

L'avenir du droit et des juristes : trois scénarios

Jean-Guy Belley

Volume 30, Number 3, 1999–2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027713ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027713ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

What will be the importance of law and legal professions in the society of the next century? Referring to the theses expressed respectively by Tim Murphy, Yves Dezalay and Gunther Teubner, the author outlines three scenarios: 1° the displacement of law as central epistemic reference for the definition of society, government and individual; 2° the colonialization of the legal community by the neoliberal outlook and demands of the business world; 3° the proceduralization of law and legal science through a philosophy of horizontal interaction with the other social normativities and scientific discourses. The author concludes that, in order to meet the challenges of the future, the legal community, and more specifically the law professors, will have to develop a lucid understanding of their inherited culture, to support a critical appraisal of the way different social groups tend to appropriate the symbolic capital of law and to promote a legal science much more sophisticated in terms of epistemology.

Cite this article

Belley, J.-G. (1999). L'avenir du droit et des juristes : trois scénarios. *Revue générale de droit*, 30(3), 501–521. <https://doi.org/10.7202/1027713ar>

L'avenir du droit et des juristes : trois scénarios

JEAN-GUY BELLEY

Professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill,
Montréal

RÉSUMÉ

Quelles seront l'importance du droit et la place des juristes dans la société du XXI^e siècle? Se référant aux thèses défendues respectivement par Tim Murphy, Yves Dezalay et Gunther Teubner, l'auteur esquisse trois scénarios d'avenir : 1° le droit perdra la place centrale qu'il a occupée dans l'imaginaire social depuis les débuts de la modernité; 2° la communauté des juristes sera de plus en plus inféodée à la logique économiste du milieu des affaires; 3° la régulation juridique de la société et le rapport du droit avec les autres discours spécialisés seront de type procédural plutôt que substantif. Considérés globalement, ces trois scénarios imposent, selon l'auteur, trois défis que les juristes, et en particulier les professeurs de droit, devront relever : la

ABSTRACT

What will be the importance of law and legal professions in the society of the next century? Referring to the theses expressed respectively by Tim Murphy, Yves Dezalay and Gunther Teubner, the author outlines three scenarios : 1° the displacement of law as central epistemic reference for the definition of society, government and individual; 2° the colonialization of the legal community by the neoliberal outlook and demands of the business world; 3° the proceduralization of law and legal science through a philosophy of horizontal interaction with the other social normativities and scientific discourses. The author concludes that, in order to meet the challenges of the future, the legal community, and more specifically the law professors, will have to develop a lucid

connaissance lucide de la culture juridique, la vigilance critique à l'égard des usages sociaux du droit et la sophistication épistémologique de la science juridique.

understanding of their inherited culture, to support a critical appraisal of the way different social groups tend to appropriate the symbolic capital of law and to promote a legal science much more sophisticated in terms of epistemology.

SOMMAIRE

Introduction	502
I. Le décentrement épistémique du droit	504
A. L'épistémè juridique de la première modernité.....	504
B. L'épistémè statistique de la seconde modernité.....	505
C. Le repli éthique du droit.....	506
II. La colonisation économiste de la communauté juridique	508
A. Le capital symbolique des juristes transnationaux	509
B. Les tensions au sein des communautés juridiques nationales.....	510
C. Le dilemme des juristes	511
III. La procéduralisation du savoir juridique.....	514
A. La société des discours autopoïétiques	515
B. La régulation procédurale : le droit réflexif.....	516
C. La doctrine juridique confrontée au piège épistémique.....	517
Conclusion.....	519

INTRODUCTION

Quelle sera l'importance du droit au XXI^e siècle? Quelle place les juristes occuperont-ils dans la société mondialisée et dans l'économie du savoir? Il faut avoir une bonne dose de sociologie dans le sang pour accepter de prédire l'avenir du

droit et des juristes. Dans son texte magistral intitulé *La force du droit*, Pierre Bourdieu souligne le contraste entre les inclinations professionnelles des sociologues et des juristes. Les premiers succombent assez facilement à la tentation du prophétisme. Les seconds inclinent davantage à une posture de *lector* ou d'interprète qui leur permet de se réfugier derrière l'apparence d'une simple application de la loi posée par d'autres. Même lorsqu'ils font œuvre de création juridique, à la faveur par exemple du travail d'interprétation judiciaire, leur habitus professionnel les incite à dissimuler l'apport de leur subjectivité¹.

La réflexion proposée ici emprunte à la fois au prophétisme des sociologues et au « dissimulisme » des juristes. J'essaierai de prédire l'avenir du droit et des juristes, mais je dissimulerai mes intuitions personnelles derrière la synthèse des réflexions offertes par trois autres théoriciens du droit. Le premier arrive à la conclusion que le droit n'est plus au centre de la vision du monde qui organise la symbolique des sociétés actuelles. Le second constate un phénomène majeur de colonisation économiste de la pratique professionnelle du droit et une diminution corrélative de l'ascendant du droit pur dans la hiérarchisation interne à la communauté juridique. Le troisième prédit une marginalisation rapide de la science juridique si elle ne parvient pas à mieux tirer son épingle du jeu dans la dynamique contemporaine de l'interdisciplinarité.

Au-delà des différences qui tiennent à leur cadre théorique et aux problèmes spécifiquement abordés, les trois thèses que je résumerai ont en commun de constater ou de prédire un déclin de la primauté du droit dans l'avenir prévisible. Si leurs pronostics se vérifient, une sociologue de la fin du XXI^e siècle sera mieux avisée de s'interroger sur la faiblesse du droit plutôt que sur sa force comme Bourdieu l'a fait en prenant acte de l'importance manifeste du droit dans les sociétés du XX^e siècle. Nos trois auteurs nous font pressentir, en effet, le destin incertain et l'autorité mal assurée d'un droit obligé de dialoguer avec les visions non juridiques du

1. P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3-32, p. 6.

monde, de pactiser avec une rationalité économiste envahissante, de mélanger son point de vue disciplinaire et ses concepts avec ceux des sciences concurrentes.

Traduit en d'autres mots, le consensus de nos trois auteurs annonce la fin du droit étatique souverain autour duquel s'est construite la modernité politique occidentale. Ce consensus m'amènera à conclure la présente réflexion sur une interrogation d'ordre clinique : y a-t-il une vie pour le droit, et une carrière pour les juristes, après la mort de la souveraineté juridique?

I. LE DÉCENTREMENT ÉPISTÉMIQUE DU DROIT

La thèse a été exposée par Tim Murphy dans un ouvrage publié en 1997 au terme d'une réflexion multidisciplinaire sur l'évolution de la pensée juridique et de la culture occidentale depuis le Haut Moyen Âge jusqu'à aujourd'hui². Sans prétendre en épuiser la richesse, je résumerai cette thèse générale à partir des trois propositions suivantes : la vision juridique du monde a été centrale et dominante dans la culture de la première modernité, c'est-à-dire entre le XVI^e et le XIX^e siècle; depuis le milieu du XIX^e siècle, le droit a été détrôné de ce statut épistémique par les nouvelles sciences sociales positivistes; aujourd'hui, la vision juridique du monde se trouve dans un rapport horizontal plutôt que vertical avec les autres visions du monde et pourrait bien abandonner toute prétention scientifique pour se réfugier dans une posture foncièrement morale ou éthique.

A. L'ÉPISTÈME JURIDIQUE DE LA PREMIÈRE MODERNITÉ

Dans une culture occidentale reposant sur les deux pôles du rationalisme et du christianisme, la théologie fut la vision dominante du monde et de la vie pendant de longs siècles. À

2. W.T. MURPHY, *The Oldest Social Science? Configurations of Law and Modernity*, Oxford, Clarendon Press, 1997. L'intérêt de l'ouvrage lui a valu des commentaires critiques très substantiels notamment ceux de : A.J. JACOBSON, « Book Review », (1999) 26 *Journal of Law and Society* 260-263 et P. GOODRICH, « Social Science and The Displacement of Law », (1998) 32 *Law and Society Review* 473-492.

partir de la Renaissance, sa suprématie épistémique décline au profit du droit qui devient l'élément central de référence dans la conception dominante de la société, de la gouverne politique et de l'individu. Définie à partir des institutions du droit et des concepts de la science juridique, la société se conçoit comme une entité unifiée, politiquement organisée et contrôlée sous l'égide de l'État. L'ordre social existe et se maintient parce que tous les pouvoirs de la société civile et l'État lui-même sont pénétrés et convertis par l'esprit du droit, obéissent en leur âme et conscience au principe de légalité. L'individu promu par la culture moderne se perçoit lui-même à travers le prisme du droit, comme une personne prioritairement juridique, dotée de droits universels, soumise au respect de la loi, pénétrée par une véritable dévotion au droit.

B. L'ÉPISTÈME STATISTIQUE DE LA SECONDE MODERNITÉ

Avec la montée du positivisme scientifique au XIX^e siècle, les visions du monde tendent à devenir plus cognitives que normatives, plus expérimentales que rhétoriques, plus proches de la médecine scientifique que de la théologie ou de la philosophie. Faute d'avoir su négocier habilement ce virage épistémologique, ou pour avoir sous-estimé l'influence que les nouvelles sciences exerceraient à l'avenir, le droit a graduellement perdu sa position dominante dans l'univers culturel. Son incapacité à juger sur la base d'un raisonnement probabiliste et sa propension à faire fi des particularismes concrets au nom de l'universel abstrait ont entraîné le déplacement de la vision juridique du monde au profit des autres sciences humaines et sociales.

La société se conçoit aujourd'hui comme une entité plus statistique qu'organique, à travers les fluctuations chiffrées de ses indices économiques, de ses catégories socioprofessionnelles, de ses mouvements d'opinions. Le statistique Canada des économistes et des sociologues fait plus régulièrement manchette que l'État de droit. Au sein même des administrations publiques, la conception et la mise en œuvre des politiques gouvernementales relèvent d'un art guidé par la connaissance statistique des tendances de l'économie et de la

société. Le droit et les catégories de la science juridique ne sont convoqués qu'en fin de parcours pour traduire formellement en langage juridique ce qui a été projeté en d'autres langues scientifiques. L'individu ne se voit plus comme un sujet de droit universel et intemporel, mais plutôt dans sa singularité psychique, à travers ses appartenances culturelles et sous l'angle de ses aspirations du moment présent.

C. LE REPLI ÉTHIQUE DU DROIT

La thèse du décentrement épistémique du droit n'implique pas qu'il disparaisse ou devienne marginal. Elle signifie littéralement que la vision juridique du monde n'est plus au centre de la culture et ne jouit plus d'une souveraineté de principe sur les autres conceptions de la société, du gouvernement et de l'individu. Le rapport du droit avec les autres formes de rationalité devient horizontal plutôt que vertical. S'agissant d'énoncer les critères de conduite, les normes de jugement ou les principes de gouvernement, l'élaboration et l'interprétation du droit passent par le dialogue avec les autres sciences humaines et l'acculturation de la pensée juridique à leurs modes de raisonnement, en particulier celui de type probabiliste qui a fait la fortune de la science économique, de la sociologie et de la psychologie.

On ne peut tenir pour certain que le droit réussira cette conversion culturelle. Les racines pré-positivistes de la pensée juridique sont tellement profondes et le réflexe performatif (le droit n'énonce pas une hypothèse à vérifier expérimentalement, mais il affirme péremptoirement une thèse immédiatement valide) tellement ancré dans la mentalité des juristes que la perspective d'une vision juridique assumant le défi du savoir multidisciplinaire et de la politique expérimentale paraît assez improbable. Murphy s'attendrait plutôt à ce que le droit renonce à jouer un rôle de premier plan dans l'ordre de la connaissance et même dans la gouverne politique pour mieux se maintenir dans la sphère éthique où son mode de raisonnement traditionnel n'est pas un handicap aussi évident. Ce repli stratégique sur le terrain de la morale pourrait être d'autant plus prometteur que la vision juridique du monde n'y trouvera plus en face d'elle une vision religieuse aussi puissante qu'elle l'était avant le XX^e siècle.

La sphère morale est elle aussi traversée par les transformations de la modernité avancée. L'influence des visions du monde y dépend davantage aujourd'hui de la capacité à convaincre et à inspirer qu'à imposer une croyance dogmatique. Le droit devra se plier à cette nouvelle culture éthique, mais il pourra capitaliser sur deux de ses référents traditionnels pour asseoir son autorité. La valeur substantive des critères empruntés au sens commun ou au gros bon sens dans le raisonnement juridique, par exemple en matière de responsabilité civile, sera un atout important pour convaincre les citoyens souvent déconcertés par les vérités que les sciences positivistes prétendent arracher aux fausses évidences du sens commun. La faveur accordée à la promotion de la liberté individuelle dans le droit commun du XIX^e siècle et dans l'ordre juridique aujourd'hui assujetti à la primauté des chartes des droits rendra très crédible le discours d'un système juridique s'offrant comme refuge de l'individu ordinaire désireux d'échapper aux logiques collectivistes, organisationnelles et froidement scientifiques des autres systèmes sociaux. Faisant fond sur ses réflexes traditionnels de pensée et de jugement, le droit entrerait avec une longueur d'avance dans l'arène des débats éthiques dont les enjeux et la visibilité sociale ne cessent de s'accroître.

Il n'entre pas dans mon propos d'apprécier la pertinence de la thèse de Murphy ni la vraisemblance de son pronostic sur l'avenir du droit. On pourrait sans doute lui reprocher de sous-estimer la capacité de renouvellement dont le droit et les juristes ont fait preuve au XX^e siècle. Cela dit, la thèse générale du décentrement de la vision juridique du monde a du sens quand on la replace dans la dynamique d'évolution générale de la culture occidentale au cours des derniers siècles. La perte d'autorité de la doctrine chrétienne et le déclin plus général de la pensée dogmatique³, l'essoufflement de l'idéologie républicaine et la légitimité moins assurée de

3. E. POULAT, *L'Ère postchrétienne. Un monde sorti de Dieu*, Paris, Flammarion, 1994. Sur le rapport entre le déclin de la doctrine chrétienne et celui de l'autorité des principes en droit civil, voir J.-G. BELLEY, « Une sociologie républicaine. L'esprit des lois de la famille selon Jacques Commaille », (1995) 10 *Revue canadienne Droit et Société* 201-221.

l'État-nation⁴, la critique sociale et scientifique du rationalisme universaliste au nom du relativisme culturel promu ou observé⁵, sont des phénomènes assez largement attestés. Puisque l'ascension du droit dans la culture fut puissamment favorisée par l'héritage chrétien, par les grandes révolutions politiques modernes et par le rationalisme des Lumières, son affaiblissement actuel pourrait se comprendre comme la contrepartie inévitable du déclin des doctrines auxquelles puisaient fondamentalement ses prétentions à la souveraineté.

II. LA COLONISATION ÉCONOMISTE DE LA COMMUNAUTÉ JURIDIQUE

Dans son ouvrage publié en 1992, au terme de plusieurs années de recherches empiriques, Yves Dezalay cherche à comprendre l'évolution contemporaine du droit, non pas à partir d'une histoire de la culture occidentale comme le fait Tim Murphy, mais par le biais d'une sociologie des professions juridiques⁶. Le changement des conditions matérielles de la pratique du droit serait, par hypothèse, la source d'une transformation profonde de la culture juridique et de la stratification interne de la communauté des juristes.

Bien avant que le phénomène de mondialisation de l'économie ne devienne un lieu commun, Dezalay a acquis la conviction que la dynamique de concurrence interprofessionnelle dans le domaine du commerce transnational serait un champ d'observation privilégié pour mesurer la force respective des professions et pour identifier leurs facteurs de transformation. L'analyse du marché des services professionnels de conseil aux entreprises qui dominent le commerce transnational lui a permis de constater les effets directs et indirects, transnationaux et nationaux, de la concurrence très vive que se

4. P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, Éd. du Seuil, 1981. Plus récemment, voir le plaidoyer de R. PETRELLA, « La dépossession de l'État : but inavoué de la « troisième voie » sociale-libérale », *Le Monde diplomatique*, août 1999, p. 3 et en sens contraire D. WEINSTOCK, « Une planète en mutation. L'époque de l'État-nation fort est révolue », *Le Devoir*, 6-7 novembre 1999, p. E-4.

5. A. FINKIELKRAUT, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

6. Y. DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992.

livrent aujourd'hui les grands cabinets d'avocats et les firmes multinationales de comptables pour s'attirer la faveur des acteurs de l'économie mondialisée. Cette lutte interprofessionnelle a provoqué des tensions nouvelles au sein des professions juridiques, aux États-Unis d'abord et de plus en plus en Europe. Les débats concernant la pertinence d'une adaptation du droit aux exigences de la nouvelle économie ont permis de clarifier le dilemme auquel sont confrontés les professionnels du droit.

A. LE CAPITAL SYMBOLIQUE DES JURISTES TRANSNATIONAUX

Pour vendre leurs conseils professionnels aux entreprises soucieuses d'éviter la faillite, de réorganiser leurs structures corporatives, de contourner les lois protectrices de la libre concurrence, de financer leur expansion et de gérer leurs conflits, les comptables mettent de l'avant une « expertise du chiffre » que les avocats peuvent difficilement revendiquer. Quel sera donc l'avantage comparatif invoqué par les disciples de *Thémis*? Celui de procurer aux nouveaux montages corporatifs et financiers requis par le commerce transnational la légitimité d'une formulation juridique qui leur fera cruellement défaut si l'on se dispense de l'intervention professionnelle des juristes. Celui aussi d'un groupe professionnel passé maître dans l'art de résoudre les problèmes de coordination et d'organisation politique d'une sphère d'activités caractérisée par la multiplicité des acteurs et des instances. L'expertise acquise par les juristes au cours du long processus de construction des états-nations (l'art d'énoncer les règles, de rédiger les conventions, de rendre justice avec impartialité, de pratiquer la diplomatie...) serait ainsi mise à la disposition des acteurs-clés du nouvel ordre économique mondial.

Mais, pour que cet avantage comparatif sur leurs concurrents comptables soit crédible auprès d'une clientèle imprégnée de culture économique, les juristes transnationaux doivent démontrer de façon convaincante que le droit et ses praticiens se sont beaucoup rapprochés de la culture et des besoins du milieu des affaires. Il leur faut pour cela raffermir leur statut et leur influence au sein des communautés juridiques nationales où se livre entre les divers groupes de juristes

la lutte pour l'appropriation du capital symbolique du droit. La stratégie transnationale des grandes firmes d'avocats est pour cette raison à l'origine d'une entreprise de redéfinition de la culture juridique qui intéresse tous les groupes d'avocats, y compris ceux dont le champ d'exercice professionnel reste national ou même local.

B. LES TENSIONS AU SEIN DES COMMUNAUTÉS JURIDIQUES NATIONALES

Les juristes transnationaux ont besoin d'une vision nouvelle du droit, d'une image plus économiste de leur profession. Ils tendent à constituer au sein des barreaux nationaux ce que Dezalay identifie comme le groupe des « réformateurs » qui militent, par exemple, pour la reconnaissance des cabinets multidisciplinaires offrant toute la gamme des savoirs requis pour soutenir le commerce transnational. Ils plaident pour l'ouverture du droit aux autres expertises professionnelles, pour la promotion de nouveaux modes de résolution des différends, comme l'arbitrage commercial international, dont les juristes de l'avenir seront les acteurs privilégiés, voire les chefs d'orchestre, s'ils ont la sagesse de faire évoluer leur culture professionnelle.

Les adversaires les plus affirmés de ces réformateurs sont les spécialistes du litige, ceux qui favorisent, y compris à l'échelle transnationale, une stratégie fondée sur l'expertise traditionnelle des avocats en matière de procédure judiciaire. Les *litigators* cherchent à contrer l'influence des juristes transnationaux en invoquant les atteintes à la conception libérale de la profession et à sa déontologie qui iraient de pair avec une vision plus économiste de la pratique du droit.

Les professeurs de droit et les juges forment un troisième groupe que Dezalay désigne comme les « gardiens du temple ». Ils conçoivent leur rôle premier comme celui de protéger l'intégrité du droit contre les emportements dictés par la conjoncture ou les compromissions avec les intérêts particuliers des diverses clientèles. Ce groupe se partage variablement selon les pays entre ceux qui collaborent avec les réformateurs dans des entreprises d'ordre académique et/ou clinique plus ou moins liées à la promotion du droit économique transnational (à titre d'avocats-conseils, experts,

assesseurs, arbitres, co-auteurs de publications spécialisées) et ceux qui redoublent d'ardeur dans la défense de la cohérence doctrinale du droit contre la contamination des notions et modes d'action promues par les « marchands de droit ».

C. LE DILEMME DES JURISTES

Les débats entre réformateurs, traditionalistes et gardiens du temple révèlent le dilemme auquel chaque communauté juridique nationale est confrontée du fait de la mondialisation de l'économie. S'ils vont trop loin dans une stratégie de rapprochement avec le milieu des affaires, les juristes porteront atteinte à l'image d'indépendance qui confère au droit le capital symbolique qui le distingue encore des savoirs scientifiques et techniques plus nettement associés au monde de l'économie qu'à celui de la politique. Mais, s'ils se cantonnent dans la défense du droit pur et de l'orthodoxie classique de la profession, ils risquent fort de voir le marché des services juridiques se rétrécir comme une peau de chagrin.

La conscience ou le pressentiment de ce dilemme semble jusqu'à maintenant favoriser une ambivalence entre l'adaptation et le maintien de la culture juridique. Aux États-Unis, les réformateurs occupent une position de force au sein des grands cabinets dont les pratiques de recrutement ne sont pas sans influencer la formation universitaire des juristes. À l'échelle internationale, leurs stratégies agressives de pénétration de tous les marchés de services juridiques ont produit un changement incontestable de la mentalité professionnelle. Au moment où se construit l'Europe juridique et politique, il n'est plus rare de voir de jeunes juristes critiquer la formation juridique nationale et la hiérarchie ancienne de leur communauté professionnelle (les professeurs plus prestigieux que les praticiens) pour concevoir l'*Euro-lawyer* de l'avenir sur le modèle du *Wall Street Lawyer* d'aujourd'hui⁷. De part et d'autre de l'Atlantique, il est encore prématuré de parler d'une colonisation économiste de la culture juridique. Mais, à

7. Y. DEZALAY, « Multinationales de l'expertise et dépérissement de l'État », (1993) 96-97 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3-20, pp. 17 et s.

la faveur des stratégies qui se réclament d'un rapprochement nécessaire du droit et des affaires, on peut certainement constater le vent d'économisme qui incite théoriciens et praticiens du droit à remettre en question leur ancien postulat de pureté doctrinale du droit ou d'indépendance de la profession⁸.

Le rapprochement actuel des sphères du droit et de l'économie n'a rien d'étonnant si l'on se place dans la perspective de l'évolution en longue période des sociétés occidentales dont la dynamique de transformation est commandée en grande partie depuis le XV^e siècle par l'expansion territoriale et les formes successives du capitalisme⁹. Dès les débuts de la modernité, la doctrine des juristes a puisé largement aux sources de la pensée économique¹⁰. Le droit commun des pays occidentaux s'est élaboré pendant plusieurs décennies cruciales à travers une jurisprudence plus soucieuse de pragmatisme et d'ouverture aux besoins de l'économie capitaliste que de pureté doctrinale¹¹. Le repli subséquent de la science juridique sur des positions beaucoup plus formalistes a sans doute diminué la réceptivité du droit aux exigences chan-

8. Au Québec, l'influence des « réformateurs » paraît d'autant plus forte qu'elle ne rencontre pas d'opposition organisée. Le Conseil général du Barreau a adopté unanimement en juin 1996 le rapport d'un comité sur l'avenir de la profession qui privilégie le « Scénario Singapour » basé sur « l'adaptation et le changement » et qui appelle les avocats à revoir leur conception de la profession : « Plus question d'être un simple fournisseur de services juridiques : l'avocat, surtout s'il œuvre en pratique privée, devra dorénavant se voir comme un conseiller d'affaires évoluant au sein d'une industrie en concurrence avec d'autres ». BARREAU DU QUÉBEC, *Découvrez votre future culture juridique*, brochure, s.d., p. 2. Ce scénario semble agréer même les spécialistes du litige qui se montrent disposés à adopter une philosophie préventive plus axée sur le conseil que sur le recours au procès. Voir A. GAGNON, « L'équipe de litige de Stikeman, Elliott entend jouer un rôle plus actif et apporter une valeur ajoutée aux services corporatifs », *Le Monde Juridique*, vol. 12, n° 1, 1999, pp. 12-14. Autre signe des temps économistes de la profession, le Barreau a créé en 1997 un comité de travail sur la multidisciplinarité chargé notamment d'explorer les possibilités d'une alliance professionnelle avec les comptables. Voir G. BOUCHER, « Le règne des cabinets mixtes. Avocats et comptables rêvent d'alliances et de bureaux conjoints », *Le Devoir*, 2-3 octobre 1999, p. E-8.

9. F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle*, tome 3. *Le temps du monde*, Paris, Armand Colin, 1979, pp. 11-70.

10. J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987. Voir aussi du même auteur, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », (1990) 12 *Droits* 47-58.

11. Sur la construction jurisprudentielle d'un droit commun ouvert aux exigences du développement capitaliste aux États-Unis, voir M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

geantes de l'économie, mais il a en revanche conféré une protection quasi constitutionnelle aux principes de base du capitalisme libéral¹².

Ces principes ont indéniablement été modifiés tout au long du XX^e siècle qui se singularisera comme la période pendant laquelle le droit a été tributaire d'une forte politisation induite par les crises économiques, la montée en puissance de l'État, l'affirmation de l'idéologie démocratique et les soubresauts d'une société civile tenue à la marge de l'économie. On a pu invoquer jusqu'à tout récemment un phénomène de « colonisation du monde vécu », y compris celui de l'économie, par un ordre juridique soumis à cette politisation intense¹³. Mais il semble que nous soyons désormais en face d'un retournement dialectique où le droit serait à son tour colonisé par les aspirations et les logiques du monde vécu, au premier chef par celles d'une économie capitaliste trouvant dans la mondialisation le lieu et l'inspiration d'un nouveau souffle qui la place à l'avant-garde du changement, en droit comme dans les autres sphères de la culture.

Au sein des professions juridiques, ce nouveau souffle de l'économie trouve ses porte-étendards chez les réformateurs dont Dezalay illustre l'importance. Cela non plus n'est pas nouveau. Selon un mouvement de balancier qui a été bien mis en évidence dans l'histoire de la profession juridique aux États-Unis¹⁴, les avocats d'affaires remplacent aujourd'hui les avocats d'intérêt public dans l'exercice du leadership intellectuel et idéologique. Le rayonnement professionnel des juristes qui mettent leur expertise au service des acteurs-clés de la nouvelle économie a ses antécédents historiques dans les diverses figures des « juristes de cautèle » qui ont toujours joué un rôle névralgique dans l'adaptation des catégories du

12. M.-C. BELLEAU, « Le classicisme et le progressisme dans la pensée juridique aux États-Unis selon l'analyse historique de Morton J. Horwitz », (1993) 34 *C. de D.* 1235-1257.

13. Sur cette thèse développée en particulier par le philosophe allemand J. Habermas, voir B. MELKEVIK, « Transformation du droit : le point de vue communicationnel », dans J.-G. BELLEY et P. ISSALYS (dir.), *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, Université Laval, 1993, pp. 111-135.

14. J.S. AUERBACH, *Unequal Justice : Lawyers and Social Change in Modern America*, New York, Oxford University Press, 1976.

droit aux exigences pratiques de l'activité économique¹⁵. La créativité des juristes transnationaux et leur habileté à tourner à l'avantage de leurs clients la diversité des sources de droit en se réclamant des multiples nuances de la pensée juridique préfigurent peut-être l'avènement de praticiens du droit moins esclaves du positivisme juridique. Paradoxalement, les juristes constructivistes que certains souhaitent voir s'affirmer au XXI^e siècle dans le meilleur intérêt de la démocratie¹⁶ auront peut-être trouvé leurs prédécesseurs chez des avocats d'affaires qui se réclament davantage des vertus du pragmatisme économiste que de l'idéal démocratique.

III. LA PROCÉDURALISATION DU SAVOIR JURIDIQUE

La conscience individuelle et collective de la complexité sociale est un des phénomènes qui caractérisent les sociétés que l'on considère parvenues au stade de la modernité avancée. Le juriste-sociologue allemand Gunther Teubner a fait de ce constat sociologique le point d'appui de sa réflexion théorique sur les transformations de la régulation juridique à la fois provoquées et requises par l'accroissement sans précédent de la complexité sociale¹⁷. Dans une société qui se caractérise par l'importance capitale de la communication, le premier défi de la régulation sociale et juridique est de surmonter les problèmes causés par la multiplicité des discours spécialisés, celui de réussir à faire tenir ensemble toutes les strates fortement différenciées d'une véritable tour de Babel.

Pour contribuer à maintenir un minimum d'ordre dans le grand jeu de la communication sociale, le système juridique doit d'abord prendre conscience de son propre caractère autopoïétique *i.e.* de sa fermeture aux autres discours sociaux. Il

15. M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 90-91, pp. 157-158.

16. A.-J. ARNAUD, « Droit et Société : du constat à la construction d'un champ commun », 20-21 (1992) *Droit et Société* 17-38.

17. L'œuvre de Teubner est déjà pléthorique. La synthèse très sommaire offerte ici s'inspire principalement des deux traductions françaises suivantes : *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993 ; *Droit et réflexivité. L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, Paris/Diegem, LGDJ/Story-Scientia, 1994 (en particulier les chapitres 1 et 6, pp. 3-50 et pp. 171-204).

doit ensuite trouver les moyens d'exercer une nouvelle forme générale de régulation qui puisera dans la réflexivité procédurale les ressources permettant d'atteindre une efficacité relative que les stratégies du droit libéral et du droit interventionniste ne permettent plus d'espérer. Enfin, le système juridique doit apprendre à dialoguer avec les autres discours spécialisés de la société sans succomber au « piège épistémique ».

A. LA SOCIÉTÉ DES DISCOURS AUTOPOIÉTIQUES

La société occidentale contemporaine évolue sur la base d'une différenciation fonctionnelle intense. Plutôt que de constituer un ensemble homogène, elle se trouve fragmentée en multiples sous-systèmes prenant en charge chacun des aspects de son fonctionnement : la politique, l'économie, la santé, l'éducation, la science, la religion etc. L'autonomie respective de ces sous-systèmes est telle que les décisions internes s'y prennent selon des modes d'opération et des critères substantifs qui n'obéissent plus directement ou fidèlement à aucune influence externe. Chaque sous-système entretient sa propre vision du monde extérieur, la traduit dans son langage, la fonde sur une science particulière, la reproduit dans ses procédés internes, reçoit et traite les demandes de l'environnement selon son code spécifique. En somme, chaque sous-système de la société agit, pense et décide comme un système clos sur lui-même, autiste, aveugle ou sourd aux sollicitations et à l'évolution des autres sous-systèmes. Les conflits les plus caractéristiques de la modernité avancée sont des conflits de langages savants, de paradigmes institutionnels, de discours autopoïétiques.

Le droit est lui-même un sous-système social dont la fermeture opérationnelle et la circularité n'ont rien à envier aux autres sous-systèmes. Il perçoit le monde extérieur sous l'angle exclusif de son code spécifique : tout fait externe, quels que soient sa matérialité et le sens que lui attribuent les acteurs sociaux, ne pénètre dans l'entendement des juristes et ne reçoit un traitement juridique qu'à travers la distinction fondamentale du « légal » et de l'« illégal ». L'univers communicationnel des juristes est traversé de part en part par la

production et la reproduction incessantes du langage, des concepts et des rituels à travers lesquels l'entité impersonnelle du droit construit son image de la société et lui confère aux yeux des juristes une apparence d'objectivité et de légitimité.

D'abord soucieux de préserver sa propre cohérence interne, le système juridique n'enregistre les autres discours sociaux, y compris ceux de la politique et de l'économie, qu'avec beaucoup de distorsions et de malentendus. Les autres sous-systèmes le lui rendent bien en reconstruisant le sens des règles de droit émises à leur intention selon leurs logiques respectives. La question se pose dès lors de savoir si les appels du droit à l'ordre, à la justice, au respect de l'intérêt général ou du bien commun ont encore une chance réelle d'être entendus efficacement dans la société des discours autopoïétiques.

B. LA RÉGULATION PROCÉDURALE : LE DROIT RÉFLEXIF

L'étanchéité des sous-systèmes sociaux et la puissance de leurs discours de légitimation rendent impossible une réglementation directe et centrale de l'action sociale par un droit étatique substantif. La théorie de Teubner s'élabore à partir de la thèse d'un échec de l'État interventionniste du XX^e siècle : ou bien son droit s'est révélé inefficace, ou bien ses prescriptions se sont réellement imposées, mais en détruisant l'autonomie indispensable des sphères investies. D'autre part, le retour au droit formel de l'État libéral n'est pas une solution. En régressant à sa rationalité du XIX^e siècle, le système juridique perdrait toute possibilité de s'adapter à la complexité contemporaine et se condamnerait à jouer un rôle marginal dans la régulation d'une société qui n'échappera à l'entropie que si elle parvient à contrer l'aveuglement des sous-systèmes les uns à l'égard des autres.

Dans ces conditions, le seul type de régulation réaliste est celui du droit réflexif. L'intégration sociale visée se veut à la fois décentralisée et minimale. L'autonomie des sous-systèmes sociaux est juridiquement reconnue, mais à charge de maintenir des procédures internes de discussion, de négociation, de décision et d'apprentissage institutionnel, qui res-

pectent certaines exigences générales du droit (par exemple la règle de bonne foi) et tiennent compte minimalement des contraintes de l'environnement et des valeurs fondamentales des autres sous-systèmes. Cette régulation procédurale généralise la formule de production décentralisée des règles substantives et de gestion institutionnelle des conflits expérimentée dans le domaine des relations industrielles au cours du dernier demi-siècle. Elle se distingue de la réglementation directe de l'État technocratique sans constituer un simple retour à l'État libéral. Elle confine plutôt à une forme de corporatisme social où le pouvoir se partage et se négocie de façon fluide et dispersée.

C. LA DOCTRINE JURIDIQUE CONFRONTÉE AU PIÈGE ÉPISTÉMIQUE

Pour contribuer efficacement à la régulation procédurale de la société, le système juridique est contraint de se doter lui-même d'une forte capacité de réflexivité interne. Il doit mettre en place les mécanismes qui lui fourniront une représentation adéquate du fonctionnement des autres sous-systèmes et lui permettront d'élaborer les exigences générales de compatibilité auxquelles les sous-systèmes peuvent être efficacement sensibilisés. Il a besoin pour cela d'une activité doctrinale de complexité adéquate à la société actuelle. Elle se préoccupera de définir la politique juridique des relations intersystémiques. La doctrine traditionnelle des juristes est trop centrée sur l'application judiciaire des règles de droit et trop coupée des autres discours sociaux pour réaliser ce travail de socialisation plutôt que d'étatisation du droit. Le savoir juridique qu'il s'agit désormais de produire porte sur la connaissance des procédés internes de fonctionnement des sous-systèmes sociaux, sur leur potentiel d'apprentissage et d'amélioration, sur la nature des conflits intersystémiques et sur les possibilités d'harmonisation des cultures spécialisées.

Le système juridique ne peut acquérir ce nouveau savoir indispensable à la régulation procédurale sans être confronté au piège épistémique. Il ne peut, en effet, avoir accès à la connaissance du fonctionnement interne des sous-systèmes et de leurs cultures respectives qu'à travers le langage et les

concepts de sciences autres que la science juridique. La nouvelle doctrine juridique se trouve ainsi confrontée à la pluralité des langages, des expertises, des critères de vérité et des procédures de validation sans disposer d'un *esperanto* scientifique qui lui faciliterait la tâche. Qui plus est, les instances du droit sont régulièrement sollicitées pour trancher des litiges où les intérêts en opposition se réclament d'expertises scientifiques contradictoires.

La science du droit est bien mal préparée pour fournir aux acteurs du système juridique les outils intellectuels qui leur permettraient d'agir avec une certaine aisance dans un univers technoscientifique peuplé de vérités multiples, partielles et changeantes. Des efforts notables ont été faits au XX^e siècle dans le sens d'une révision interdisciplinaire des concepts du droit, en particulier par l'incorporation du savoir des sciences sociales (théorie sociologique du droit, réalisme juridique, analyse économique du droit, pondération des intérêts...). Mais, il faut reconnaître, selon Teubner, que ces initiatives doctrinales n'ont encore produit que des notions hybrides maniées souvent avec un art du bricolage intellectuel que les disciplines d'emprunt ne cautionneraient pas.

À défaut de pouvoir s'appuyer sur une méthodologie interdisciplinaire adéquate et au vu de la complexité peut-être insurmontable de la tâche si on l'envisage dans une optique substantive, le droit réflexif devrait affronter le conflit des connaissances spécialisées de la même façon qu'il aborde celui des sous-systèmes sociaux. La solution au piège épistémique serait elle aussi procédurale. Le système juridique reconnaîtrait la légitimité de principe des décisions prises sur la base des connaissances scientifiques dont se réclament les sous-systèmes. Il accepterait en somme le partage d'une autorité épistémique dont il ne peut plus revendiquer le monopole. Mais, le droit formulerait les standards méthodologiques minimaux de la production sociale du savoir. Le contrôle juridique porterait sur la fiabilité, la transparence et la valeur éthique des procédés par lesquels les connaissances sont produites, enregistrées, diffusées et utilisées dans les sous-systèmes sociaux. La qualité procédurale des mécanismes de la connaissance institutionnelle, et non le contenu même des connaissances invoquées pour justi-

fier les décisions prises au sein des sous-systèmes, retiendrait l'attention du système juridique. Dans une société où l'information devient une ressource fondamentale, le droit se préoccuperait d'abord des mécanismes destinés à promouvoir la sécurité du savoir comme il s'est préoccupé des mesures de sécurité du travail manuel pour répondre aux problèmes de la société industrielle.

CONCLUSION

Y a-t-il un avenir pour le droit et les juristes dans une société qui n'accorderait plus au droit une souveraineté de principe sur les autres visions du monde, qui contesterait aux juristes le titre exclusif de garants de l'ordre social légitime, qui forcerait la science du droit à reconnaître l'autorité des autres savoirs spécialisés en ce qui regarde les critères substantiels de décision et de jugement?

Si tant est que les trois évolutions pressenties par Murphy, Dezalay et Teubner ont chacune une part de vraisemblance, l'inquiétude devrait être de rigueur au sein de la communauté juridique. Les thèses résumées ici donnent à réfléchir en ce qu'elles montrent la faveur exceptionnelle dont le droit a joui depuis les débuts de la modernité en faisant prendre conscience qu'il s'agit là d'une conjoncture historique soumise comme toutes les autres à des processus d'érosion, de déclin ou de transformation¹⁸.

Les juristes se consoleront peut-être de cette destinée présumément navrante du droit en se rappelant qu'elle n'est pas sans précédent historique. Avant lui, la religion, dans la sphère épistémique, et la philosophie, dans la sphère de la connaissance, ont dû apprendre à se satisfaire d'un rapport horizontal plutôt que vertical avec les visions du monde et les sciences concurrentes auxquelles elles s'étaient imposées pendant très longtemps. Au XX^e siècle, le droit aura été le principal bénéficiaire du retrait accusé par la religion dans

18. Sur les divers facteurs qui ont favorisé l'importance croissante voire l'emprise du droit dans la société contemporaine et sur les conditions sociales qui favorisent aujourd'hui le passage à une régulation d'ordre éthique plutôt que strictement juridique, voir G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, pp. 3-119 et pp. 259-317.

l'ordre de la normativité. Peut-être lui faut-il maintenant apprendre à gérer sa décroissance avec l'espoir de se recentrer ainsi sur un effort plus authentique de réaliser la justice sans prétendre exercer un monopole sur les moyens d'y parvenir.

La communauté juridique peut également trouver une consolation dans le fait que toutes les professions et toutes les sciences se trouvent aujourd'hui devant la même obligation de jouer du coude pour maintenir leur place dans le marché des services et dans l'univers en expansion des connaissances. Le temps n'est plus où les candidats aux études universitaires ne pouvaient choisir qu'entre les seules carrières du sacerdoce, de la médecine ou du droit. Le temps est révolu d'une société ou d'une élite homogène, inspirée par un seul système de croyances. Dans la réponse économique aux besoins matériels des individus et des groupes comme dans la production des symboles et des connaissances qui confèrent du sens et de la puissance à l'action, la diversité des options et la liberté d'adhérer sont aujourd'hui de rigueur. Dans un monde qui n'offre plus de place éminente à aucun groupe professionnel et qui contraint tous les savoirs à renoncer aux certitudes dogmatiques, les juristes et la science du droit sont placés devant les mêmes défis que leurs concurrents.

Les thèses de Murphy, Dezalay et Teubner permettent de mieux cerner trois défis auxquels doit désormais faire face la communauté juridique dans son ensemble et qui interpellent les professeurs de droit avec une acuité particulière.

Le premier défi est celui de la lucidité épistémique. Il impose de mieux connaître la vision du monde dont les juristes ont hérité, son évolution au cours du XX^e siècle, ses forces et ses faiblesses au regard des autres visions du monde. Ce devoir de réflexion lucide sur la culture juridique nous incombe en particulier comme professeurs de droit puisque nous prétendons au statut d'intellectuels plutôt que d'idéologues, puisque nous avons pris le parti de la libre connaissance plutôt que celui de l'obscurantisme ou du dogmatisme.

Le second défi est celui de maintenir une solide conscience critique à l'égard de l'usage professionnel et social du droit. Le capital symbolique du droit ne devrait être monopo-

lisé par aucun groupe ou sous-système de la société, qu'il s'agisse du monde des affaires, des professions juridiques ou des professeurs de droit. Puisque nos salaires d'universitaires sont assumés indirectement par l'ensemble des contribuables, nous sommes mieux placés que d'autres pour résister à la tentation d'agir en mercenaires ou de penser le droit comme s'il nous appartenait.

Le troisième défi est celui de la sophistication épistémologique. Il s'agit d'amener la science du droit à une meilleure connaissance de ses présupposés et de ses procédés, de développer l'épistémologie juridique, en elle-même et dans la comparaison avec l'épistémologie des autres sciences qu'il ne lui est plus possible d'ignorer. À titre de juristes universitaires, il nous incombe de privilégier la libre recherche scientifique sans trop mélanger la logique normative de la morale et la logique positive de la science comme sont forcés de le faire les autres acteurs du système juridique¹⁹. La sophistication épistémologique de la science du droit aura beaucoup progressé le jour où nous cesserons de nous comporter intellectuellement comme des juges virtuels ou des praticiens de haut vol, lorsque nous ne considérerons plus la réflexion théorique sur le droit comme un luxe, comme une fantaisie ou comme une manière originale d'être juriste.

Jean-Guy Belley
Faculté de droit
3644, rue Peel
Université McGill
MONTREAL (Québec) H3A 1W9
Tél. : (514) 398-6634
Télec. : (514) 398-7145
Courriel : belley@falaw.lan.mcgill.ca

19. P. BOURDIEU, *op. cit.*, note 1, p. 4.