

Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle » enRecognizing Implicit and Inferential Legal Normativity

Roderick A. MACDONALD

Volume 18, Number 1, avril 1986

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/001460ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/001460ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Les Presses de l'Université de Montréal

ISSN

0038-030X (print)

1492-1375 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

MACDONALD, R. A. (1986). Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle ». *Sociologie et sociétés*, 18(1), 47–58.
<https://doi.org/10.7202/001460ar>

Article abstract

The author questions the importance of non-formalized norms in institutionalized normative systems. He contests the reductive approach of institutional positivism, which distinguishes between the law and the non-legal by the criterion of source, and which in fact favors a particular model of norm: the formalized proposal originating from the legislative branch. In its place the author proposes a typology combining the mode of development of norms and the way which meaning is extracted from them. From this more sociological point of view, the question of the source of law becomes a problem of argumentation, and the function of a norm no longer appears fundamentally affected by its explicit formulation in any particular law. While it is true that the birth of institutions specifically set up to enforce the law directs normative research towards explicit norms formulated by these institutions, it remains that, from a dynamic point of view, only implicit and 'inferential' norms are really normative.

Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et «inférentielle»



RODERICK A. MACDONALD

I. INTRODUCTION

Il y a une vingtaine d'années de cela, et donc longtemps avant que je songe à étudier le droit, je faisais partie d'un petit groupe de musiciens adolescents. Nous étions deux jeunes gens et deux jeunes filles, de formation différente, mais unis par un même enthousiasme pour la musique folklorique. Nous nous réunissions une ou deux fois par semaine pour jouer de la guitare et pour tenter d'inventer des harmonies à partir de mélodies populaires. Ce fut un succès. Bientôt, nous fûmes invités à jouer dans les écoles secondaires locales et dans les clubs de musique populaire qui surgissaient à Toronto dans les années 1960.

Mais cette notoriété, ainsi que la perspective de gains financiers provoquèrent des frictions, comme cela se produit souvent dans des associations spontanées. Deux d'entre nous voulaient consacrer les revenus à l'achat de meilleurs instruments de musique pour améliorer la qualité sonore du groupe. Les autres désiraient faire l'achat d'équipement électronique, de microphones, d'amplificateurs et de costumes. Malgré un règlement rapide, cette petite crise nous amena à nous demander si nous ne devrions pas formaliser nos relations «professionnelles» plutôt vagues. L'ambition de nous structurer augmentait à mesure que les invitations à se produire se faisaient plus nombreuses. Il nous fallut constater que nos tendances musicales n'allaient pas toutes dans le même sens. On aurait pu aplanir certaines divergences au cours de séances d'improvisation de quatre heures, le dimanche après-midi, mais il devenait plus difficile de s'entendre au sujet de trois séries de dix chansons présentées un vendredi soir devant un auditoire payant.

Et pour compliquer davantage les choses, deux d'entre nous se mirent à créer leurs propres compositions et voulaient que le groupe serve à la promotion de leurs réalisations littéraires et musicales. L'un d'entre nous, Randy, était un fan de Bob Dylan, mais il voulait que notre répertoire comporte surtout des chansons de «protestation». Quant à Antoinette, elle pensait que Joan Baez était le modèle à suivre et elle favorisait cette orientation. Une troisième, Gabrielle, était la plus

Cette étude est tirée de l'introduction à un ouvrage sur la théorie de la normativité juridique. Je voudrais remercier mes collègues G. Blaine Baker, Stephen Perry et Stephen Toope pour leurs commentaires au sujet de mes premières ébauches. Je veux également remercier mon assistante de recherche, Ms Leslie Kelleher, qui travaillait grâce à une bourse du Meredith Research Fund de la faculté de droit de l'Université McGill, pour son attitude enthousiaste et souvent sceptique concernant ce projet.

Les notes sont réduites à un minimum et n'ont pour but que de signaler les points de vue représentatifs des principales théories juridiques.

lyrique du groupe, et ses idoles étaient Peter, Paul and Mary, Harry Belafonte, et the Lettermen. Enfin, ce qui exerçait la plus forte attraction sur moi, c'était le folklore classique traditionnel américain, dans le genre «*country*» et «*western*». Je voulais imiter Jimmy Rodgers, Bob Wills, Huddy Ledbetter, Woody Guthrie et Hank Williams.

Pour éviter ces conflits en puissance et d'autres désaccords, nous avons décidé de rédiger une entente. Très vite, nous en sommes arrivés à consacrer plus de temps à la rédaction de ce document qu'à répéter nos chansons. Ce projet de convention devint une occasion de querelles. Cependant, au bout d'un mois ou deux, nous avons terminé notre travail, et nous avons même été jusqu'à signer un contrat avec un imprésario local. Je voudrais pouvoir dire que cette histoire s'est bien terminée, et que notre entente nous a permis d'identifier et de régler nos différends une fois pour toutes. Malheureusement, c'est le contraire qui s'est produit. Nous sommes devenus de plus en plus difficiles et querelleurs, chacun réclamant ses «droits en vertu du contrat». Bientôt, nous avons perdu tout désir de travailler ensemble, et le groupe s'est dispersé.

Je devais m'inscrire à la faculté de droit moins de quatre ans plus tard, mais j'avais oublié cet incident qui m'est revenu en mémoire l'an dernier après avoir été invité à devenir doyen de la faculté de droit de l'Université McGill. Peu de temps après mon entrée en fonction, un édifice supplémentaire fut mis à la disposition de la faculté pour y loger les bureaux des professeurs. Cela nécessita une répartition des espaces dans le nouvel immeuble, et mit en branle un processus de réorganisation des locaux sur les lieux de la faculté. À ma grande surprise, cet événement heureux intensifia les conflits latents entre les professeurs.

Dans la redistribution normale des locaux résultant d'années sabbatiques, de congés ou de démissions, les petits griefs et les désaccords mineurs ne semblaient pas pouvoir être formulés. Mais quand se présenta cette occasion de faire redresser d'anciens torts ou de reprendre de vieilles luttes, mes collègues s'engagèrent sur les sentiers de la guerre. L'affectation des bureaux qui relève du décanat devint bientôt, pour les professeurs, un prétexte à faire valoir leurs mérites. Il n'est pas surprenant non plus que les membres du personnel professoral n'aient pas réussi à établir un consensus concernant la procédure des affectations, ou les principes devant régir les cas particuliers. La création d'un comité spécial de la faculté, chargé d'établir des règles, procédures et structures décisionnelles semblait s'imposer. Par le biais de cette première crise de mon décanat, j'ai mieux compris un sens secondaire, mais important, du terme «politique de bureaux».

Vers cette période, j'ai commencé à réfléchir à ma contribution possible à cette collection d'essais. Un soir, en me penchant sur des stratégies pour la redistribution des bureaux de la faculté, je me suis rappelé les expériences vécues au sein du groupe de musique folklorique. Plus je réfléchissais au thème de mon essai, plus j'étais frappé par la similitude entre les deux événements qui semblaient comporter une «légalisation» d'une «communauté». Cette «légalisation» se produisait même si, dans un cas, il s'agissait d'une association relativement sans structures (on pourrait même dire élective ou volontaire) et dans l'autre cas, l'organisation était plus structurée (ou bureaucratique), et même si dans un cas la réaction fut d'établir une structure de nature horizontale ou contractuelle et dans l'autre cas, d'élaborer une structure de nature verticale ou législative. Dans les deux cas, les réactions provenaient de l'amélioration des conditions d'existence de groupes relativement petits (la perspective de gains financiers ou l'obtention d'un meilleur bureau) détruisant ainsi le schéma normal des interactions, des hiérarchies établies et des ententes tacites au sujet des procédures de décisions. Et dans les deux cas, les groupes ont succombé à un réflexe irréfléchi en faveur de l'institutionnalisation qui rendait explicites une série de normes administratives.

Ces réactions m'ont amené à réfléchir d'une façon plus générale sur la modification des relations existantes qu'entraîne la «légalisation» d'une «communauté». J'ai cru percevoir trois manières de poser le problème. Premièrement, je me suis demandé si les concepts de légalité et de communauté étaient mutuellement exclusifs. Autrement dit, les groupes n'ont-ils pas toujours des structures normatives reconnaissables, telles que des visées communes, des rituels et des usages systématiquement compréhensibles? Deuxièmement, est-ce que certaines normes adoptées consciemment sont de nature à exclure d'autres types de normes? En d'autres termes, est-ce qu'une normativité informelle survit à l'établissement de règles contractuelles ou législatives explicites? Troisièmement, est-ce que l'émergence d'institutions officielles pour générer ou interpréter des normes constitue un virage normatif suffisamment radical pour en faire un critère partageant le juridique du non juridique?

En essayant de trouver des réponses à ces questions, j'ai découvert que les théoriciens du droit, contrairement aux sociologues, ne s'étaient guère penchés sur ces problèmes. En conséquence,

j'ai décidé de ne pas les considérer directement, mais plutôt de suggérer des avenues pour une recherche juridique ultérieure. Dans cet essai, je me propose d'abord d'établir une typologie des normes d'un point de vue juridique, et d'indiquer, en me basant sur les deux situations que j'ai vécues, un modèle pour évaluer le rôle des normes non formalisées dans les systèmes normatifs institutionnalisés. Comme préliminaire à cet exercice de taxonomie, il semblerait approprié de passer rapidement en revue les principales positions en regard de la théorie du droit normatif¹.

II. LES SOURCES DU DROIT DANS LA THÉORIE MODERNE DU DROIT

Dans les œuvres de doctrine ou de théorie du droit, portant sur les systèmes juridiques occidentaux, il y a peu d'exemples de tentatives pour établir une typologie sociologique des normes juridiques². Cela ne veut pas dire que des théoriciens du droit influents ne se sont pas préoccupés de normativité, mais plutôt que leurs préoccupations sont essentiellement de caractère philosophique. Hans Kelsen³, H. L. A. Hart⁴ et Joseph Raz⁵, pour donner trois exemples, ont fait un travail considérable pour préciser la structure et les propriétés logiques des normes juridiques comme sous-ensemble distinct des normes sociales⁶. Mais aucun d'entre eux n'a établi un modèle qui rendrait compte des différences dans l'élaboration et l'exposition de ces normes.

Je crois qu'on peut attribuer cette négligence à la prépondérance d'une version particulière de positivisme juridique parmi les juristes. La majorité des théoriciens contemporains du droit adhèrent à une position métathéorique que l'on pourrait qualifier de «positivisme institutionnel⁷». De deux manières interreliées, cette métathéorie détourne l'attention des penseurs de la sociologie et de l'anatomie des normes juridiques. Tout d'abord, les théories positivistes, en général, adoptent un critère basé sur la source pour faire la distinction entre les phénomènes normatifs juridiques et non juridiques. Cette vue a souvent pour conséquence (mais pas nécessairement) de s'accompagner d'une caractérisation des sous-groupes sociaux, des organisations volontaires et des associations libres comme étant à la source de normes qui ne sont que préjuridiques, imparfaitement juridiques ou non juridiques⁸. Dans chacun de ces contextes, l'absence d'un test aisément reconnaissable concernant l'appartenance de la règle à un système normatif (ou tout au moins l'absence d'une agence autorisée régissant ce test) exclut cette règle du statut juridique. Donc, la préoccupation des théoriciens du droit concerne surtout la forme logique établissant un seuil de normativité, plutôt que d'effectuer une analyse d'inventaire.

Mais plus précisément, cette métathéorie n'incite pas à élaborer des typologies sociologiques des normes juridiques. Une théorie qui met l'accent sur les propriétés formelles des normes en se basant sur des critères de «sources», pour établir une validité dérivée des activités de l'État, tend

1. Je ne tiens pas compte des travaux de théoriciens du droit tels que Karl Llewellyn, Jerome Frank et, plus tard, Roberto Unger qui considèrent le droit comme une entreprise intrinsèquement non normative. J'étudierai dans un autre article la contribution des *Legal Realists* et des *Critical Legal Scholars* à la théorie du droit normatif.

2. Le travail de Lon Fuller présente une exception notable. Voir Winston, éd., *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, (1981), surtout l'essai intitulé «Two Principles of Human Association», aux pages 67-85 et l'extrait «The Implicit Laws of Law-Making», pages 158-168 qui est tiré d'un plus long texte dans *Anatomy of the Law*, (1968) pages 43-84. Voir également les travaux de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977). Le critère de Dworkin pour différencier les normes, cependant, semble être externe et fonctionnel, par opposition à interne et sociologique.

3. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (Thévenaz, trad., 1953), p. 71 et suiv.

4. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (1961) ch. II et VI. Traduction française de Michel van de Kerchove, *le Concept de droit*, 1976.

5. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, (1970), *passim*. Mais voir *The Authority of Law*, (1979) et surtout les chapitres 3, 4 et 9 concernant une théorie des normes qui est presque sociologique. Bien que mon analyse soit différente, sous plusieurs aspects, de celle proposée par Raz, je peux croire qu'il accepterait implicitement plusieurs des distinctions taxonomiques présentées ici.

6. Voir surtout Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, (1975) et G. H. Von Wright, *Norm and Action*, (1963) dont Raz s'est fortement inspiré.

7. Je me suis étendu sur plusieurs aspects de cette métathéorie dans I. Bernier et A. Lajoie, éd., *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals*, (1985), ch. 2. «Understanding Regulations by Regulations», pages 117-120. Pour les besoins actuels, il suffit de noter que cette métathéorie présuppose (i) que ce qui est ou n'est pas le droit relève d'un fait social; et (ii) que les institutions formelles (soit celles de l'État) doivent se conformer seulement aux normes identifiées comme juridiques (en l'absence, bien entendu, d'un guide, à l'intérieur de ces normes juridiques, sur le traitement à réserver aux normes non juridiques).

8. Voir M. Rheinstein et E. Shils, *Max Weber on Law in Economy and Society*, (1954), pages 62 et suivantes. Voir aussi H. L. A. Hart, «Book Review of *The Morality of Law*», (1965), 78 *Harv. L. Rev.* 1281-1296, à la page 1281, où il critique l'affirmation de Lon Fuller selon laquelle «il y a dans ce pays des centaines de milliers de 'systèmes juridiques'». À comparer avec Santi Romano, *l'Ordre juridique*, (1975).

à concentrer son attention sur des normes d'une nature particulière, soit les normes qui ont atteint le stade de la formulation comme propositions et qui émanent d'organes législatifs. Il n'est pas difficile de voir pourquoi il en est ainsi. Premièrement, de telles normes sont plus facilement citées en exemple. Deuxièmement, le critère de validité est lié aux institutions d'État. Pour Kelsen, la *gründnorm* est une norme hypothétique présumée par les légistes; pour Hart, la règle de la reconnaissance est typiquement une norme coutumière qui découle des décisions des tribunaux; pour Raz, la règle de reconnaissance est également une règle coutumière illustrée par les raisons d'agir citées par les agents qui ont pour fonction primordiale le devoir d'appliquer la loi. Un intérêt marqué pour les institutions entraîne qu'on porte une attention toute particulière à leurs décisions. Une norme qui n'a pas été réduite à une formule canonique, ou qui ne s'exprime pas en termes étroitement impératifs ou exclusifs, ne satisfait pas aussi facilement au critère institutionnel de validité⁹. En d'autres mots, un tel critère met implicitement l'accent sur la reconnaissance de formes normatives statiques et formalisées (plutôt que sur des formes émergentes et impalpables).

La meilleure façon de mesurer l'impact du positivisme institutionnel sur les analyses des normes juridiques, c'est peut-être de voir comment les théories générales du droit conçoivent le rapport entre le critère «basé sur la source» et les trois «sources du droit» que ce critère est censé identifier. Autrement dit, on devrait mettre l'accent sur ce qui se produit quand une théorie générale et abstraite de la validité juridique est traduite en théorie doctrinale des sources valides. Il est remarquable que les philosophes du droit n'entreprennent pas cette traduction, au détriment d'ailleurs de la plus grande finesse que pourrait avoir leur pensée: en pratique, c'est la doctrine qui fait découler les sources particulières du droit de théories juridiques «basées sur la source».

La plupart des manuels de théorie du droit contiennent un long chapitre qui identifie et analyse les sources du droit validées par le critère postulé par l'auteur. Cependant, dans ces textes, on attribue généralement un sens spécial au mot «sources». Il ne se réfère pas à l'origine historique (causale) du droit, ni à ses fondements normatifs (sociologiques, éthiques et religieux)¹⁰. Il se rapporte plutôt à la généalogie des normes que le droit lui-même reconnaît comme juridiques. Métaphoriquement, les sources du droit sont les «*gates through which new principles can find entrance into the law*»¹¹, ou «les modes de création des règles de droit»¹².

Bien qu'il s'agisse d'une distinction douteuse entre les sources «juridiques» et les sources «causales et normatives», c'est (du moins en tant que conclusion *ex post facto* que l'on pourrait tirer de tout système juridique provisoire) un axiome nécessaire à tout positivisme juridique¹³. Il a le mérite d'attirer l'attention sur diverses présomptions au sujet de la normativité juridique qui sous-tendent plusieurs théories juridiques modernes. En particulier, cela révèle que la plupart des auteurs estiment que les normes juridiques ont pour principale caractéristique la généalogie, et non une forme logique ou sociologique.

Les auteurs qui ont tenté d'identifier les sources du droit en sont invariablement venus à la conclusion que la législation, la jurisprudence et la coutume sont parmi ces sources. La première est légitimée par une volonté politique; la seconde, par une délégation de pouvoirs de l'État; la troisième, par une pratique sociale. Curieusement, peu d'efforts sont faits pour énumérer ou différencier les propriétés de chacune de ces sources. On tente de les réduire toutes les trois à une structure logique commune et de les conceptualiser suivant cette structure: c'est-à-dire sous la forme explicite et propositionnelle caractéristique de la loi¹⁴. Pour les normes émanant des tribunaux, cette reformulation exige que chaque jugement soit considéré comme exprimant une seule proposition juridique, susceptible, au moins théoriquement, de se présenter comme précepte immuable. De là

9. Cela comprend toutes les normes qui ne sont pas des «règles» dans le sens où Ronald Dworkin utilise ce terme. Voir Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (1977), ch. 1 aux p. 22-28 et *infra*, section 4. Cela ne veut pas dire qu'en théorie, on ne peut pas tenir compte de telles normes. Raz, entre autres, prétend pouvoir les inclure dans son postulat de validité.

10. Pour une évaluation des différentes utilisations du mot «sources», voir H. Silving, *Sources of Law*, (1968), p. 1-7. Voir également Alan Watson, *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity*, (1984), et *Archives de philosophie du droit*: «Sources» du droit», (1982), t. 27.

11. P. J. Fitzgerald, éd., *Salmond on Jurisprudence*, (12^e éd. 1966) p. 110.

12. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil: Introduction générale*, (2^e éd., 1982), p. 195.

13. Voir C. K. Allen, *Law in the Making*, (7^e éd., 1965) p. 258-270; Lon L. Fuller, «Human Interaction and the Law», (1969) 13 *Am. J. of Juris.* 3. Même les théoriciens modernes du positivisme juridique ne fondent pas leur critère de validité sur de telles distinctions. Voir Joseph Raz, *The Authority of Law*, *supra* note 5, ch. 3.

14. Ce point de vue est affirmé d'une manière particulièrement frappante, en tant qu'aspiration des systèmes juridiques occidentaux, par Max Weber dans *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, (Roth and Wiltch, éds, 1968), p. 655-976.

résulte la nécessité d'un mécanisme visant à extraire une formule canonique de la rédaction d'une opinion judiciaire: c'est pourquoi la théorie du *ratio decidendi* est cruciale. Pour les normes coutumières, cette réduction exige la transcription de manières de faire en langage juridique. En conséquence, les théoriciens s'intéressent à des stratégies pour en arriver à des formulations (c'est-à-dire pour stabiliser la coutume par le langage), notamment par des actes législatifs et par la reconnaissance judiciaire de normes coutumières.

Vu l'acceptation relativement ancienne des décisions judiciaires comme source du droit dans la *Common Law*, il n'est pas surprenant qu'il existe d'innombrables études concernant le problème de déterminer le *ratio decidendi* d'une cause¹⁵. Malgré la variété des réponses données au cours des ans à la question de savoir «comment établir le *ratio decidendi* dans une cause», dans presque tous les cas, on présuppose la possibilité d'énoncer une formule canonique (c'est-à-dire une proposition faisant autorité) exprimant le contenu normatif dont chaque décision judiciaire serait l'expression particulière. Évidemment, les théoriciens de la jurisprudence reconnaissent qu'un tribunal peut n'avoir pas formulé une règle propositionnelle de façon explicite, que la formule qu'on extrait de la décision peut avoir un sens incertain, du moins en partie, et qu'il faudra peut-être des années avant qu'apparaisse le «véritable» *ratio* de la cause. Malgré tout, cependant, ils affirment qu'une norme décisionnelle est le canon explicite traduit par la cause, quelle que soit la manière d'obtenir ce canon. Dans les études doctrinales contemporaines, la règle d'un précédent judiciaire n'est jamais conçue comme la norme informulée qui sous-tendrait des formulations explicites variées selon les cas.

Ce problème est relativement moderne dans la tradition du droit civil¹⁶. Ce n'est que dans la période d'après-guerre que les auteurs en vue ont commencé à désigner la *jurisprudence* comme une source primaire de droit. Mais parallèlement à la situation qui prévaut dans la *Common Law*, on ne croit pas qu'un tel statut découle d'une norme informulée sous-tendant une proposition normative explicite. Au contraire, les commentateurs affirment que le pouvoir normatif de la règle découle, soit de son interprétation canonique d'un texte législatif, soit de la consécration formelle qu'elle apporte à une norme coutumière. En d'autres mots, la récente acceptation des décisions judiciaires comme sources du droit civil a également changé leur fonction théorique: d'exemples et de justifications qu'elles étaient, elles sont devenues les véhicules de prescriptions formelles.

Il s'ensuit que pour la plupart des théoriciens de la doctrine dans les deux traditions juridiques occidentales, la légitimité des décisions judiciaires comme source du droit découle de la possibilité d'en tirer objectivement une norme explicite et propositionnelle impliquée dans la cause. La théorie déclaratoire appliquée en *Common Law* et le recours, en droit civil, à une théorie de délégation de pouvoir pour interpréter la législation, sont les deux postulats théoriques en vertu desquels les normes décisionnelles sont dégagées de leur contexte et transformées en propositions.

Les principales théories traitent d'une façon tout aussi réductrice le droit coutumier. Par exemple, en *Common Law*, on dit que le *corpus juris* comprend deux parties principales: la loi promulguée et la jurisprudence. La loi coutumière n'est plus considérée comme particulièrement importante, et on estime généralement qu'elle ne conserve sa normativité que grâce à une reconnaissance judiciaire ou législative explicite¹⁷. Ainsi, les théoriciens affirment que lorsqu'un usage général ou une coutume ont été reconnus, le droit ainsi constitué ne saurait subir de transformations malgré l'évolution continue de l'usage ou de la coutume.

De même, selon la doctrine contemporaine du droit civil, la coutume n'occupe pas une place importante comme source du droit. Le droit coutumier était accepté comme une source essentielle du droit privé sous l'*Ancien régime*, mais immédiatement après sa codification, son rôle a été tenu pour négligeable. Les théoriciens, aujourd'hui, admettent que la coutume constitue une source du droit, mais, comme dans la *Common Law*, son rôle est insignifiant et la coutume ne conserve son pouvoir juridique normatif que par délégation législative ou par reconnaissance judiciaire¹⁸. La

15. Voir Cross, *Precedent in English Law*, (3^e éd., 1977), surtout les pages 38-102, et la bibliographie.

16. Voir Esmein, «La jurisprudence et la loi», (1952), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 17; Boulanger, «Le précédent judiciaire dans le droit privé français contemporain», (1961) *R. du B.* 65; Rodière, «Les principes généraux du droit privé français», (1960) *Rev. Int. Dr. Comp.* 309. Voir aussi Tunc et Touffait, «Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation», (1974) *Rev. trim. dr. civ.* 487; et Macdonald, «Understanding Civil Law Scholarship» à paraître, *Osgoode Hall Law Journal*, printemps 1986.

17. *Supra*, note 11, p. 197 et suiv.

18. *Supra*, note 12, p. 392 et suiv.

coutume provient des usages, mais seulement quand ceux-ci sont proprement reconnus et formulés. Les changements ultérieurs dans un usage n'ont pas d'effets sur le droit.

Les théoriciens des sources du droit, qu'ils étudient la *Common Law* ou le droit civil, ont des points de vue curieusement similaires. Soulignons deux de ces similarités. Premièrement, tout en reconnaissant la coutume comme une source du droit, ils estiment que les normes coutumières n'acquièrent force de loi que grâce à une formulation précise. Deuxièmement, une reconnaissance formelle cristallise la coutume en droit: les usages acquièrent une force normative soit quand ils sont incorporés à des ententes mises en vigueur; soit quand ils sont proclamés explicitement comme lois; soit, le plus souvent, quand ils sont sanctionnés par un pouvoir judiciaire. En outre, à partir du moment où elle est formulée explicitement, la pratique consacrée par la norme coutumière cesse de produire son effet juridique: la norme coutumière est remplacée par les termes du contrat, le texte législatif ou le canon de la décision judiciaire.

Ces observations illustrent jusqu'à quel point presque toute la doctrine moderne impose une uniformité logique aux normes juridiques en abolissant les distinctions dans leur mode de présentation et dans leur élaboration. Un intérêt généalogique (critères basés sur la source), en théorie du droit, se reflète au niveau doctrinal dans des thèses qui surestiment les normes formulées et explicites et tendent ainsi à conférer à la législation une place centrale dans l'univers normatif. D'autres manifestations de la normativité juridique, comme les décisions judiciaires ou la coutume, conservent leur indépendance normative, mais leur rôle dans le système juridique est réduit à celui d'antécédents par rapport aux normes. Autrement dit, on les comprend mieux et on les accepte mieux comme sources du droit si on les repense sous une forme logique quasi législative. On arrive à cela en présentant le sens normatif d'un jugement sous forme de proposition (c.-à-d., en proposant un test pour déterminer sa formulation canonique) et en rendant explicites les normes coutumières (c.-à-d., en exigeant qu'elles soient reconnues dans des textes faisant autorité)¹⁹.

III. UNE TYPOLOGIE DES NORMES JURIDIQUES

En tenant compte des préoccupations des auteurs doctrinaux qui adhèrent à une théorie des sources du droit, et des stratégies qu'ils élaborent peut-être inconsciemment pour imposer aux normes une uniformité logique, on pourrait établir par inversion une typologie plus subtile, en postulant deux axes distincts: l'un figurant le continuum de la loi à l'usage coutumier, et l'autre le continuum de la loi aux décisions judiciaires. Sur le premier axe, qui est vertical, on établit la distinction entre les normes selon qu'elles sont explicites ou implicites, c'est-à-dire exposés avec plus ou moins d'autorité. Sur le deuxième axe, qui est horizontal, on distingue les normes codifiées (c.-à-d., exactes, canoniques et formulées) et les normes inférées (c.-à-d., approximatives, médiates et métaphoriques), selon la transparence de leur signification normative.

La distinction entre les normes explicites et implicites se compare, sans être identique, à celle que font certains auteurs entre le droit écrit et non écrit. Une norme n'est pas explicite parce qu'elle est écrite, bien que ce soit presque toujours le cas. Elle est explicite quand elle émane d'une institution habilitée à établir cette norme. Elle peut être explicite originellement ou par dérivation. Dans le premier cas, c'est par suite d'une décision législative. Dans le second cas, c'est quand ceux dont l'interaction génère une norme implicite acceptent la formulation ou l'interprétation et l'application qu'en font certains corps autorisés. Il s'ensuit que les normes explicites portent toujours les marques d'une élaboration consciente: procédures institutionnelles définies pour leur création et leur promulgation; expression à travers un véhicule symbolique (surtout linguistique); et méthodologie particulière pour leur interprétation et leur application. Les normes implicites, au contraire, n'ont aucune de ces caractéristiques. Les promulgations législatives sont, évidemment, l'archétype des normes juridiques explicites, alors que les usages sont l'archétype des normes juridiques implicites.

La distinction entre les normes formulées et inférées relève d'une dichotomie établie en épistémologie moderne entre symbolisme discursif et intuitif. Quand on prétend qu'une norme est évidente et transparente, c'est-à-dire quand elle est exprimée rituellement ou comme proposition,

19. Il est important de répéter que le positivisme institutionnel n'a pas besoin de s'appuyer sur une conception aussi naïve de la normativité juridique. Ce que nous soulignons ici, c'est premièrement que les théoriciens du droit n'ont pas élaboré de typologie complexe des normes juridiques, et deuxièmement, que la théorie juridique basée sur la source conduit à des théories des sources du droit établies sur des conceptions formelles et réductrices de la normativité juridique.

on peut la considérer comme formulée. À l'inverse, quand on ne peut pas réduire une norme à un canon ou à un rite, elle est inférée. Cette distinction demeure vraie, que la norme soit explicite ou implicite et sans égard à sa présentation linguistique. Donc, un usage commercial implicite définissant les vraies dimensions d'une pièce de bois de 2" × 4" est formulé (codé) au même titre qu'un document statutaire. Par ailleurs, une norme décisionnelle explicite d'un jugement de la Cour suprême sur la doctrine de l'abus de droit est non moins inférée que la normativité implicite des rapports entre conjoints.

En combinant les deux axes dont il a déjà été question, on obtient une table analytique ayant l'apparence suivante:

Normes juridiques		Nature du sens normatif	
		Transparent	Médiat
Mode d'élaboration	Institutionnel	Explicite et formulé	Explicite et inférentiel
	Interactionnel	Implicite et formulé	Implicite et inférentiel

Il va sans dire qu'en présentant ce qui est essentiellement composé de deux continuums comme séparé par une ligne de démarcation, un certain arbitraire est inévitable. Néanmoins, si l'on concentre l'attention sur les types idéaux qu'évoque chaque catégorie, plutôt que sur la localisation précise de quelque frontière les séparant, on verra apparaître les propriétés particulières aux divers types de normes. Ces propriétés se dessinent très clairement si on a recours à la doctrine courante des sources du droit, en vue de déterminer la place de la législation, des décisions judiciaires et de la coutume dans ce modèle. On pourrait facilement établir les corrélations suivantes: (i) formulée/explicite: loi; (ii) formulée/implicite: coutume et usage; (iii) inférentielle/explicite: décision judiciaire. La quatrième catégorie, inférentielle/implicite, révèle un type additionnel et distinct de norme juridique. Cette catégorie comprendrait des éléments tels que les concepts de bonnes mœurs, d'ordre public, d'intérêt général, etc., ainsi que des principes généraux implicites du droit, et les présupposés tacites qui servent d'assises aux communautés et aux sous-groupes sociaux.

Ces présumées corrélations sont utiles comme points de repère, mais non comme des absolus. La théorie des sources du droit considère d'abord la forme ou l'origine des normes. Ici, au contraire, la typologie met l'accent sur les caractères sociologiques des normes. Ainsi, quand il s'agit de normes explicites, leur mode d'élaboration n'est pas toujours directement influencé par les institutions d'où elles émanent (qu'il s'agisse d'une promulgation ou d'une décision judiciaire). En outre, le mode d'élaboration d'une norme ne déterminera pas toujours nécessairement sa compréhension et son interprétation. En d'autres mots, la typologie présentée ici relève de la sociologie plutôt que de la logique formelle. Elle s'appuie non seulement sur une typologie *a priori* du mode d'élaboration des normes, mais elle incorpore également une typologie *a posteriori* sur la façon dont on en extrait la signification.

Voici quelques exemples pour illustrer le premier point. Aujourd'hui, les normes établies par des lois ou par des règlements sont toujours explicites et formulées: les règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont strictement canoniques. Toutefois, il ne doit pas nécessairement toujours en être ainsi. La forme législative peut être utilisée pour promulguer des signes et des symboles, des drapeaux, des emblèmes, des hymnes nationaux et même des Bulletins d'interprétation ou des jugements hypothétiques. On peut même l'utiliser par référence pour incorporer des coutumes, des usages et des valeurs morales qui sont implicites.

Par ailleurs, quand il s'agit d'une règle tirée d'un jugement, elle n'est pas nécessairement classable comme norme inférentielle ou explicite. Quand une norme extrapolée à partir d'une décision judiciaire devient un *ratio decidendi* exprimé dans une formulation précise, comme la règle dans la cause *Donohue v. Stevenson*, elle perd beaucoup de sa qualité inférentielle. Dans de tels jugements formalisant une règle, tout comme dans les décisions judiciaires d'interprétation d'une définition légale, on n'est plus en présence d'une proposition incertaine et à sens multiples. On n'est pas non plus en présence d'une combinaison d'une règle et du motif de la règle qu'on identifie normalement à la proclamation de normes judiciaires. Dans les cas plus rares où l'on ne prétend même pas, dans un jugement, réaffirmer une règle coutumière (c.-à-d., quand le jugement

ne fait que signaler l'existence d'une pratique coutumière déterminée) mais simplement l'appliquer, alors on ne saurait dire de cette norme qu'elle est explicite.

Ces migrations d'une catégorie à une autre se reflètent dans les types de normes implicites. Les principes supérieurs d'un système juridique ou les règles régissant les décisions politiques ne demeurent pas nécessairement et pour toujours des normes inférentielles et implicites. Ils peuvent devenir ou formulés, ou explicites, ou les deux. Ainsi, les «maximes d'Equity» et les «règles de la justice naturelle» deviendraient des normes implicites et formulées. Quand on attribue une valeur de proposition spécifique à une norme inférentielle, une métamorphose se produit. Ainsi, l'incorporation de phrases telles que «la primauté du droit» ou «les principes de justice fondamentale» dans la décision d'une cour de justice, ou dans une *Charte des droits*, peut entraîner la transformation de normes inférentielles et implicites en normes inférentielles et explicites ou en normes formulées et explicites. À l'inverse, des coutumes et usages formulés et implicites se changent en normes inférentielles (ex. : dans la doctrine des précédents), alors que d'autres deviennent des normes formulées et explicites (par exemple, les règles concernant l'attribution de noms à un enfant) et d'autres deviennent inférentielles et explicites (par exemple, le critère du bon père de famille dans le droit des délits).

La deuxième raison pour laquelle on ne saurait ranger définitivement un type de norme dans l'une ou l'autre catégorie se rapporte au problème de l'interprétation. Pour ne pas confondre théorie et pratique, une typologie des normes, pour être complète, doit tenir compte de la façon dont ces normes sont comprises par ceux qui les interprètent et les appliquent. Par exemple, le concept inférentiel et implicite de procédure équitable peut être réduit à une série de règles formulées et explicites, appelées règles de justice naturelle, ou bien on peut continuer d'interpréter ce concept comme métaphore. De même, on peut transformer la règle formulée et explicite de l'article 1053 C.C.B.C. en une métaphore qui enlève toute acception précise aux termes faute, cause et dommages; ou bien on peut l'appliquer d'une manière ritualiste comme une recette de cuisine. Dans le cadre de cet essai, il n'est pas nécessaire d'élaborer aussi une typologie de l'interprétation. Il devrait être suffisant de reconnaître les implications du caractère *a priori* du modèle sociologique proposé ici.

Cette typologie à quatre volets concernant les normes juridiques n'épuise sans doute pas les possibilités de caractérisation sociologique. Elle est présentée comme alternative à la typologie formelle de la doctrine des sources du droit, une alternative qui aurait, selon nous, une plus grande pertinence analytique. Tout d'abord, la typologie proposée fait une distinction entre la forme et la source institutionnelle d'une norme et son contenu, d'une part, et entre le contenu logique d'une norme et son interprétation possible, d'autre part.

En outre, cette typologie permet d'éviter la trop facile reconceptualisation de toutes les normes selon le modèle explicite et formulé de la loi. Bien que la théorie des sources du droit n'appelle pas, en principe, une telle reconceptualisation, en pratique, «les portes qui permettent aux nouveaux principes d'accéder au droit» ne sont pas normativement neutres. En apparence, la théorie dominante adopte une vue pluraliste concernant les sources du droit, mais fondamentalement, elle exige que toutes les règles juridiques soient exprimées et confirmées selon des procédures particulières. Selon les théories classiques, les systèmes normatifs dans lesquels prédominent les normes implicites et inférentielles sont stigmatisés comme imparfaitement juridiques.

En fin de compte, la théorie des sources du droit s'appuie sur une conception de la normativité juridique (c.-à-d., de lois et de jugements de cours) que l'on pourrait qualifier de formelle et rationnelle, en paraphrasant Max Weber. Dans une telle conception, le processus de justification juridique peut se ramener à une simple interprétation logique du sens et à la déduction de solutions particulières à partir de propositions normatives explicites préexistantes. Contrairement à cela, la typologie proposée n'exige pas que l'existence d'un ensemble clos de normes valides, identifiées par une institution autorisée, précède des décisions particulières.

IV. NORMES ET NORMATIVITÉ EN DROIT

Ainsi que l'indique la typologie proposée dans la section précédente, le dilemme concernant la normativité en droit présente deux facettes distinctes. Se pose d'abord le problème de savoir comment les normes influencent les décisions judiciaires, ou plus spécifiquement, quelle est l'interaction des différents types de normes, même à l'intérieur de cadres institutionnalisés. Vient en second lieu la question de savoir si l'institutionnalisation altère suffisamment le caractère de normativité

pour qu'il puisse, par soi-même, définir les limites de ce qui constitue le droit. Plus précisément, est-ce que le seuil du juridique, c'est la transposition de normes inférentielles en normes formulées, ou de normes implicites en normes explicites, ou les deux, ou ni l'une ni l'autre?

La première question exige une réévaluation de la signification de l'expression: «sources du droit». La typologie proposée implique essentiellement que, pour comprendre la normativité juridique, il ne s'agit pas d'établir un test pour déterminer la généalogie (c.-à-d., les origines institutionnelles et les véhicules formels d'élaboration) de propositions juridiques; il s'agit plutôt de déduire différents types de normes à partir de critères plus généraux justifiant les décisions juridiques. Quand on en arrive à voir que les sources du droit ne sont pas un problème de pedigree mais d'arguments, il n'est pas surprenant que les catégories de justification juridique reflètent celles qui existent dans toutes les relations humaines. Pour illustrer ce point, ayons recours à la rivalité autour de la redistribution des bureaux déjà évoquée au début de cet essai. Imaginons deux professeurs qui convoitent le même bureau. On peut présumer que leurs arguments, comme ceux de quiconque ayant les mêmes aspirations, seraient les suivants:

- 1) Je suis plus âgé (ou j'ai un poste plus élevé, ou je suis membre de la faculté depuis plus longtemps, etc.).
- 2) L'an dernier, on m'a promis que j'aurais le premier choix concernant tout nouveau bureau.
- 3) D'autres ont eu le premier choix concernant le personnel, je devrais avoir le premier choix pour le bureau.
- 4) Selon le système en vigueur à telle université, je devrais avoir le premier choix.
- 5) J'aurais l'air ridicule aux yeux de mes collègues si je n'obtenais pas le premier choix pour un bureau.
- 6) Selon les principes établis dans l'ouvrage classique, *Managing Effective Organizations*, c'est à moi que revient le premier choix.
- 7) En conformité avec les principes de redistribution adoptés l'an dernier, on devrait considérer que mon cas est celui qui présente le plus de mérites.
- 8) Les évaluations de mon enseignement sont les meilleures et je publie plus d'articles que les autres. On devrait donc me récompenser en m'accordant le premier choix.
- 9) On devrait distribuer les bureaux de manière à regrouper les professeurs qui travaillent bien ensemble. Un tel principe milite en faveur de ma demande.

Ces neuf déclarations font appel à neuf catégories différentes d'arguments et de justifications: au statut, à l'ancienneté ou à d'autres principes acceptés dans la communauté, à des ententes antérieures, à la justice ou l'équité, à la pratique établie ailleurs, aux effets de la décision sur le milieu professionnel, à l'opinion d'experts, à des précédents ou à des pratiques passées, à une habitude bien établie ou au contenu particulier de la demande et au respect des arrangements institutionnels. En fait, le seul argument important qui ne soit pas soulevé est celui d'une règle établie qui ferait autorité. On présume qu'une telle règle est implicite dans l'argument présenté. Et la règle serait quelque chose comme ceci: «Le doyen (ou son délégué) doit voir aux affaires académiques et administratives de sa faculté.»

Comme on le voit, chacune de ces réclamations reflète les types d'arguments présentés par les avocats, aussi bien dans un cadre informel qu'institutionnel. On entend couramment des argumentations de cette nature dans les négociations de contrats, dans les séances de conciliation de conflits syndicaux, pour l'obtention de permis auprès d'autorités, et dans les plaidoiries devant les tribunaux. Il est utile de considérer comment ces arguments sont traduits dans les procédures juridiques: la réclamation d'un statut se reflète, en général, dans les coutumes et usages; *pacta sunt servanda* rejoint la normativité du contrat explicite; «l'équité, c'est l'égalité» n'est qu'une formule d'appel au sens de la justice; la référence à la jurisprudence étrangère met en lumière la spécificité d'un argument; les représentations invoquant l'efficacité économique et le «flot des litiges» sont la simple transcription de raisonnements en termes d'effets sociaux; les citations d'articles, de manuels et de traités ne sont rien d'autre que des appels à une «expertise»; *stare decisis* invoque le principe de cohérence avec la pratique passée; l'appel à la politique courante est un argument dont le contenu renvoie à des droits fondamentaux; finalement, des maximes telles que «les causes compliquées font du mauvais droit» sont des exemples de représentations liées à l'intégrité institutionnelle ou à la moralité d'un processus décisionnel quelconque.

Vu l'incontestable légitimité de ces déclarations normatives, deux autres questions surgissent. Premièrement, est-il nécessaire d'envelopper tous les types d'arguments juridiques dans des contenants

formels (c.-à-d., dans une loi ou une décision judiciaire)? Autrement dit, est-ce qu'un inventaire des sources du droit contribue à la compréhension de l'interaction des normes juridiques dans les prises de décision? Deuxièmement, est-ce que des types d'arguments présentés sous une certaine forme déterminent les décisions judiciaires? Autrement dit, est-ce que les normes établies dans les lois et dans la jurisprudence possèdent des qualités logiques spécifiques qui obligent les juges à en tenir compte et même à exclure tous les autres types de normes?

Cet essai n'a pas la prétention de prouver que l'on devrait répondre à ces deux questions par la négative. Toutefois, il serait utile de voir ce que la typologie suggérée leur apporte comme solution. Quand on considère les sources du droit comme un problème d'argument, cela fait ressortir l'importance des normes inférentielles et implicites. Tout d'abord, la plupart des types potentiels d'arguments juridiques examinés plus haut sont basés sur des revendications normatives qui ne sont ni formulées, ni explicites. Ceci demeure vrai, qu'elles soient élaborées dans les lois ou dans les décisions judiciaires, ou qu'elles soient des principes coutumiers. Évidemment, les normes explicites ou les normes formulées (à plus forte raison les normes explicites et formulées) attirent présumément davantage l'attention — surtout quand la prise de décision est institutionnalisée. Mais cette priorité qui leur est accordée découle simplement du fait que les institutions et leurs employés identifient plus facilement ces normes comme fonctionnelles. Attendu que ce ne sont pas les formes exclusives des arguments juridiques, ce ne sont pas, non plus, les seules formes qui puissent véhiculer des contenus normatifs identiques. Ainsi, le *Code de la sécurité routière* à la fois formulé et explicite, qui enjoint aux automobilistes de garder la droite, ne fait que refléter une pratique sociale inférentielle et implicite qui veut que dans un couloir les piétons se croisent en gardant la droite. De même, le principe social inférentiel et implicite concernant le respect dû aux personnes plus âgées se reflète dans la règle formulée et explicite des conventions collectives accordant des droits en fonction de l'ancienneté.

Ce dernier point explique pourquoi les normes implicites et inférentielles persistent même dans des systèmes normatifs hautement institutionnalisés. Cela explique aussi pourquoi les normes inférentielles et explicites, formulées et implicites, inférentielles et implicites ne sauraient être réduites (théoriquement ou en pratique) à des normes formulées et explicites. Toute norme se comprend davantage si l'on prend en considération la fonction justificative qu'elle est appelée à remplir dans les cas individuels. Le rôle d'une norme n'est pas fondamentalement altéré par sa mise en formule dans un contrat ou par sa promulgation sous forme de règles générales et de droits. Des normes implicites continueront à émerger soit directement, à cause de l'interaction, soit indirectement, à partir de normes à contenu symbolique récemment explicitées. On oublie souvent la persistance des types de normativité, parce que dans beaucoup de cas les normes formulées et explicites sont directement applicables. Les causes faciles s'expliquent par le fait que tous les autres types de normes ne provoquent aucun drame de conscience, ce qui fait que les observateurs (et même les agents impliqués) sont rarement conscients de l'absence d'un tel conflit. Par contre, les causes difficiles sont celles dans lesquelles de nombreuses normes symboliques, implicites ou explicites, sont en contradiction avec les normes formulées et explicites. À cause de leur nature inférentielle et implicite, précisément, un critère de validité basé sur la source ne peut servir en aucun cas d'*a priori* pour déterminer leur effet sur les autres normes, ni leur poids dans une décision quelconque.

La seconde question importante au sujet de la normativité juridique est de savoir si l'institutionnalisation est typique du droit. Cette question nous reporte à l'analyse du groupe de musique folklorique. Imaginons une mésentente au sujet du genre de chansons à interpréter, premièrement avant la signature d'un accord et deuxièmement après la convention signée. Avant le contrat, ce qui aurait tendance à prédominer, ce sont des discussions portant soit sur l'égalité, soit sur l'utilité de perfectionner une certaine pièce parce qu'on peut s'en procurer le disque ou la partition, soit sur la question de savoir combien de «nouveauautés» on peut assimiler en un après-midi. Grâce à un enthousiasme général pour l'apprentissage et l'expérimentation (et avec moins de contraintes de temps), on serait moins enclin à recourir à des normes formelles (c.-à-d., à rappeler et à expliciter des pratiques antérieures) ou à avoir recours à des procédures de prise de décision (voter, jouer à pile ou face ou chercher un arbitre).

Après le contrat, les discussions formelles prédominent. Le processus de négociation du contrat conduit naturellement à accorder plus d'attention aux principes abstraits et aux revendications définissables. Le contrat exerce aussi une fonction supplémentaire. Il permet l'expression d'arguments personnels dans un langage impersonnel et le déplacement de conflits individuels potentiels. Le

contrat permet aussi d'invoquer des précédents. Dans ce sens, les négociations d'un contrat révèlent souvent les intérêts communs latents des partis, ainsi que les différentes normes inférentielles et implicites préalablement non reconnues. À l'inverse, le processus de formulation des normes peut révéler l'absence d'intérêts communs. Apparemment, il fallait que le groupe de musique folklorique en arrive à des normes formulées pour s'apercevoir qu'il ne constituait pas un groupe.

Même si l'exercice de formulation de normes attire l'attention sur des principes minimaux de comportement, il ne transforme pas, en soi, la normativité. Une telle transformation ne peut se produire que si l'on présume (à mon avis, incorrectement) que les sources du droit sont des contenants préétablis de normes, chacun possédant son propre poids décisionnel. En outre, cet exercice ne conduit pas nécessairement à l'institutionnalisation des normes, ni à une explicitation normative. Il est évident qu'un contrat peut impliquer une procédure de prise de décision, tout comme la promulgation d'une loi. En outre, tout système juridique peut présupposer l'existence d'un organisme, comme un tribunal, auquel on peut en référer pour obtenir une décision, en l'absence d'autre solution. Mais croire que l'existence d'un tel organisme est un prérequis au caractère de légalité, c'est confondre l'explicité et le droit. On présume que les parties à un contrat acceptent ses termes formulés aussi bien que ses normes référentielles. Elles peuvent également s'inspirer de normes explicites qui prévalent dans un contexte semblable. En cas de désaccord, les contractants peuvent se laisser guider aussi bien par l'alliance entre Dieu et Moïse que par l'arbitrage de disputes territoriales interclubs par le commissaire du baseball. Dans ce dernier cas, il ne leur viendrait pas à l'idée que la légalité découle du caractère institutionnel de cette structure normative.

Bien que les théories modernes du positivisme juridique présentent des versions subtiles et complexes de ce que sont «les organes appliquant le droit», elles présument toutes qu'un système juridique doit posséder des normes établissant de tels organes et que ces organes ne doivent appliquer que les normes du système juridique. De nouveau, une réfutation directe de ces présomptions dépasserait le cadre de cet essai. Toutefois, quelques observations générales s'imposent touchant l'application de notre typologie des normes au droit comme produit institutionnel. Il n'y a pas de raison pour que les institutions soient conçues autrement que les normes. Certaines institutions sont explicites, d'autres ne le sont pas. Un tribunal peut être une institution primaire explicite, formellement établie. Par ailleurs, on peut s'incliner devant les jugements de parents ou de personnes âgées, bien qu'il ne s'agisse pas là d'institutions explicites. Donc, une médiation ou un arbitrage se font en recourant à une institution explicite, mais la médiation elle-même demeure un processus inférentiel. Finalement, en tenant compte de l'opinion de sa communauté, on a recours à un mécanisme d'institutionnalisation inférentiel et implicite.

Au premier abord, il semble inadmissible de prétendre que les aînés, les médiateurs et la communauté puissent être des institutions; cela révèle l'envahissement du caractère formulé et explicite dans tous les aspects de la pensée juridique. Pourtant, c'est précisément quand surgissent des conflits de compétence institutionnelle que ces «institutions» rivales deviennent plus visibles. Autrement dit, ce n'est pas comme organe de décision qu'on peut le mieux comprendre une institution qui applique la loi. C'est plutôt une métaphore pour l'interprétation. Les institutions implicites et inférentielles se perpétuent parce que leurs décisions tiennent compte des normes implicites et inférentielles. Il en résulte qu'aucune institution explicite et formulée, telle un tribunal, ne peut prétendre au monopole du droit de reconnaître la normativité juridique.

5. CONCLUSIONS

D'une manière un peu paradoxale, rassemblons maintenant les différentes lignes de force de cet essai en une série de propositions explicites et formulées portant sur la normativité implicite et inférentielle dans les systèmes juridiques modernes.

Premièrement, chaque groupe social comprend un système normatif composé de normes explicites et implicites, ainsi que des normes formulées et inférentielles.

Deuxièmement, quand surgissent des institutions chargées d'appliquer la loi, le centre d'intérêt pour la recherche normative se déplace des normes inférentielles et implicites vers les normes explicites et formulées, confirmées par ces institutions.

Troisièmement, à ce moment-là, on n'a plus tendance à reconnaître les normes inférentielles et implicites comme normes, mais plutôt à les redéfinir, soit comme des antécédents de décisions judiciaires, soit comme de simples éléments d'interprétation de textes formulés et explicites.

Quatrièmement, la perte de légitimité des normes inférentielles et implicites entraîne une illégitimité croissante des institutions inférentielles et implicites, et renforce l'idée que les systèmes

normatifs incapables de produire des normes et des institutions formulées et explicites sont préjuridiques ou non juridiques.

On pourrait reformuler ces quatre thèses sous la forme d'une norme implicite et inférentielle qui représente la dynamique de la normativité dans le processus décisionnel. On suppose que cette dynamique prévaut dans tous les systèmes normatifs. Les structures normatives explicites et formulées ne réglementent pas et ne contrôlent pas la vie sociale; mais en contribuant à définir des aspects particuliers de l'interaction humaine (soit en limitant le choix et l'imagination, soit en établissant le mode de discours), elles créent des différends qui appellent une solution formelle. Une normativité implicite et inférentielle est inhérente à toutes les communautés; le processus de prise de décision juridique consiste en réalité à retrouver et reconnaître, au-delà de la manière formelle de résoudre des différends, le jeu de normes implicites et inférentielles. Pour cette raison, seules les normes implicites et inférentielles sont réellement normatives.

RÉSUMÉ

L'auteur s'interroge sur l'importance des normes non formalisées dans les systèmes normatifs institutionnalisés. Il conteste l'approche réductrice du positivisme institutionnel, qui distingue le droit du non juridique par le critère de la source et qui privilégie en fait un modèle particulier de norme: la proposition formalisée émanant d'un organe législatif. L'auteur propose plutôt une typologie combinant le mode d'élaboration des normes et la manière dont on en extrait la signification. Dans cette optique plus sociologique, la question de la source du droit devient un problème d'argument et la fonction d'une norme n'apparaît plus fondamentalement affectée par sa formulation explicite dans une loi. S'il est vrai que la naissance d'institutions spécifiquement chargées d'appliquer la loi oriente la recherche normative vers les normes explicites formulées par ces institutions, il reste que, d'un point de vue dynamique, seules les normes implicites et «inférentielles» sont réellement normatives.

SUMMARY

The author questions the importance of non-formalized norms in institutionalized normative systems. He contests the reductive approach of institutional positivism, which distinguishes between the law and the non-legal by the criterion of source, and which in fact favors a particular model of norm: the formalized proposal originating from the legislative branch. In its place the author proposes a typology combining the mode of development of norms and the way which meaning is extracted from them. From this more sociological point of view, the question of the source of law becomes a problem of argumentation, and the function of a norm no longer appears fundamentally affected by its explicit formulation in any particular law. While it is true that the birth of institutions specifically set up to enforce the law directs normative research towards explicit norms formulated by these institutions, it remains that, from a dynamic point of view, only implicit and 'inferential' norms are really normative.

RESUMEN

El autor se interroga sobre la importancia de las normas no formalizadas dentro de los sistemas normativos institucionalizados. Contesta el enfoque reduccionista del positivismo institucional que distingue el derecho de lo no jurídico por el criterio de su origen y que privilegia en el hecho un modelo particular de norma: la proposición formalizada emanada de un órgano legislativo. El autor propone más bien una tipología combinando el modo de elaboración de las normas y la manera como se extrae su significado. En esta óptica más sociológica la cuestión del origen del derecho se convierte en un problema de peso y la función de una norma no aparece más fundamentalmente afectada por su formulación explícita dentro de una ley. Si bien es cierto que el nacimiento de las instituciones encargadas específicamente de aplicar la ley orienta la investigación normativa hacia las normas explícitas formuladas por estas instituciones, por otra parte, desde un punto de vista dinámico, solo las normas implícitas e «inferenciales» son realmente normativas.