéa 11*d*) de la *Charte* s'applique). Selon la Cour, cette extension de la garantie d'indépendance judiciaire est nécessaire, malgré l'absence de textes visant les cours provinciales dans notre Constitution, car il s'agit d'un vide important¹³⁹⁵. La difficulté majeure provoquée par cette lacune est que les juges visés par l'alinéa 11*d*) de la *Charte* sont protégés par la garantie d'indépendance judiciaire lorsqu'ils entendent des causes criminelles, mais ne le sont pas lorsqu'ils siègent en matière civile.

Selon la Cour suprême, bien que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne puisse constituer une source de droit positif comme les autres dispositions qui le suivent, il expose les principes structurels et la thèse politique de cet acte fondateur de la Constitution canadienne¹³⁹⁶. Aussi, en référant à la constitution du Royaume-Uni, le préambule « souligne la nature de l'ordre juridique qui encadre et soutient la société

¹³⁹² *Id.*, par. 22.

¹³⁹³ *Id.*, par. 29.

¹³⁹⁴ *Renvoi*, préc., note 17.

¹³⁹⁵ *Renvoi*, préc., note 17, par. 85.

¹³⁹⁶ *Id.*, par. 95.

canadienne »¹³⁹⁷. Cet ordre juridique est aussi fondé sur la primauté du droit. La Cour se déclare donc liée par l'arrêt *Beauregard*, lequel a établi que le préambule constituait une « reconnaissance écrite » du principe de l'indépendance judiciaire¹³⁹⁸. L'intérêt du jugement rendu dans le *Renvoi* pour notre démonstration de l'évolution du discours judiciaire réside dans la schématisation de la place des tribunaux dans la structure constitutionnelle canadienne. Le juge en chef Lamer écrit à ce sujet :

« J'étaye également cette conclusion sur **la place centrale qu'occupent les tribunaux dans le système de gouvernement au Canada**. [...] Toutefois, les institutions politiques ne sont qu'une partie de la structure fondamentale de la Constitution canadienne. [...] Autrement dit, les tribunaux sont «un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada» (*Cooper*, précité, au par. 11) au même titre que les institutions politiques. [...] Par implication, **la compétence des provinces sur les «tribunaux», au sens du par. 92(14) de la Loi constitutionnelle de 1867, comporte une limitation implicite, savoir l'interdiction de miner l'indépendance de ceux-ci.** »¹³⁹⁹ (Notre mise en évidence)

Dans ce paragraphe, la Cour suprême valide non seulement le modèle de différenciation centre/périphérie pour la position des tribunaux dans le système juridique, mais elle constate que le constitutionnalisme, fruit de l'évolution du droit, entraîne par voie d'implication nécessaire le réaménagement de la place autrefois réservée à la fonction judiciaire dans le modèle antérieur de différenciation hiérarchique du droit. D'un point de vue strictement fonctionnel, l'extension de la garantie d'indépendance judiciaire aux cours provinciales, si elle peut difficilement trouver sa source dans le droit positif, prend tout son sens dans le contexte du nouveau rôle que les cours de justice sont appelées à exercer. Dans cette optique, la création d'un principe constitutionnel d'indépendance judiciaire applicable

¹³⁹⁷ *Id.*, par. 99.

¹³⁹⁸ *La Reine c. Beauregard*, préc., note 819, par. 29; *Renvoi*, préc., note 17, par. 105. La reconstruction historique du juge en chef Lamer à propos de la protection de l'indépendance judiciaire au Royaume-Uni et au Canada n'a pas convaincu l'auditoire formé par la communauté juridique : voir notamment Y.-M. MORISSETTE, et J. LECLAIR, préc., note 1323.

¹³⁹⁹ *Renvoi*, préc., note 17, par. 108.

à tous les tribunaux exerçant des fonctions judiciaires est une fiction légale au sens où l'utilisait l'historien Maine¹⁴⁰⁰, en ce sens que le jugement de la Cour suprême laisse croire qu'un principe constitutionnel garantissant l'indépendance de tous les tribunaux exerçant des fonctions judiciaires a toujours existé au Royaume-Uni et au Canada, ce qui, en toute déférence, n'est manifestement pas le cas.

Dans l'affaire *Doucet-Boudreau*¹⁴⁰¹, la Cour suprême confirme la place centrale occupée par les tribunaux découlant de leur rôle d'assurer la primauté du droit :

« Le Canada s'est gagné reconnaissance et admiration en faisant de la primauté du droit une caractéristique majeure de sa démocratie. Toutefois, la primauté du droit non assortie des mécanismes propres à en assurer le respect risque de demeurer un principe superficiel. **Les tribunaux jouent un rôle essentiel à cet égard puisque c'est à eux, en tant qu'institutions centrales, qu'il revient de résoudre les différends juridiques en rendant des jugements et des décisions.** Cependant, ils ne disposent pas des ressources matérielles ou financières requises pour assurer l'exécution de leurs jugements. En fin de compte, ils s'en remettent à l'exécutif et aux citoyens pour ce qui est de reconnaître et de respecter leurs jugements. »¹⁴⁰²
(Notre mise en évidence)

Étant donné ce rôle essentiel des tribunaux, le juge est le pilier du système de justice et incarne pour l'observateur externe « les idéaux de Justice et de Vérité sur lesquels reposent la primauté du droit au Canada et le fondement de notre démocratie »¹⁴⁰³. Il est donc essentiel de préserver l'image que projette la magistrature face au public.

¹⁴⁰⁰ H.S. MAINE, préc., note 449, p. 26 : Une fiction légale consiste dans « ... toute affirmation qui cache ou affecte de cacher l'altération survenue dans une règle de droit, dont l'application change, tandis que le texte subsiste ».

¹⁴⁰¹ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3

¹⁴⁰² *Id.*, par. 31.

¹⁴⁰³ *Therrien (Re)*, préc., note 1174, par. 109.

Avant de terminer, nous voudrions ajouter quelques mots sur l'application de la norme d'indépendance judiciaire aux tribunaux autres que les cours de justice. Essentiellement, ces tribunaux sont des émanations de l'administration gouvernementale et sont principalement chargés d'appliquer des programmes de finalité constitués au niveau du système politique puis transformés en législations et en règlements. Les lois qui instituent ces tribunaux leur accordent des pouvoirs de nature judiciaire, comme des pouvoirs de contraindre des témoins (y compris ceux de condamner pour outrage), d'obligation de faire, et même de condamnation pécuniaire.

La particularité de ces tribunaux réside dans la dualité de leur structure programmatique de décisions : ils exercent des compétences juridictionnelles bien délimitées et rendent des décisions fondées sur le droit, tout en étant autorisés, voire tenus pour certains d'entre eux, de prendre en considération dans leur décision des motifs d'opportunité politique, sociale ou économique¹⁴⁰⁴. Dans plusieurs cas également, ces tribunaux élaborent eux-mêmes des politiques et une partie importante de leur travail est non pas de trancher des différends, mais de régler des domaines d'activités économiques ou sociales au nom de l'administration gouvernementale¹⁴⁰⁵. Les juges administratifs rendent des décisions suivant des critères établis dans la loi ou les règlements. Les titulaires des fonctions exercées par ces tribunaux sont rémunérés selon des

¹⁴⁰⁴ Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748, par. 48 :

« Il est assez clair que les objectifs visés par la Loi sont davantage “économiques” que strictement “juridiques”. “[L]’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne” et les relations entre les entreprises canadiennes et leurs concurrents étrangers sont des questions que les gens d’affaires et les économistes sont plus à même de comprendre que les juges en général. C’est peut-être pour tenir compte de ce fait que le Parlement a créé un tribunal spécialisé dans le domaine de la concurrence et l’a chargé de l’application de la partie civile de la Loi sur la concurrence ».

¹⁴⁰⁵ Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch), [2001] 2 R.C.S. 781; Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [2003] 1 R.C.S. 884.

tarifs fixes. Ils bénéficient d'un statut protégé, dont les règles sont fixées à l'avance et ne peuvent être modifiées en cours de route, sauf cas exceptionnels.

Par ailleurs, étant donné la dualité de compétences de ces tribunaux, qui participe autant au droit qu'à l'Administration, la Cour suprême du Canada a pris soin de ne pas imposer un critère d'indépendance institutionnelle aussi rigide que celui qui est appliqué aux tribunaux judiciaires¹⁴⁰⁶. En formulant, pour les tribunaux administratifs, un critère d'impartialité et d'indépendance judiciaire moins rigoureux que celui qui est requis pour les tribunaux judiciaires, la Cour suprême délimite de manière tranchée la frontière entre l'administration et le droit¹⁴⁰⁷. Si l'administration est autorisée à intégrer dans sa structure systémique des éléments qui relèvent du droit, cela ne doit pas se faire au détriment de l'intégrité du système juridique et de la position centrale dévolue aux tribunaux judiciaires.

3.3 Défendre l'intégrité de la magistrature

Quelques années après le jugement rendu dans le *Renvoi*, un nouveau concept fait son apparition dans le discours judiciaire sur l'indépendance judiciaire, celui de l'intégrité de la magistrature. Cette notion à deux volets englobe celui de l'indépendance judiciaire, l'autre étant la confiance du public dans la magistrature. Les relations entre l'intégrité de la magistrature et l'indépendance judiciaire sont parfois conflictuelles, surtout dans le contexte de la déontologie judiciaire¹⁴⁰⁸, car l'« abus d'indépendance judiciaire » de la part d'un juge en particulier peut mettre en doute l'intégrité de la magistrature¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁶ *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

¹⁴⁰⁷ Les cours de justice ont le dernier mot sur cette question : *Dunsmuir*, préc., par. 30.

¹⁴⁰⁸ *Moreau-Bérubé*, préc., note 1301, par. 46. C'est pour cette raison que les comités de déontologie judiciaire doivent être composés principalement de juges : *id.*, par. 60.

¹⁴⁰⁹ *Id.*, par.58.

L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Therrien*¹⁴¹⁰ traduit la nature délicate du rapport qui peut exister entre le principe d'intégrité de la magistrature et celui de l'indépendance judiciaire lorsqu'il s'agit d'apprécier la conduite d'un juge en particulier. C'est que la protection d'indépendance judiciaire « existe au profit de la personne jugée et non des juges »¹⁴¹¹. Il importe donc de bien circonscrire les limites du concept d'indépendance judiciaire lorsqu'il s'agit de protéger la conduite d'un juge au niveau individuel.

La Cour souligne dans *Therrien* le caractère unique de la fonction judiciaire¹⁴¹². Pour maintenir la confiance du public, le juge qui exerce cette fonction unique doit faire preuve d'une « conduite quasi irréprochable »¹⁴¹³. Compte tenu du rôle constitutionnel des tribunaux et des pouvoirs importants confiés aux juges, il importe de veiller à ce que le principe d'indépendance judiciaire ne se transforme pas en écran derrière lequel les juges peuvent se cacher pour empêcher que leur conduite ne soit examinée. Le jugement dans *Therrien* confirme ainsi une tendance amorcée dans l'affaire *Ruffo c. Conseil de la magistrature du Québec*¹⁴¹⁴ qui limite considérablement la portée de la garantie d'indépendance judiciaire en matière de déontologie judiciaire. Suivant cette approche, la portée de la protection constitutionnelle d'indépendance judiciaire variera selon que le bénéficiaire de la garantie est l'institution de la magistrature en tant qu'incarnation du pouvoir judiciaire, ou un membre de la magistrature considéré individuellement.

Dans un mouvement inverse à celui amorcé dans l'affaire *Beauregard*, la Cour accentue la portée de la garantie d'indépendance judiciaire dans le cas d'atteinte à l'indépendance institutionnelle, et en diminue l'importance lorsqu'il s'agit d'une violation

¹⁴¹⁰ *Therrien (Re)*, préc., note 1174.

¹⁴¹¹ *Ell c. Alberta*, préc., note 1387, par. 29.

¹⁴¹² *Id.*, par. 108.

¹⁴¹³ *Id.*, par. 111.

¹⁴¹⁴ [1995] 4 R.C.S. 267.

alléguée de l'indépendance judiciaire dans le cadre de l'examen par un conseil de magistrature du comportement d'un juge en particulier. Du moment que le comité chargé d'examiner la conduite du juge est composé majoritairement de juges, le principe d'indépendance judiciaire est sauvegardé¹⁴¹⁵.

Dans *Therrien*, la Cour suprême refuse d'étendre aux juges de dénomination provinciale, les conditions formelles de révocation des juges des cours supérieures, arguant que rien dans la constitution canadienne n'oblige les gouvernements des provinces à recourir à l'adresse législative pour révoquer la charge d'un juge nommé par une province. La Cour suprême conclut en effet que la protection à l'encontre de la révocation des juges par l'exécutif, l'une des deux garanties de l'Acte d'Établissement, ne s'étend pas aux juges des cours provinciales¹⁴¹⁶. D'une certaine manière, cette conclusion contredit l'essentiel du raisonnement adopté par la Cour dans le *Renvoi* à propos de l'importance relative des textes qui sont propres au pouvoir judiciaire dans la Constitution. À la différence de l'opinion majoritaire de la Cour dans le *Renvoi*, la Cour prend bien soin dans *Therrien* de spécifier que ces textes établissent des différences importantes au niveau de la protection accordée par la constitution canadienne aux juges des cours supérieures et à ceux nommés par les provinces. La Cour rappelle ainsi que l'adresse parlementaire n'est pas spécifiquement incluse dans la Constitution pour les juges autres que les juges nommés selon l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴¹⁷. Ainsi, rien dans les textes de la Constitution – et donc pas même le préambule, ce portail de l'édifice constitutionnel canadien riche en principes constitutionnels selon les juges majoritaires dans le *Renvoi* — n'exige que les provinces

¹⁴¹⁵ *Therrien (Re)*, préc., note 1174, par. ; *Moreau-Bérubé*, préc., note 1301, par. 47.

¹⁴¹⁶ Pour la Cour suprême, la décision unanime de cinq juges membres du Conseil de la magistrature est suffisante pour révoquer la nomination d'un juge de la Cour provinciale, et qu'elle offre des garanties suffisantes pour le respect de l'indépendance judiciaire.

¹⁴¹⁷ Des enquêtes sur la conduite de juges ont été menées depuis la Confédération, mais dans la plupart des cas, les juges ont démissionné de leur charge avant la conclusion de l'enquête ou, dans l'un de ces cas, avant que la révocation ne soit votée par les deux chambres du Parlement : Martin L. FRIEDLAND, préc., note 1127, à la p. 87.

aient recours à une adresse législative pour révoquer la charge d'un juge qu'elles ont nommé. Au surplus, une telle limite au pouvoir de révocation des juges des cours provinciales n'est pas nécessaire pour le respect de l'indépendance judiciaire.

Les jugements de la Cour suprême dans *Therrien* et dans l'affaire *Moreau-Bérubé* où la Cour soulève pour la première fois la notion d'«abus de l'indépendance judiciaire»¹⁴¹⁸ démontrent la volonté de la Cour de légitimer la protection d'indépendance judiciaire en limitant l'étendue de cette protection dans les cas où il s'agit d'appliquer la garantie d'indépendance judiciaire à un juge en particulier dont la conduite se révèle indigne de la charge qu'il occupe¹⁴¹⁹. La confiance du public dans l'intégrité de la magistrature peut ainsi être considérée comme la composante du concept d'indépendance judiciaire qui permet aux tribunaux de maintenir la légitimité de leur rôle dans le système juridique. D'une certaine façon, la Cour suprême sacrifie la délinquance judiciaire à l'autel de l'indépendance institutionnelle. C'est le prix à payer pour éviter que le paradoxe des juges se jugeant les uns les autres ne vienne ternir l'aura de légitimité que les tribunaux tentent de bâtir sur les fondements de l'indépendance judiciaire comme pilier du système de justice.

3.4 Dépolitiser la justice

Une orientation manifeste du discours judiciaire de la Cour suprême du Canada au sujet de l'indépendance judiciaire depuis *Valente* est la volonté de mettre le système judiciaire à l'abri des irritants de l'environnement du système juridique, tout particulièrement en ce qui concerne les communications issues du système politique. Dans l'arrêt *Mackin*¹⁴²⁰, la Cour suprême s'appuie sur le rôle élargi des tribunaux « en tant que

¹⁴¹⁸ *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick*, préc., note 1301, par. 58.

¹⁴¹⁹ Voir aussi le Rapport du Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice demandant la révocation du juge Cosgrove, 30 mars 2009, Ottawa.

¹⁴²⁰ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405.

arbitre des litiges, interprète du droit et gardien de la Constitution », lequel exige une complète indépendance de « toute autre entité dans l'exercice de ses fonctions judiciaires ». Cette indépendance se rapporte « essentiellement à la nature de la relation entre un tribunal et toute autre entité ».¹⁴²¹ Cette relation doit être caractérisée par « une séparation intellectuelle qui permet au juge de rendre des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent.¹⁴²² » L'idée de séparation intellectuelle est une autre manière de décrire la distance qui doit être respectée entre le juge en tant que gardien du droit, et les influences qui proviennent de toute autre entité, ou pour les nommer autrement, les communications qui émanent des autres systèmes sociaux. En plaçant les tribunaux au centre du système juridique, la différenciation interne du système a justement pour effet de les mettre à l'abri des influences qui ne sont pas dictées par les exigences du droit et de la justice.

La Cour suprême justifie l'exigence d'une séparation complète entre les tribunaux et « toute autre entité » sur le principe de la séparation des pouvoirs¹⁴²³. Or, nous l'avons démontré, la théorie politique de la séparation des pouvoirs n'a jamais existé au profit du pouvoir judiciaire. De plus, il n'y pas dans notre système constitutionnel un concept juridique de séparation des pouvoirs. Les autres principes fondamentaux de ce système que sont la suprématie parlementaire et la soumission du pouvoir exécutif au pouvoir législatif sont antinomiques à la doctrine de la séparation des pouvoirs.

De fait, si séparation des pouvoirs il y a, celle-ci est plus fonctionnelle que structurelle, et ne devrait donc pas entraîner des conséquences juridiques sur la capacité de l'organe chargé d'une fonction en particulier de participer à l'exercice de la fonction normalement dévolue à un autre organe. La Cour suprême du Canada reconnaît d'ailleurs

¹⁴²¹ *Id.*, par. 37.

¹⁴²² *Id.*

¹⁴²³ *Id.*, par. 69.

que la séparation des pouvoirs est de nature « fonctionnelle », sans toutefois en tirer les conclusions qui s'imposent¹⁴²⁴. En réalité, il faut considérer que faute d'un autre concept juridique applicable, la Cour suprême s'autorise du principe de la séparation des pouvoirs pour justifier cette séparation qui doit exister dans une société différenciée entre le système juridique – avec, au centre, les tribunaux - d'une part, et le système politique d'autre part.

Le raisonnement de la Cour suprême est un réquisitoire pour une différenciation des tribunaux judiciaires en regard de tout ce qui touche de près ou de loin le système politique. Comme l'exprime on ne peut plus clairement le juge en chef Lamer dans le *Renvoi*, les rapports entre le judiciaire et les autres pouvoirs doivent être « dépolitisés »¹⁴²⁵. Ceci est une exigence constitutionnelle. L'obligation de consulter un organisme indépendant sur toutes questions relatives à la rémunération des juges imposée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi* était très certainement discutable du point de vue du droit positif¹⁴²⁶. Toutefois, si l'on considère cette obligation à la lumière de l'objectif identifié au chapitre précédent — détacher les questions relatives au statut et à la rémunération des juges, de celles concernant les conséquences et répercussions de leurs décisions dans le système social —, on comprend mieux quelle peut être la raison d'être de ce transfert de responsabilité vers un organisme qui ne fait officiellement pas partie des pouvoirs législatif, exécutif et aussi judiciaire.

¹⁴²⁴ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, préc., note 1401, par. 33.

¹⁴²⁵ *Renvoi*, préc., note 17, par. 131 et 146.

¹⁴²⁶ L'obligation imposée aux gouvernements provinciaux de consulter une commission de rémunération des juges formée majoritairement de juges avant de décider de toute question relative à la rémunération des juges est exorbitante.

Dans *Mackin*, la Cour suprême revient sur la nécessité de « dépolitiser » les relations entre le système judiciaire d'une part, et le gouvernement d'autre part, cette fois à propos de l'abolition de la charge de juge surnuméraire, laquelle doit être traitée selon la Cour comme une question relevant de la sécurité financière des juges :

« En somme, je considère que l'opinion offerte par notre Cour dans le *Renvoi: Juges de la Cour provinciale*, précité, impose que toute modification apportée aux conditions de rémunération des juges à quelque moment que ce soit doit obligatoirement passer par le crible institutionnel [souligné dans le texte] d'un organisme indépendant, efficace et objectif, **afin que les relations entre le judiciaire, d'une part, et l'exécutif et le législatif, d'autre part, demeurent aussi dépolitisées que possible**. C'est là une exigence structurelle de la Constitution canadienne découlant de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit. En omettant de renvoyer la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire à un tel organisme, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a failli à cette obligation fondamentale. L'absence de clause de droits acquis en faveur des juges surnuméraires en fonction et des juges de la Cour provinciale nommés avant l'entrée en vigueur de la Loi 7 vient aggraver cette première atteinte. Par conséquent, la Loi 7 doit être déclarée invalide ». (Notre mise en évidence)

Cette exigence relative à la différenciation du système politique et des tribunaux judiciaires est nécessaire du fait que les tribunaux ont le mandat constitutionnel de s'interposer entre l'État et les citoyens. L'indépendance judiciaire devient ainsi, du fait de ce mandat, une exigence constitutionnelle¹⁴²⁷. Puisque les tribunaux doivent se placer entre l'État et les citoyens, rien ne doit permettre d'identifier les tribunaux à l'État. La commission de rémunération des juges doit s'interposer entre l'État et les tribunaux pour préserver la perception d'indépendance des tribunaux. De fait, la légitimité des tribunaux dépend tout particulièrement de cette perception des citoyens voulant qu'ils soient

¹⁴²⁷ *Ell c. Alberta*, préc., note 1387, par. 26.

indépendants¹⁴²⁸. C'est la rançon à payer pour que les tribunaux judiciaires soient perçus comme étant « à part »¹⁴²⁹.

En 1701, l'Acte d'Établissement a transféré du roi vers le Parlement le contrôle de la rémunération des juges. Ce changement répondait à une nécessité née de circonstances historiques bien circonscrites. En 1997, ce sont les juges eux-mêmes qui décident de renvoyer cette question à une commission consultative qui n'est ni le gouvernement, ni le législateur, ni les tribunaux en l'occurrence. Évidemment, il est légitime de soulever le fait qu'en obligeant les gouvernements à consulter un organisme non existant, le jugement de la Cour ressemble plus à une décision législative ou réglementaire qu'à une décision judiciaire. Toutefois, en imposant cette obligation, la Cour suprême fait en sorte de lever elle-même le paradoxe des tribunaux fixant eux-mêmes leur rémunération. Peut-être la Cour espérait-elle aussi que les critiques finissent par cesser une fois le principe établi. Or, des impasses au niveau de l'acceptation de recommandations des commissions indépendantes ont forcé la Cour suprême à revenir sur cette question et à concéder que les litiges ont remplacé les négociations directes entre les juges et les gouvernements provinciaux, ce qui selon elle ne peut que donner une « piètre image de ceux qui y sont associés »¹⁴³⁰.

Section 4 Les fonctions de l'indépendance judiciaire

On peut se demander quelles fonctions particulières la garantie d'indépendance judiciaire exerce en rapport à la fonction du droit dans une société différenciée. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer l'aspect individuel de l'aspect collectif ou institutionnel de l'indépendance judiciaire, comme l'enseigne la Cour suprême du Canada.

¹⁴²⁸ *Id.*, par. 23.

¹⁴²⁹ M. FRIEDLAND, préc., note 1127.

¹⁴³⁰ *Assoc. des juges de la cour provinciale du Nouveau-Brunswick*, préc., note 1299, par. 12.

En ce qui concerne le volet individuel de l'indépendance judiciaire, les garanties juridiques liées au statut des juges tendent à détacher les juges des conséquences de leurs décisions dans le système social. La protection constitutionnelle de la fonction juridictionnelle vise quant à elle à dépolitiser la justice et à garantir le rôle constitutionnel des tribunaux de gardiens de la primauté du droit dans le système juridique. Mais, comme l'exprime si bien la Cour suprême, « dans chacune de ses dimensions, l'indépendance vise à empêcher toute ingérence indue dans le processus de décision judiciaire, lequel ne doit être inspiré que par les exigences du droit et de la justice »¹⁴³¹.

4.1 L'indépendance individuelle des juges et le principe d'impartialité

Dans la dogmatique juridique, l'indépendance et l'impartialité désignent des réalités différentes au point de vue normatif. L'indépendance repose sur l'idée que le juge doit pouvoir décider sans contrainte d'aucune sorte. Cette indépendance vise tant la personne du juge que l'institution juridique qu'il représente. L'objectif visé par l'indépendance judiciaire, personnelle et institutionnelle, est de protéger l'impartialité du juge, cet état d'esprit qui lui permet de décider de manière désintéressée en ce qui concerne le résultat de l'affaire à trancher. L'objectif est de maintenir jusqu'à la fin du processus l'incertitude quant au résultat.

L'absence de préjugés et d'idées préconçues est impossible à atteindre, et l'impartialité ne signifie pas que le juge peut se détacher de ses opinions ou croyances personnelles¹⁴³². Mais comme règle juridique, l'impartialité est une obligation qui pèse sur

¹⁴³¹ Mackin, préc., note 1420, par. 39.

¹⁴³² Comme la Cour suprême nous le rappelle dans l'affaire *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 1252, il faut distinguer la neutralité, qui est une illusion, de l'impartialité. C'est ce que souligne Benjamin Cardozo dans *The Nature of the judicial process*, cité par la Cour :

« [Traduction] Dans notre subconscient se trouvent enfouies d'autres forces, préférences et aversions, prédilections et préventions, tout un ensemble d'instincts, d'émotions, d'habitudes et de convictions, qui font l'être humain, qu'il soit juge ou justiciable. (par. 34) »

le juge et lui impose de décider sur la base de la preuve faite devant lui, et non sur les fondements de ses préférences ou opinions personnelles. Comme le rappelle la Cour suprême du Canada, le principe d'impartialité ne signifie pas que le juge n'a pas de préjugés ou d'opinions préconçues, mais qu'il est ouvert à la persuasion par le biais de la preuve faite devant lui¹⁴³³.

Grâce à la motivation écrite des décisions et aux règles de preuve qui excluent les faits non admissibles, il est possible de vérifier si la décision judiciaire s'appuie uniquement sur la preuve faite dans le cadre étroit de la procédure judiciaire. Le principe d'impartialité agit donc comme un égalisateur des chances d'influencer le juge à l'intérieur du programme conditionnel de décision¹⁴³⁴. Luhmann décrit cette fonction particulière de la garantie d'impartialité comme un mécanisme social latent faisant en sorte que ce principe « trouve créance », même si, en définitive, la décision favorise toujours selon lui les mêmes intérêts¹⁴³⁵.

Dans la société segmentée où vivait Aristote, l'indépendance du juge vis-à-vis de ses autres rôles sociaux, notamment ses liens de parenté, était une préoccupation importante. Le Stagirite s'était d'ailleurs demandé comment il était possible d'éviter que les juges de cette société peu différenciée se laissent influencer par leurs relations familiales. Déjà, il préconisait de différencier l'administration de la justice afin de séparer la législation et la juridiction. En édictant des normes générales dont l'interprétation et

Aussi, comme le précise le Conseil canadien de la magistrature dans sa publication intitulée, *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15, également cité par la Cour :

« La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert. » (par. 35 du jugement)

¹⁴³³ *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 1252, par. 49.

¹⁴³⁴ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 129.

¹⁴³⁵ *Id.*

l'application futures seront difficiles à prévoir, le législateur peut lier le juge dans l'exécution de sa charge¹⁴³⁶.

L'avènement du droit positif a permis la différenciation du rôle du juge, qui a été délesté de ses autres rôles sociaux¹⁴³⁷. L'exigence voulant que la décision soit rendue par un juge impartial et indépendant signifie que cette décision sera prise par un juge « libéré » de ses autres liens sociaux, qu'ils soient familiaux, politiques, économiques, religieux ou autres. Ceux-ci ne devraient plus, en principe, lui être utiles puisqu'il doit décider en fonction de la preuve qui est présentée dans la procédure¹⁴³⁸. Son savoir et son expérience doivent être pris en compte de manière prudente, car ces éléments peuvent même affecter la validité juridique de son jugement¹⁴³⁹.

Le droit de récusation du juge vise notamment l'identification des liens qui pourraient être établis entre d'une part, les autres rôles sociaux du juge et, d'autre part, ceux de l'une ou l'autre des parties¹⁴⁴⁰. En prévenant la situation où le juge a préjugé du résultat de l'application du code binaire dans sa décision (légal/illégal) en raison d'un intérêt pécuniaire ou autre dans la question en litige ou de liens particuliers avec l'une des parties, le principe d'impartialité maintient l'incertitude quant à l'issue du litige, un mécanisme servant à préserver la légitimité de la procédure judiciaire. La garantie d'une décision

¹⁴³⁶ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7.

¹⁴³⁷ Les juges ont été libérés de la domination monarchique et ont acquis leur indépendance politique au même moment où ils furent placés dans la position de rendre des décisions sur la base de leur propre responsabilité : N. LUHMANN, *Law as a Social System*, préc., note 7, p. 284-285.

¹⁴³⁸ Alors que dans les sociétés archaïques, le statut social d'une personne et son expérience sont des qualités recherchées pour exercer la fonction de juge.

¹⁴³⁹ Ainsi, dans l'arrêt rendu dans l'affaire *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, la Cour suprême du Canada a jugé qu'elle ne pouvait prendre connaissance d'office du fait que « les syndicats québécois exercent une coercition idéologique sur leurs membres ». Par ailleurs, la Cour suprême a conclu que les juges pouvaient s'appuyer sur ses recherches personnelles concernant des documents de nature historique (en l'occurrence, des lettres, instructions et le journal personnel du gouverneur Murray) pour fonder leurs conclusions : *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

¹⁴⁴⁰ N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, préc., note 34, p. xxiv.

fondée uniquement sur le droit et les faits qui sont prouvés devant le juge assure la neutralisation presque complète de l'influence possible de ses autres rôles sociaux¹⁴⁴¹. La décision rendue ne pourra donc être critiquée sur la base de ces considérations qui sont réputées (si les apparences le démontrent) ne pas être prises en compte dans le processus menant à la décision. Peu importe donc le résultat de la décision judiciaire, la règle d'impartialité assure que le juge n'a obéi qu'à des considérations strictement juridiques, car il ne fait qu'« appliquer la loi ». Cette considération primordiale libère le juge de la critique face aux conséquences de sa décision¹⁴⁴², car ces critiques doivent s'en remettre uniquement à la loi sur laquelle s'appuie le juge. Grâce à cette fonction d'élimination des possibilités de critiques sur des éléments externes au système juridique, la norme d'indépendance judiciaire participe activement à la clôture du système juridique et à sa reproduction autopoïétique.

Nous avons fait état plus haut des tendances de matérialisation de la justice qui exercent des pressions sur les juges. Il a été démontré que ces tendances ont toujours existé et que seule l'origine des demandes a changé. La matérialisation de la justice est une menace pour l'indépendance judiciaire, car elle tend à responsabiliser les juges face aux conséquences matérielles de leur décision. En relevant le juge des conséquences de sa décision, la norme d'indépendance judiciaire instaure une séparation entre la décision et ses effets dans l'environnement du système juridique. Elle contribue aussi, par la même occasion, à la réduction de la complexité en apportant son appui au maintien de cette frontière entre le système juridique et son environnement. À notre avis, les irritants de l'environnement du système juridique sont une menace beaucoup plus insidieuse pour la primauté du droit et l'indépendance judiciaire que ne pouvaient l'être les tentatives d'ingérence du pouvoir politique dans le processus judiciaire. Ces pressions qui s'exercent

¹⁴⁴¹ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, préc., note 6, p. 56.

¹⁴⁴² *Id.*, p. 130.

sur le droit et sur les juges sont d'ailleurs l'un des plus grands défis des systèmes juridiques modernes.

4.2 L'indépendance institutionnelle et la primauté du droit

La norme d'indépendance judiciaire a été invoquée par la Cour suprême du Canada pour justifier le rôle des tribunaux comme gardiens de la primauté du droit. En tant que règle juridique, la primauté du droit enchâsse dans le droit positif le seuil évolutif décrit par Parsons sur l'institutionnalisation d'un système légal universaliste basé sur l'égalité de tous devant la loi. Le principe de primauté du droit assure la prééminence du droit à l'égard de tous, du simple citoyen aux autorités gouvernementales, et l'égalité juridique de tous devant la loi. Ces deux concepts, primauté du droit et égalité de tous devant la loi, sont les revers de la même médaille.

Le rôle des tribunaux en tant que gardiens de la primauté du droit est toutefois difficile à représenter dans son application pratique. De quel droit s'agit-il au juste? De la loi, des précédents judiciaires, des contrats privés, des règlements administratifs, des décisions des tribunaux administratifs interprétant une loi? Quel droit doit primer lorsqu'il y a conflit entre deux normes parfaitement valides? Et qu'arrive-t-il en cas de silence du droit sur une question? Si les juges doivent quand même décider et faire triompher le droit, comment peuvent-ils justifier leurs décisions rendues en l'absence de droit? De plus, les juges n'ont pas le monopole de l'interprétation du droit. Ils peuvent aussi errer sur le droit (et ils le font régulièrement). Par conséquent, dire que les tribunaux sont les gardiens de la primauté du droit ne peut constituer une justification suffisante pour instaurer une séparation institutionnelle entre les tribunaux et toute autre entité.

Lorsque le concept de primauté du droit est analysé selon le prisme de l'analyse systémique, on comprend mieux en quoi l'indépendance judiciaire est une condition du maintien de la primauté du droit. Dans sa représentation systémique, la primauté du droit

est la barrière qui s'insère entre les normes juridiques et les autres formes de légitimation de l'ordre social. Cette séparation du droit et des autres systèmes culturels de légitimation s'opère par la clôture organisationnelle du système juridique. Cette fermeture normative signifie que les faits et événements de l'environnement du système juridique ne seront valides juridiquement que lorsqu'ils seront traités à l'intérieur du système selon le code et les programmes propres au droit. Ni la morale, ni la religion ou l'objectif politique ne pourront décider de la valeur d'un fait ou d'un acte dans le système juridique.

Ainsi, lorsque les tribunaux assurent la primauté du droit, c'est au maintien de la différenciation du droit et des systèmes culturels de légitimation auquel les tribunaux contribuent. De fait, c'est la différenciation des rôles sociaux, plus que la différenciation des fonctions, qui exerce une influence déterminante sur l'autonomisation du système judiciaire et la différenciation de la position du juge. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'impact de la différenciation sociale fonctionnelle sur la production des normes, et la légitimité de la création judiciaire du droit.

Les composantes juridiques de l'indépendance judiciaire (inamovibilité, sécurité financière et indépendance institutionnelle) concourent à la clôture organisationnelle du système juridique du fait qu'elles visent à maintenir les tribunaux à distance de ces influences étrangères au droit qui proviennent des autres systèmes culturels de légitimation de la structure sociale. La norme d'indépendance judiciaire opère cette « séparation intellectuelle » qui doit exister entre le droit et les influences allogènes qui tentent de s'introduire dans la prise de décisions judiciaires. En tant que gardiens de la primauté du droit, les juges maintiennent cette séparation entre le droit et les irritants de l'environnement du système juridique. Dans le système juridique, seuls les tribunaux en effet peuvent assurer la primauté du droit, car le législateur est trop près du système politique, tandis que le contrat est à la remorque des considérations instrumentalistes et utilitaristes des intéressés au droit.

La norme d'indépendance judiciaire est aussi un instrument dont le système judiciaire se sert pour dépolitiser les rapports qu'il entretient avec le gouvernement et les autres mécanismes d'application de la loi qui relèvent de l'organe exécutif. Cet objectif agit sur la perception du public, dont la confiance dans l'intégrité du système judiciaire dépend de l'engagement de ce système à rendre « des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent »¹⁴⁴³. Grâce au contrôle absolu que les tribunaux conservent sur l'interprétation de la norme d'indépendance judiciaire, le système judiciaire différencié peut préserver son autonomie systémique à l'intérieur du système juridique. La Cour suprême du Canada insiste d'ailleurs beaucoup sur la préservation de cette autonomie systémique, et ses jugements établissent une frontière au-delà de laquelle les administrations gouvernementales ne peuvent aller pour gruger l'essence de la fonction juridictionnelle, laquelle est protégée par le mandat constitutionnel conféré aux tribunaux¹⁴⁴⁴.

Le concept d'autolégitimation exprime bien comment la norme d'indépendance judiciaire contribue à la légitimité du système judiciaire. C'est que la justice doit utiliser des formes de légitimation différentes de celles qui sont traditionnellement véhiculées dans les théories politiques. Le développement d'un principe d'indépendance judiciaire fondé sur la primauté du droit et la séparation du pouvoir judiciaire permet de suppléer au déficit de légitimité démocratique des juges grâce à l'assurance que leurs décisions seront prises exclusivement sur la base de considérations juridiques et qu'elles ne seront pas influencées par les opinions des décideurs politiques ou les finalités poursuivies par les autres organes de l'État.

¹⁴⁴³ *Mackin*, préc., note 1420, par. 37.

¹⁴⁴⁴ *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 1327; *Ell c. Alberta*, préc., note 1387, par. 24-26.

CONCLUSION

«D'un point de vue théorique, la théorie systémique, développée à l'origine par Parsons, plus tard reprise et perfectionnée par Luhmann est, à mon sens, la plus pertinente des explications¹⁴⁴⁵.»

Dieter Grimm, Ancien vice-président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Après plusieurs années de recherches et la rédaction de grands pans de cette thèse, la lecture en mai 2008 du rapport de Dieter Grimm sur les causes de la montée en puissance des juges a confirmé l'intuition qui m'a guidée vers le choix des théories de Talcott Parsons et de Niklas Luhmann pour expliquer l'évolution de la place du juge dans le système juridique.

Comme Dieter Grimm, nous sommes d'opinion que c'est de la théorie systémique qu'émanent les explications les plus pertinentes au sujet de l'évolution de la fonction de juger. Dans un premier temps, la théorie systémique explique comment le développement historique du droit occidental a mené à la différenciation d'un système juridique universaliste et autonome. Dans un deuxième temps, la théorie systémique rend compte du parcours suivi par la fonction de justice pour se placer au centre du système juridique. De plus, l'outillage conceptuel systémique développé par Parsons et raffiné par Luhmann, comprenant l'ouverture cognitive, la fermeture opérationnelle et le couplage structurel, permet de concilier deux idées en apparence contradictoires : autonomie du développement du système juridique et interdépendance de l'évolution juridique et sociale.

L'histoire du droit démontre que celui-ci entretient des rapports ambigus et parfois contradictoires avec les formes de domination dans la société. Dès sa différenciation de la sphère religieuse, le droit a été utilisé pour imposer des limites à l'exercice du pouvoir

¹⁴⁴⁵ R. BADINTER et S. BREYER (dir.), préc., note 1, p. 38.

CONCLUSION

religieux ou politique. Durant la période prémoderne, le droit enraciné dans les coutumes et le droit commun (*legem terrae*) furent invoqués pour contrer l'extension des privilèges et des droits d'exception, dont les prérogatives royales. Même le droit divin des rois, qui a permis aux monarques d'écarter les pouvoirs religieux et d'asseoir leur souveraineté sur les affaires temporelles, n'en rappelait pas moins à ceux-ci qu'ils étaient soumis au droit suprême, celui de la loi divine qui les avait faits rois. C'est d'ailleurs par ce premier rôle que le droit a réussi à transformer la manière dont les individus ont pu s'approprier des droits subjectifs garantis. Mais le droit a aussi servi de mécanisme pour soumettre voire, éradiquer, les ordres multiples qui exerçaient un contrôle juridique sur le territoire. Dans le procès qui a mené à la formation de l'État en tant que groupe politique dominant, le droit s'est révélé en effet d'une efficacité redoutable comme outil d'unification du territoire et de centralisation de l'administration. En permettant l'assujettissement des autres communautés de droit existantes, le droit de l'État devenait un puissant agent de contrôle social.

À travers ses deux rôles principaux, celui de frein à l'absolutisme et celui de contrôle des ordres juridiques concurrentiels à celui de l'État, le droit a continué à affirmer son autonomie. Au fil de son évolution vers des formes plus différenciées, le droit a gravi les échelons de l'autonomie et atteint des sommets inégalés. La différenciation fonctionnelle du droit et la formation d'une classe spécialisée de fonctionnaires qui s'est détachée progressivement de l'administration patrimoniale (les juges) figurent parmi les causes premières de l'autonomisation du droit. L'une des étapes importantes du processus d'autonomisation fut l'émancipation de l'ordre sociétal normatif vis-à-vis des systèmes culturels de légitimation. Ce seuil évolutif a permis au droit d'accéder et de se maintenir à un degré élevé d'universalisation et de généralisation. L'absence de fondements métajuridiques au droit lui permet de garder son indépendance vis-à-vis de ces systèmes de légitimation; c'est la condition *sine qua non* de tout système juridique basé sur l'égalité et la justice formelles. Mais si le droit a pu s'imposer comme ordre autonome, cela est aussi dû à l'institutionnalisation d'un système d'arbitrage des différends.

Le récit historique du droit est aussi celui de son procès de légitimation. Les formes de légitimation du droit se sont transformées au même rythme que les mutations dans les modes de création et de découverte du droit. Ainsi, lorsque le droit était révélé par les figures religieuses charismatiques, il tirait sa légitimité de la même source. Avec la séparation des ordres normatifs religieux et séculaire, la tradition a pris le relais, et le droit ancien enraciné dans l'usage fut considéré comme le seul droit légitime. Puis, lorsque la loi, expression de la volonté générale, s'est imposée comme mode exclusif de création du droit, la légitimité s'est confondue à la légalité. Dans ce schéma moderne, où la légitimité du droit repose sur la loi seule, la légitimité de la décision judiciaire se retrouve coupée de sa seule et unique source de légitimation. Les règles d'interprétation législative et le rapport de commandement hiérarchique entre la loi et le jugement essaient tant bien que mal de camoufler cette carence, avec un succès très relatif. La crise du juge est le reflet de cette scission entre le droit et ses modes de légitimation extrinsèque.

C'est pour cette raison qu'il faut remettre en cause les idées reçues et reconnaître l'impossibilité de fonder le droit moderne sur une légitimation qui lui est extérieure. Le droit universaliste détaché des autres systèmes culturels de légitimation doit instaurer son propre procès de légitimation. Évidemment, c'est une tâche plus ardue que celle dévolue à l'ordre normatif lorsque celui-ci est intimement lié à un système de valeurs qui le fonde et le valide du même souffle. Ce fardeau additionnel pour le droit moderne des sociétés pluralistes est nécessaire toutefois, dans la mesure où celui-ci doit forcément garder ses distances avec les systèmes culturels présents dans le tissu social qui luttent entre eux pour en prendre le contrôle, comme la monarchie et les bourgeoisies l'ont fait au XVII^e siècle.

Dans sa phase actuelle, l'indépendance du droit est garantie par l'autoréflexivité des opérations du système. Le droit est un système autopoïétique, c'est-à-dire autoobservateur, autoreproducteur, et autoconservateur. Ce degré supérieur d'autonomie permet au droit de préserver l'intégrité de sa fonction principale dans la société différenciée, qui est la stabilisation des attentes normatives individuelles et collectives dans le temps. Deux

composantes du droit moderne différencié agissent sur l'indépendance de l'ordre normatif vis-à-vis des autres systèmes culturels de légitimation : une structure programmatique conditionnelle et une fermeture organisationnelle ne reconnaissant qu'un seul code formé de deux valeurs : légalité et illégalité. Or, dans le système social global, les sous-systèmes situés dans l'environnement du système juridique produisent des communications qui interfèrent avec les communications juridiques. Dans les sociétés modernes différenciées, ces systèmes tentent de faire pression sur le droit pour qu'il se modifie et intègre leurs programmes de finalités. Le droit est ainsi soumis à des poussées constantes pour que des attentes non normatives soient reconnues dans l'ordre normatif. Étant donné son ouverture cognitive, le système juridique est particulièrement exposé à ces irritations, d'où la nécessité d'assurer sa clôture normative. C'est d'ailleurs parce qu'il est fermé au niveau organisationnel que le droit autopoïétique résiste plus efficacement aux pressions qui émanent des autres sphères de l'agir social.

Au cours de l'histoire, la fonction de juger a joué un rôle primordial pour le pouvoir. Dans la « structure triple et une » du corps primitif, la fonction judiciaire est d'abord exercée par l'assemblée militaire ou populaire. La justice se différencie ensuite verticalement pour être dévolue au chef. Elle est alors absorbée par la fonction politique. Au Moyen Âge, la justice est l'arme séculaire du monarque pour faire régner la paix et rendre à chacun son dû, qu'il délègue à ses agents en raison de leur connaissance spécialisée. Elle coexiste avec la fonction gouvernementale. Après la dissolution de la *iurisdictio* et sa reconstitution dans la législation et le jugement, cette coexistence du droit et du gouvernement se transforme en opposition dans les moments d'effervescence politique et sociale. Au centre de cette lutte se trouvent les titulaires de la fonction de juger. Plus tard, lorsque le droit est complètement différencié dans le système social, la fonction de justice se retrouve prise dans l'étau du conflit opposant la justice matérielle et l'égalité formelle.

CONCLUSION

Dans le contexte des dernières décennies, qui est caractérisé par un fort mouvement d'instrumentalisation du droit, le système judiciaire est encombré de demandes pour transformer par le droit un ordre social jugé déficient. L'assouplissement des règles relatives à l'intérêt pour agir, l'institution des recours collectifs et la mise en place d'un recours général pour le redressement des violations constitutionnelles ont grandement facilité l'accroissement de ces demandes visant l'obtention d'une justice matérielle. Or, à la différence du système politique qui peut refuser de légiférer sur une question, les tribunaux, eux, doivent juger. Ceci explique pour quelles raisons les groupes de pression portent de plus en plus leurs revendications devant les tribunaux judiciaires, à défaut d'avoir une autre adresse où faire valoir leurs doléances. Les conflits d'intérêts ont, dans nos sociétés modernes, remplacé les conflits de classes et, comme le rappelle la Cour suprême du Canada, ces intérêts sont en concurrence dans notre système juridique¹⁴⁴⁶.

Dans la société différenciée, la fonction de juger est moins coincée entre le droit et la politique qu'aux prises avec les pressions de l'environnement du système juridique qui essaient de s'introduire dans le droit par la voie des recours judiciaires. Ce phénomène explique le déplacement de la fonction de justice au centre du système juridique. De cette place centrale, les tribunaux judiciaires peuvent maintenir l'indépendance de l'ordre normatif sociétal vis-à-vis des systèmes de légitimation. Aidé de la structure programmatique du droit et de l'application du code binaire légal/illégal, le système judiciaire différencié joue un rôle déterminant dans la clôture du système juridique. En refusant d'attribuer une troisième valeur aux demandes qui leur sont faites, comme celle qui relève de la justice et qui aurait pour effet d'affaiblir la structure programmatique de décision conditionnelle, les tribunaux peuvent de façon formelle résister aux demandes de justice matérielle, sans avoir à se justifier par des moyens extrajudiciaires fondés sur l'opportunité ou les valeurs. Ces demandes peuvent par la suite être réintroduites dans le droit par la voie législative, dans le cas où les intérêts défendus par ces parties ont la chance de se retrouver au cœur des priorités politiques et électorales.

¹⁴⁴⁶ *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 3.

Depuis leur position centrale, les tribunaux remplissent également une fonction de régulation du système juridique, qui s'exerce principalement par l'accréditation que donne la décision judiciaire de l'interprétation des normes du droit positif. Par ce moyen, les tribunaux décident de manière autoritaire la question de l'appartenance des prétentions juridiques à l'ordre normatif. Confronté à l'obligation qu'ils ont de juger malgré le silence du droit, et vu leur absence de contrôle direct sur les voies de recours judiciaires, les tribunaux s'appuient sur leur rôle de gardien de la primauté du droit pour conserver cette place centrale dans le système juridique. Lorsqu'ils refusent de se prononcer sur le moment où commence la vie utérine¹⁴⁴⁷, ou d'entériner la demande de légaliser judiciairement l'euthanasie active¹⁴⁴⁸, les tribunaux maintiennent une distance entre le droit et les systèmes de légitimation qui tentent d'imposer leurs valeurs rationnelles en finalité. La primauté du droit est donc, dans le langage systémique, le maintien d'une frontière entre les communications du système juridique et celles qui émanent des autres systèmes sociaux.

L'indépendance judiciaire, c'est-à-dire la liberté des juges de rendre des décisions fondées sur le droit sans influence extérieure ou pression sous quelque forme que ce soit, est une condition essentielle au maintien de la primauté du droit. Si l'un des seuils évolutifs de la modernité est l'imposition du gouvernement responsable, en ce qui a trait à l'indépendance judiciaire, ce seuil évolutif est l'institutionnalisation d'un système judiciaire qui n'est responsable devant aucune autorité politique ou sociale. L'organisation professionnelle des juges, y compris sa composante importante relative à la déontologie, contribue à maintenir la différenciation des juges, lesquels forment une classe à part qui n'est redevable devant aucune autorité. Ce qui ne veut pas dire que le système judiciaire ne puisse faire l'objet d'aucune surveillance ou encadrement. Les obligations imposées au juge par le droit positif, notamment le fait que celui-ci doive appuyer son jugement sur le droit écrit, permettent au système social de garder un contrôle sur la production judiciaire

¹⁴⁴⁷ *Tremblay c. Daigle*, préc., note 1280.

¹⁴⁴⁸ *R. c. Latimer*, préc., note 1282.

du droit. Les corrections s'il y a lieu peuvent aussi être faites dans la législation par l'entremise du système politique.

Le principe d'impartialité et l'indépendance institutionnelle des tribunaux judiciaires garantissent le maintien de l'incertitude sur l'issue du procès et contribuent à limiter la responsabilité du juge vis-à-vis des conséquences de ses décisions dans le système social. Ces conditions sont essentielles, tout comme l'est la préservation de la structure programmatique du droit qui doit rester conditionnelle. Grâce à ses deux fonctions, l'indépendance judiciaire participe à l'autonomie du système judiciaire et, par extension, à l'autonomie du droit en tant qu'ordre normatif universel, général et conditionnel. Toutefois, sans différenciation sociale, les tribunaux ne disposent pas d'une marge de manœuvre suffisante pour garantir la primauté du droit et l'application impartiale de la loi. Car dans une société non différenciée, les juges sont tenus responsables des conséquences de leurs décisions sur la structure sociale. Dans ce sens, la différenciation sociale appuie et renforce la primauté du droit, autant sinon plus que l'inscription d'une norme d'indépendance judiciaire dans le droit positif. Un auteur écrivait que la « conscience du juge » dans le droit moderne représente la « donnée structurelle de l'ontologie du droit »; examiner la conscience du juge revient à examiner le rôle que le système lui accorde et l'étendue de sa liberté d'action et de choix¹⁴⁴⁹. Ces deux aspects déterminent la mesure avec laquelle le juge peut exprimer son appréciation de la justice dans ses décisions.

Le repositionnement de la place du jugement dans le système juridique s'inscrit dans un lent passage du droit vers la postmodernité, avec l'éclatement du culte voué à loi comme unique étalon de la liberté et de l'égalité et la déconstruction des thèses libérales sur la base desquelles les systèmes juridiques occidentaux se sont édifiés¹⁴⁵⁰. Paradoxalement,

¹⁴⁴⁹ J. J. de LOS MOYOS-TOUYA, « Le juge romain à l'époque classique » préc., note 878, p. 51.

¹⁴⁵⁰ Anthony CARTY, « Le siècle des Lumières, la Révolution et la mort de l'Homme. Une approche post-moderne du droit », (1989) 13 *Droit et société* 315.

malgré les accusations portées au « gouvernement des juges », dont la principale tare est leur déficit démocratique, le principe d'indépendance judiciaire est devenu à l'échelle internationale l'aune à laquelle se mesure le degré de démocratisation du droit.

Derrière le questionnement sur le « gouvernement des juges » se dresse l'éternel débat sur la place du droit dans la gouvernance. La divergence actuelle entre ce qui relève du champ judiciaire et ce qui revient au législateur comme détenteur du pouvoir légitime est la version contemporaine du partage décrit par Bracton au XIII^e siècle entre les deux formes du pouvoir régalien. L'un des plus grands défis de nos sociétés modernes est encore de tracer la juste répartition entre l'exercice du pouvoir qui relève du *gubernaculum* et celui qui appartient à la *iurisdictio*. Cette difficulté aurait traversé les siècles et se retrouverait toujours aussi pressante et immédiate dans les discussions sur l'impérialisme judiciaire. Si la dichotomie « droit vs politique » soulève toujours autant les passions, ne serait-ce pas à cause de l'antagonisme inéluctable entre les deux rôles de l'administration : juger et gouverner?

BIBLIOGRAPHIE**Monographies et recueils**

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965

ARISTOTE, *Politique*, Paris, G-Flammarion, 1993

ARISTOTE, *Rhétorique*, Paris, Librairie Générale Française, 1991

ARON, R., *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967

BACON, F., *Of Judicature* (1625) (consulté le 22 avril 2009)

BADIE, B., BIRNBAUM, P., *Sociologie de l'État*, coll. «Pluriel», Paris, Éditions Grasset & Fasquelle, 1979

BADINTER, R. (dir.), *Une autre justice. 1789-1799*, coll. « Histoire de la justice », Paris, Fayard, 1989

BANCAUD, A., *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 1993

BAKER, J. H., *Introduction to English Legal History*, 4^e édition, Bath, Butterworths, 2002

BASTID, P. (dir.), *L'idée de légitimité*, Institut international de philosophie politique, coll. « Annales de philosophie politique », no 7, Paris, Presses universitaires de France, 1967

BEAUMANOIR, P. de, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, A. et J. Picard, 1970-1974

BEAUTÉ, J., *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke, 1552-1634 : ses idées politiques et constitutionnelles : ou, aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 1975

BENYEKHLEF, K., *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988

BERMAN, H. J., *Droit et révolution*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002

BIBLIOGRAPHIE

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the laws of England*, Chicago University Press, 1979

BORK, R.H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990

BOSC, S., *Stratification et classes sociales. La société française en mutation*, 5^e édition, coll. « CIRCA », Paris, Armand Colin, 2005

BOYER, A.D. (dir.), *Law, Liberty, and Parliament*, Indianapolis, Liberty Fund, 2004

BRACTON, H., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, trad. Samuel E. Thorne, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1968

BRONDEL, S., FOULQUIER, N., HEUSCHLING, L. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie : séminaire international, 13 novembre 1998-28 mai 1999*, Université Panthéon-Sorbonne, Centre de recherche de Droit Constitutionnel, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001

CAPPELLETTI, M., *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990

CARBASSE, J.M., *Introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998

CARBASSE, J.M. et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, coll. « Droit et justice », Paris, Presses Universitaires de France, 1999

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, coll. «Quadrige», Paris, Presses Universitaires de France, 1994

CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Recueil Sirey, 1920-1922,

CAYLA O. et RENOUX-ZAGAMÉ, M. F. (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle?*, coll. «La Pensée juridique», Bruxelles, Bruylant L.G.D.J., 1998

CHAZEL, F., *La théorie analytique de la société dans l'œuvre de Talcott Parsons*, Paris, Mouton, 1974

BIBLIOGRAPHIE

CHITTY, J., *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, London, Butterworth and Son, 1820

COLLIOT-THÉLÈNE, C., *Études wébériennes : rationalités, histoire, droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2001

CICÉRON, *De Republica*

COCKBURN, J.S., *A History of English Assizes, 1558-1714*, Holmes Beach, Florida, Gaunt & Sons, 1986

COKE, E., *2 Institutes*, 308

COTTERRELL, R., *The Sociology of Law*, London, Butterworths, 1984

COUTU, M., *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J., 1995

DAWSON, J. P., *A History of Lay Judges*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1960

DAWSON, J. P., *The oracles of the law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968

DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, 1^{ère} édition, Paris, Presses universitaires de France, 1986

DICEY, A., *Introduction to the study of the law of the constitution*, 10th edition, London, MacMillan & Co. Ltd, 1960

DURKHEIM, E., *La division du travail social*, 10^e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1978

DURKHEIM, E., *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Champs Flammarion, 1988

DUVERGER, M., *Constitutions et documents politiques*, 13e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1992

FAVOREU, L., *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1965

FAVOREU L., GAÏA, P. et als., *Droit constitutionnel*, coll. «Précis», 8^e édition, Paris, Dalloz,

BIBLIOGRAPHIE

FELDBRUGGE, F.J.M. (dir.), *Law's Beginnings*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003

FERRERO, G., *Pouvoir : les génies invisibles de la cité*, Paris, Librairie Générale Française, 1988 (réédition)

FITZPATRICK, P. (dir.), *Dangerous supplements: resistance and renewal in jurisprudence*, Durham, N.C., Duke University Press, 1991

FRIEDLAND, M. L., *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, Ottawa, Édition Groupe communication Canada, 1995

FUZIER-HERMAN, E., *La séparation des pouvoirs*, Paris, Marescq, 1880

GUINCHARD, S., BANDRAC, M., DELICOSTOPOULOS, C. S., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2005

GARNOT, B., (dir.), *La justice et l'histoire. Sources judiciaires à l'époque moderne (XVI^e, XVII^e, XVIII^e siècles)*, Coll. « Sources d'histoire », Rosny-sous-Bois, Bréal, 2006

GAUDEMET, J., *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967

GAUDEMMENT, J., *Institutions de l'Antiquité*, 6^e édition, Paris, Montchrestien, 2000

GAUDEMMENT, J., *Les naissances du droit*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 2006

GAUDEMET, J., et BASDEVANT-GAUDEMMENT, B., *Introduction historique au droit : XIII^e-XX^e siècles*, 2^e éd., Paris : L.G.D.J., 2003

GIRAUD, CH., *Histoire du droit romain*, Paris, Vidocoq, 1841

GIRARD, P.F., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, Tome I, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1901

GLANVILLE, R. de, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England, commonly called Glanvill*, London, Nelson, 1965

GOUGH, J. W., *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, PUF, 1992

BIBLIOGRAPHIE

GOYARD-FABRE, S., *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, 1ère éd., Paris, Presses universitaires de France, 1997

HABERMAS, J., *Raison et légitimité*, Paris, Payot, 1978

HALLAM, H., *Constitutional History of England*, 5e édition, New York, Garland Pub, 1978

HARDING, A., *The law courts of medieval England*, London, /Allen & Unwin; New York/ Barnes and Noble, 1973

HILAIRE, J., *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Cours de droit, 1994

HOLDSWORTH, W., *History of English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1924

HUPPÉ, L., *Histoire des institutions judiciaire du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007.

JELLINEK, G., *L'État moderne et son droit, Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, Paris, Panthéon-Assas, 2005

JENNINGS, J., *The Law and the Constitution*, 5^e édition, University of London Press, 1959

KEETON, G.W., *The Norman conquest and the common law*, London, Benn, 1966

KERN, F., *Kingship and Law in the Middle Ages*, Oxford, Blackwell, 1939

KELLEY, D.R., *History, Law and the Human Sciences*, London, Variorum Reprints, 1984

KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J. 1997

KELSEN, H., *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1953

LAFERRIÈRE, M. F., *Histoire du droit français*, tome 5, Paris, Cotillon, 1858

LAJOIE, A., *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002

LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, coll. «La pensée juridique moderne», Bruxelles, L.G.D.J., 1990

BIBLIOGRAPHIE

- LOCKE, J., *Traité du gouvernement civil*, 2^e éd., Paris, GF-Flammarion, 1984
- LUHMANN, N., *A Sociological Theory of Law*, London. Routledge & Kegan Paul, Boston, 1985
- LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001
- LUHMANN, N., *Law as a Social System*, 2004, Oxford, Oxford University Press
- LUHMANN, N., *Politique et complexité*, Coll. « Humanités », Paris, Éditions du Cerf, 1999
- LUHMANN, N., *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982
- LYON, B., *A constitutional and legal history of medieval England*, New York, Harper London, 1960
- MAINE, H. S., *L'Ancien Droit*, Paris, A.Durand et Pedone Lauriel, 1874
- MAITLAND: F.W., *Domesday Book and Beyond: three essays in the early history of England*, London, Collins, 1961
- MARTINEZ-TORRON, J., *Anglo-American Law and Canon Law, Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998
- McILWAIN, C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Rev. Ed., Ithaca, Great Seal Books New York, 1947
- McILWAIN, C.H., *The High Court of Parliament*, 2nd edition, Hamden, Conn., Archon Books, 1962
- MILSOM, S.F.C., *Historical Foundations of the Common Law*, 2ed., Toronto, Butterworths, 1981
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *La Couronne en droit canadien*, Cowansville, Yvon Blais, 1992
- MONTESQUIEU, C.S. Baron de, *L'Esprit des lois*, 2 tomes, Paris, Garnier-Flammarion, 1979

BIBLIOGRAPHIE

MORIN, J.-Y., *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, The Hague, Martinus Nijhoff Pub., 1995

MORIN, M., *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004

MOSSMAN, M. J., G. OTIS, (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999

OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1992

PADOA-SHIOPPA, A. (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000

PARSONS, T., *Le système des sociétés modernes*, Paris, Dunod, 1973

PARSONS, T., *Sociétés : Essai sur leur évolution comparée*, Paris, Dunod, 1973

PERROT, R., *Institutions judiciaires*, 12^e édition, Paris, Montchrestien, 2006

POCOCK, J.G.A., *L'Ancienne constitution et le droit féodal*, Paris, Presses universitaires de France, 2000

QUENET, M., *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Cours de droit, 1997

RHEINSTEIN, M., *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1969

RIGAUDIÈRE, A., *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Paris, Economica, 2001

RIGAUDIÈRE, A., *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, Des temps féodaux aux temps de l'État*, 1994, Paris, Armand Colin, t. 2

ROBERT, P., et COTTINO, A. (dir.), *Les mutations de la justice. Comparaisons européennes*, coll. «Logique Sociales», Paris, L'Harmattan, 2001

ROCHER, G., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996

BIBLIOGRAPHIE

- ROCHER, G., *Introduction à la sociologie générale*, 3^e édition, Montréal, Éd. Hurtubise HMH, 1992
- ROCHER, G., *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1972
- ROULAND, N., *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, O. Jacob, 1991
- ROULAND, N., *Introduction historique au droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1998
- ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966
- ROUSSELET, M., *Histoire de la magistrature française*, Paris, Plon, 1957
- ROYER, J.P., *Histoire de la justice*, 2e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1996
- ST. CLAIR FELDEN, M.A., *A Short Constitutional History of England*, 3rd edition, Oxford, B.H. Blackwell, 1895
- RUSSELL, P.H., *The judiciary in Canada: the third branch of government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987
- SCHMIDT, C., *Du politique ; "Légalité et légitimité" et autres essais*, présentés par Alain de Benoist, Puiseaux, France, Pardès, 1990
- SHEPPARD, S. (dir.), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, 3 vols Indianapolis, Liberty Fund, 2003.
- SHETREET, S., *Judges on trial. A study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland, 1976
- STEIN, P., *Le droit romain et l'Europe : essai d'interprétation historique*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- STENTON, D. M., *English justice between the Norman Conquest and the Great charter, 1066-1215*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1964
- STOLLEIS, M., *Histoire du droit public en Allemagne*, Paris, Presses universitaires de France, 1998

BIBLIOGRAPHIE

- STRAYER, J. R., *Les origines médiévales de l'État*, Payot, Paris, 1979
- TATE, C.N., VALLINDER, T. (dir.), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University, 1995
- TEUBNER, G. (dir.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986
- TEUBNER, G., *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J., 1996
- TEUBNER, G., *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993
- TIERNEY, B., *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982
- THIREAU, J.L., *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2001
- TREVES, R., *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1995
- TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, 2nd ed., Mineola, New York, The Foundation Press, 1988
- TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1980
- VILLEY, M., *Le droit romain*, Coll. «Que sais-je?», Paris, Presses Universitaires de France, 1972
- VINCENT, J., GUINCHARD S. et als., *Institutions judiciaires*, 5^e édition, Paris, Dalloz, 1999
- VINOGRADOFF, P., *Essays in Legal History*, London, Oxford University Press, 1913
- WATSON, A., *The Evolution of Law*, Baltimore, MD, John Hopkins University Press, 1985
- WEBER, M., *Économie et société*, Paris, Plon, 1971

BIBLIOGRAPHIE

WEBER, M., *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959

WEBER, M., *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Ste-Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001

WEBER, M., *Sociologie du droit*, coll. « Quadrige », Presses Universitaires de France, 2007

Articles, Conférences, Publications

ALGRA, N. E., "The *Lex Frisionum*. The Genesis of a Legalized Life", dans Ferdinand J.M. FELDBRUGGE (dir.), *Law's Beginnings*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003

ARON, R., «*Macht, Power, Puissance : prose démocratique ou poésie démoniaque?*» (1964) 5 *Archives européennes de sociologie* 32

AUBENQUE, P., « La loi selon Aristote », (1980) *Archives de philosophie du droit* 147

AUBERT, V., « The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State », dans Gunther TEUBNER, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986

BERNATCHEZ, S., « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire canadien », (2006) 85 *R. du B. can* 221

BARRACLOUGH, G., "Law and Legislation in Medieval England", CCXXI, *Law Quarterly Review*, 75

BÉGIN, L., « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez », dans Josiane BOULAD-AYOUB (dir.), *Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque Diké*. Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement de sciences, 1995

BERTEN, A., «D'une sociologie de la justice à une sociologie du droit : à propos des travaux de L. Boltanski et L. Thèvenot», (1993) 24 *Recherches sociologiques* 69

BIBLIOGRAPHIE

- BRAND, P., « La formation du système juridique anglais, 1150-1400 », dans Antonio PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000
- BUCH, H., « La nature des principes généraux du droit », (1962) 39 Rev. D.I. & D.C. 55
- BUSS, A., « Les rationalités du droit et de l'économie », (2005) 39 *R.J.T.* 111
- CARTY, A., « English Constitutional Law from a Postmodernist Perspective » dans Peter FITZPATRICK (dir.), *Dangerous supplements: resistance and renewal in jurisprudence*, Durham, N.C., Duke University Press, 1991.
- CHOUDRY S., HOWSE, R., « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », (2000) 13 *Can J.L. & Juris.* 143
- DEVLIN, R., MACKAY, W., KIM, N., « Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or Towards a "Triple P" Judiciary », (2000) 38 *Alberta L. Rev.* 734
- DIDRY, C., « Droit, histoire et politique dans la sociologie de Max Weber », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit*, Saint-Nicolas, Presses de l'Université Laval, 2005
- DYZENHAUS, D., "The legitimacy of legality", (1996) 46 *U. of T. L. J.* 129
- ESMEIN, A., « La maxime *Princeps Legibus Solutus Est* dans l'ancien droit public français », dans Paul VINOGRADOFF, *Essays in Legal History*, London, Oxford University Press, 1913
- FRÉMONT, J., « La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation », dans *Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Athènes, Cowansville, Yvon Blais, 1994
- FREUND, J., « La rationalisation du droit selon Max Weber », (1978) 23 *Archives de philosophie du droit* 69
- FRYDMAN, B., « Le Droit, de la modernité à la postmodernité », (2000) 88-89-90 *Revue interdisciplinaire de philosophie morale et politique* 67
- GARAPON, A., « La culture juridique française au choc de la «mondialisation» », (1986) 17 *Droit et société*, 379

BIBLIOGRAPHIE

- GARCIA AMADO, J.A., «Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann», (1989) 11-12 *Droit et société* 15
- GIORDANENGO, G., «De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », Cahiers de recherches médiévales, (<http://crm.revues.org/document880.html>)
- GOURON, A., « Les ordonnances royales dans la France médiévale », dans Antonio PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000
- HALPÉRIN, J. L., « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », (1996) 17 *Droit et société* 233
- HALPÉRIN, J. L., «Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne», dans R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. 1789-1799*, coll. « Histoire de la justice », Paris, Fayard, 1989
- HAVINGHURST, A. F., “James II and the Twelve Men in Scarlet”, (1953), 69 *L.Q.R.* 522
- HOGG, P.W., BUSHELL, A.A., “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)”, (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75
- HOLMES, C., « Les instruments juridiques du pouvoir et l'État dans l'Angleterre du début de l'époque moderne », dans Antonio PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000
- HYDE, A., “The concept of legitimation in the sociology of law”, (1983) 71 *Wis. L. Rev.* 379
- JAUFFRET-SPINOSI, C., *Le temps et le droit*, Conférence inaugurale de la Chaire Jean-Louis Beaudoin en droit civil, Thémis, 2007
- JACOB, R., «La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée. Éléments de synthèse», (1996) 17 *Droit et société* 397
- KUTTNER, S., « Sur les origines du terme « droit positif » », (1936) 15 *Revue historique de droit français et étranger* 728 (Série 4)
- LEDERMAN, W., “The Independence of the judiciary”, (1956) 34 *R. du B. can* 769
- LEDERMAN, W., “The Independence of the judiciary”, (1956) 34 *R. du B. can* 1139

BIBLIOGRAPHIE

- LEMMINGS, D., “The Independence of the Judiciary in Eighteenth-Century England”, dans P.BIRKS (dir.), *The Life of the Law. Proceeding of the Tenth British Legal History Conference, Oxford 1991*, London & Rio Grande, Hambledon Press, 1993
- LEWIS, J. U., “Sir Edward Coke (1552-1634): His Theory of ‘Artificial Reason’ as a Context for Modern Basic Legal Theory”, dans Allan D. BOYER (dir.), *Law, Liberty, and Parliament*, Indianapolis, Liberty Fund, 2004
- LOS MOYOS-TOUYA, J. J. de, «Le juge romain à l’époque classique» dans Jean-Marie CARBASSE, Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, coll. «Droit et justice», Paris, Presses universitaires de France, 1999
- LUHMANN, N., «La troisième question : de l’usage créatif des paradoxes dans le droit et dans l’histoire du droit», (1993) 24 *Recherches sociologiques* 25
- LUHMANN, N., “Law as a social system”, (1989) 83 *Northwestern University Law Review* 136
- LUHMANN, N., «L’unité du système juridique», (1986) *Archives de philosophie du droit* 163
- LUHMANN, N., “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, (1991-1992) 13 *Cardozo. L. Rev.* 1419
- LUHMANN, N., “The Differentiation of Society”, (1977) *Cahiers canadiens de sociologie* 29
- LUHMANN, N., “The Self-Reproduction of Law and its Limits”, dans Gunther TEUBNER (dir.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1986
- MACDONALD, R., LAJOIE, A., «Auctionneers, Fence-Viewers, Popes, and Judges», (1998) 9 *Forum Constitutionnel* 95
- McILWAIN, C.H., “A Fragment on Sovereignty”, (1933), 48 *Pol. Sc. Quaterly* 94
- McILWAIN, C.H., “The English Common Law, Barrier against Absolutism”, (1943) 49 *American Hist.Review* 23
- McILWAIN, C.H., “The Tenure of English judges”, 7 *Am.Pol Sc.Rev.* 217

BIBLIOGRAPHIE

- McHUGH, P.G., “Tales of Constitutional Origin and Crown Sovereignty in New Zealand”, (2002) 52 *Univ. of Toronto L.J.* 69
- MELOT, R. « La conception wébérienne des droits subjectifs : un parcours de l’histoire économique au débat sur la légitimité politique », dans Michel COUTU et Guy ROCHER, *La légitimité de l’État et du droit*, Saint-Nicolas, Presses de l’Université Laval, 2005
- MILLER, S. J. T., “ The position of the King in Bracton and Beaumanoir ”, (1956) 31 *Speculum* 263
- MOLOT, H. L., “ Employment during Good Behaviour and at Pleasure ”, (1986) 2 *C. J. of Admin. L. P.* 238
- MORIN, J.Y., « Le pouvoir des juges et la démocratie: Sed quis custodiet ipsos custodes? », (1994) 28 *R.J.T.* 799
- MORISSETTE, Y.-M. et LECLAIR, J., « L’indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », [1998] 36 *Osgoode L. J.* 485
- NOBLE, R. L., “ Lions or Jackals? The Independence of the Judges in *Rex v. Hampden* ”, (1961-1962) 14 *Stan. L. Rev.* 711
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE M., ««Juris-dictio» et droit», (1989) 10 *Droits* 54
- OTIS, L., *La transformation de notre rapport au droit par la médiation*, Conférence en l’honneur d’Albert Mayrand, Montréal, Thémis, 2005
- PAPAEFTHYMIU, S., «MIND THE GAP. Dits et non-dits sur les pouvoirs du juge suisse», dans Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *L’office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle?*», coll. «La Pensée juridique», Bruxelles, Bruylant L.G.D.J., 1998
- PASQUIER du C., *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l’article premier du Code civil suisse*, Bâle, Helbing et Lichtenstein, 1951, recension publiée dans la (1952) 4 *Revue internationale de droit comparé*, 380
- PARSONS, T., “Evolutionary Universals in Society”, (1964) 29 *American Sociological Review* 339

BIBLIOGRAPHIE

PARSONS, Talcott, “Law as an Intellectual Stepchild”, dans HARRY M. JOHNSON (dir.), *Social system and legal process*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1978

PARSONS, T., “The Law and Social Control” dans William M. EVAN (dir.), *Law and Sociology*, New York, Glencoe, 1962

PEPIN, R., « Droit constitutionnel – Indépendance du pouvoir judiciaire – Salaire des juges », (1982) 60 *R. du B. can.* 699

PHILIPS-NOOTENS, S., « La Cour suprême face à la vie, face à la mort : de valeurs et de droits » (2000) 79 *R. du B. can.* 145

POSTEMA, G., “Classical Common Law Jurisprudence (Part I)”, (2003) *O.U.C.L.J.* 155

POUND, R., “Common law and legislation”, (1908) XXI *Harv.L.Rev.* 383

RATNAPALA, S., “The separation of powers, the rule of law and economic performance”, International Center for Economic Research, Working Paper Series, Working Paper No. 4, April 2006

REID, C. J., “The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition : An Historical Inquiry”, (1991) 33 *Boston Coll. Law Rev.* 37

RENOUX-ZAGAMÉ, M.F., « Répondre de l’obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l’aube des Temps modernes », dans Jean-Marie CARBASSE, Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, coll. « Droit et justice », Paris, Presses universitaires de France, 1999

RIGAUDIÈRE, A., « Un enjeu pour la construction de l’État : penser et écrire la loi dans la France du XIV^e siècle », dans Antonio PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, Presses universitaires de France, 2000

ROCHER, G., « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », (1989), 21 *Sociologies et sociétés* 143

ROCHER, G., «Le « regard oblique » du sociologue sur le droit», dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l’autre – In the eye of the beholder*, Montréal, Thémis, 2007

ROUSSEAU, D., « La montée en puissance du juge dans le constitutionnalisme contemporain : un phénomène à l’échelle mondiale », dans Ghislain OTIS,

BIBLIOGRAPHIE

Mary Jane MOSSMAN (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999

ROYER, J. P., « Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la « Cité idéale » », dans Robert BADINTER (dir.), *Une autre justice. 1789-1799*, coll. « Histoire de la justice », Paris, Fayard, 1989,

RUBINI, D.A., “The Precarious Independence of the Judiciary, 1688-1701”, (1967) 83 *L.Q.R.* 343

RUSSELL, P.H., “Constitutional Reform of the Judicial Branch: Symbolic vs. Operational Considerations”, (1984) 17 *Revue canadienne de science politique* 227

SALAS, D., «Le tiers pouvoir, de l’utopie à la réalité», dans Jean-Pierre ROYER (dir.), *La justice d’un siècle à l’autre*, Paris, Presses universitaires de France, 2003

SHILS, E., “From Periphery to Center: The Changing Place of Intellectuals in American Society” dans B. BARBER, A. INKELES (dir.), *Stability and Social Changes*, Boston, Little, Brown and Company, 1971

SCHULZ, F., “Bracton on Kingship“, (1945) 60 *English Hist. Rev.* 136

SCIULLI, D., « Comment relire Parsons aujourd’hui en sociologie politique comparée », (1989) 21 *Sociologie et sociétés* 97

TAILLEFER, G., *Gangs de rue - Riposte disproportionnée ?*, Journal Le Devoir, mercredi 14 janvier 2009 : <http://www.ledevoir.com/2009/01/14/227288.html> (consulté le 4 avril 2009)

TARKOW, N., “The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy”, (1943) 58 *Political Science Quarterly* 537

TEUBNER, G., ”Dealing with Paradoxes of Law : Derrida, Luhmann, Wiethölter”, Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School

TIMSIT, G., « M. Le Maudit. Relire Montesquieu », dans Comité de Patronage Marceau Long (dir.), *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992

TREIBER, H., "Elective Affinities between Max Weber’s Sociology of Religion and Sociology of Law", (1985) 14 *Theory and Society* 809

BIBLIOGRAPHIE

VAN DER VLIET, E. Ch. L., "Justice and Written Laws in the Formation of the Polis" dans F.J.M FELDBRUGGE (dir.), *The law's beginnings*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003

VILLA, V., «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme», dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Presses universitaires de France, 1994

WEBER, M., « The Three Types of Legitimate Rule », (1958) 4, *Berkeley Publications in Society and Institutions* 1

AUTRES SOURCES DOCUMENTAIRES

Jurisprudence canadienne

Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général), [2005] 2 R.C.S. 286

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817

Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien) [1993] 3 F.C. 28

B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 214

Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [2003] 1 R.C.S. 884

Binus v. The Queen, [1967] R.C.S. 594

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342

Breckenridge Speedway Ltd. et al. c. R., [1970] R.C.S. 175

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350

BIBLIOGRAPHIE

- Choken c. Bande indienne de Lake St. Martin*, 2004 CAF 248
- Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220
- Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873
- Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473
- Colombie-Britannique c. Zastowny*, [2008] 1 R.C.S. 27
- Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854
- Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460
- Demande fondée sur l'art. 83. 28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248
- Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3
- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190
- Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.)
- Ell c. Alberta*, [2001] 1 R.C.S. 857
- Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159
- Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391
- Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145
- MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460
- Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405
- Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 249
- McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704
- MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357

BIBLIOGRAPHIE

- Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256
- Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781
- Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441
- Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189
- Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9
- R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209
- R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295
- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452
- R. v. Cullen*, [1949] S.C.R. 658
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697
- R. c. Latimer*, [2000] 1 R.C.S. 3
- R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571
- R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445
- R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103
- R. c. Orbanski; R. c. Elias*, [2005] 2 R.C.S. 3
- R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025
- R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484
- R. c. Tshiamala*, 2009 QCCS 52 (CanLII)
- Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714

BIBLIOGRAPHIE

Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698

Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525

Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573

Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-E.), [1988] 1R.C.S. 238

Toronto v. York, [1938] A.C. 415

Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530

Valente c. La Reine, [1985] 2 R. C. S. 673

Viro v. The Queen (1978), 141 C. L. R. 88

2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R. C. S. 919

II. Jurisprudence anglaise

Calvin's Case 7 Co. Rep. 1a

Dr. Bonham's Case, 4 Co. Inst. 109

Entick v. Carrington, (1765), 95 E. R 807 (K.B.).

Minet v. Leman, (1855) 20 Beav. 269

Practice Statement (Judicial Precedent), [1966] 1 W.L.R. 1234

Prohibitions Del Roy, 12 Co. Rep. 64

Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Leech, [1994] Q.B. 198

Rex v. Hampden, 3 How. St. Tr. 826, 1282 (Ex. 1637).

Table de la législation

I. Législation canadienne

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., c. C-25

Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. 1985, c. S-26

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), c. C-50

Règles des Cours fédérales, DORS/2004-283

II. Législation anglaise

An Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject. 12 & 13 Will. III, ch. 2

Bill of Rights, 1 Will. III and Mary II, sess. 2, ch. 2

Commissions and Salaries of Judges Act, 1 Geo. 3, ch. 23

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict, c. 3 (R.-U.)

Statutes of the Realm, I, 165

III. Conventions internationales

BIBLIOGRAPHIE

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, telle qu'amendée par le Protocole no 11, Rome, 4. XI. 1950

Déclaration universelle des droits de l'homme, telle que proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unis le 10 décembre 1948.