



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

Mot du directeur

Didier Lluelles

L'émancipation du représentant à l'action collective :
anecdotes, mascottes et litotes

Laurence Bich-Carrière

Le droit, un objet? Essai d'ontologie juridique

Patrick Garon-Sayegh

L'exploitation minière artisanale en République
démocratique du Congo : quelle contribution des
coopératives minières à son attractivité?

Christian Loseka Mitambo
Mwene Rukakiza

Les juges français en tant qu'agents efficaces du
développement social

Rhondda Waterworth

LES PAGES DU CRDP

Éléments de réflexion à propos d'une définition du droit
des ressources naturelles

Hugo Tremblay

LA LETTRE DE FRANCE

La responsabilité morale de la France dans la tragédie
vietnamienne, enjeu du procès français de l'Agent orange

Kouroch Bellis



Le droit, un objet ?

Essai d'ontologie juridique

*Patrick GARON-SAYEGH**

Is “the Law” an Object? An Essay on Ontology

El derecho, ¿un objeto? Ensayo de ontología jurídica

O direito, um objeto? Ensaio de ontologia jurídica

法律，是一件物吗？法律本体论视角

Résumé

Les discussions concernant «le droit» y font couramment référence comme s'il s'agissait d'un objet. Et entre chercheurs spécialisés, ces discussions tendent à prioriser les questions épistémologiques, soit celles qui concernent la meilleure manière de connaître cet objet. On s'attarde beaucoup moins souvent à l'ontologie du droit: ce qu'est cet objet, sa manière d'exister. De nombreux désaccords entre chercheurs d'horizons théoriques et méthodologiques différents se sont construits autour de l'épistémologie du droit. Or, une attention plus soutenue envers l'ontologie du droit pourrait aider à éviter les imbroglios et incompréhensions mutuelles. Cet essai cherche à rééquilibrer les discussions.

Abstract

Discussions concerning “the law” routinely refer to it as if it were an object. Among legal scholars, these discussions tend to prioritize epistemological questions, i.e. questions concerning the best way to know this object. Much less attention is paid to law's ontology: what this object is, its manner of existing. Many disagreements between scholars of diverse theoretical and methodological horizons have built up around the epistemology of law. But addressing law's ontology could help avoid mutual confusion and misunderstanding. This essay aims to rebalance discussions. It provides a vocabulary that can help discussants address law's ontology in a more precise manner. This

* Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur remercie Jean-Christophe Bédard-Rubin pour ses commentaires sur une version antérieure de ce texte, et Marilou Galarneau-Taillon pour son assistance éditoriale durant les étapes finales de la rédaction. Toutes erreurs ou omissions restantes relèvent de l'auteur.

Il fournit un vocabulaire qui aide à parler de manière plus précise de l'ontologie du droit. Ce vocabulaire est lié aux jalons principaux de la théorie institutionnelle du droit, qui fournit des assises ontologiques susceptibles de servir de base commune à des chercheurs d'horizons théoriques et méthodologiques différents. L'objectif ultime de cet essai est donc d'aider de tels chercheurs à mieux se comprendre en fournissant des outils qui favorisent l'accordage de leurs violons discursifs.

Resumen

Las discusiones respecto al «derecho» comúnmente se refieren a este como si se tratara de un objeto. Y entre investigadores especializados, estas discusiones tienden a priorizar cuestiones epistemológicas, es decir, aquellas que se refieren a la mejor manera de conocer ese objeto. Mucha menos atención se le presta a la ontología del derecho: a lo que es este objeto, su manera de existir. En torno a la epistemología del derecho han surgido numerosos desacuerdos entre investigadores de diferentes horizontes teóricos y metodológicos. Sin embargo, prestar más atención a la ontología del derecho podría ayudar a evitar confusiones y malentendidos mutuos.

Este ensayo busca reequilibrar las discusiones. Proporciona un vocabulario que ayuda a hablar con mayor precisión sobre la ontología del derecho. Este vocabulario está vinculado a los principios de la teoría institucional del derecho, que provee fundamentos ontológicos susceptibles de servir como base común para investigadores de diferentes horizontes teóricos y metodológicos. En conclusión, el objetivo principal de este ensayo es ayudar a estos investigadores a comprenderse

vocabulary is tied to key principles of the institutional theory of law, which provides ontological premises that can serve as common ground for legal scholars of different theoretical and methodological horizons. The ultimate aim of this essay is thus to help such scholars understand each other by providing tools that favour mutual understanding.

Resumo

As discussões relativas «ao direito» fazem rotineiramente referência a ele como se tratasse de um objeto. E entre pesquisadores especialistas, essas discussões tendem a priorizar as questões epistemológicas, ou seja, aquelas referentes à melhor maneira de conhecer esse objeto. Os estudiosos pouco se demoram sobre a ontologia do direito: o que é esse objeto, sua maneira de existir. São numerosos os desacordos entre pesquisadores de horizontes teóricos e metodológicos diferentes que se construíram em torno da epistemologia do direito. Ora, uma atenção mais detida à ontologia do direito poderia ajudar a evitar os imbróglis e incompreensões mútuas.

Este ensaio busca reequilibrar as discussões. Fornece um vocabulário que ajuda a falar de maneira mais precisa da ontologia do direito. Este vocabulário é ligado às balizas da teoria institucional do direito, que estabelece as premissas ontológicas suscetíveis de servir de base comum a pesquisadores de horizontes teóricos e metodológicos diferentes. O objetivo último deste ensaio é, pois, ajudar a tais pesquisadores a melhor se compreenderem em lhes proporcionando

mejor a sí mismos proporcionándoles herramientas que favorezcan la armonía y el entendimiento mutuo.

ferramentas que favorecem o entendimento mútuo.

摘要

关于“法律”的讨论中，常常把它说成是一个物。专业研究人员之间的此种讨论往往优先考虑认识论问题，即关于理解该物的最佳方法的问题。而对法律本体论的关注要少得多：该物是什么，以何种方式存在。不同理论和方法论背景的研究人员之间围绕法律认识论存在许多分歧。然而，对法律本体论加强关注有助于避免混乱和相互误解。

本文试图重新平衡这些讨论。并提供一个有助于更准确探讨法律本体论的词汇库。该词汇库与法律制度理论的主要里程碑相关联，为来自不同理论和方法论背景的研究人员提供可以作为共同基础的本体论基石。因此，本文的最终目的是通过提供研讨“小提琴调音”的工具，来帮助这些研究人员更好地相互理解。

Plan de l'article

Introduction.....	77
I. Contexte de la clarification ontologique.....	78
II. La théorie institutionnelle du droit	82
A. Normativistes et antinormativistes	83
1. « Est » et « devrait-être »	87
B. Les institutions	89
1. Faits bruts, faits institutionnels.....	90
2. Règles et interprétations.....	92
3. Typologie des institutions.....	95
4. Règles communes aux trois types d'institutions.....	102
III. Réalité et existence	108
Conclusion.....	117

Dans le langage courant, «le droit» figure de manière routinière comme étant un objet. Nous disons, par exemple, que «le droit a changé», que «le droit est dépassé» ou qu'il est «flexible» (ou non!). Nous disons aussi que nous devons l'appliquer, le modifier et l'étudier. Des expressions du genre abondent et elles laissent toutes entendre que le droit est un objet. De plus, presque tous s'entendront probablement pour dire que cet objet *existe*, même s'il n'est pas matériel ou physique tel qu'un arbre ou le vent. Car s'il n'existait pas, le langage courant n'aurait aucun sens. Seraient tout aussi insensées une foule de pratiques quotidiennes (notamment celles auxquelles s'adonnent couramment les juristes) dans le cadre desquelles des personnes invoquent «le droit» pour faire ou ne pas faire quelque chose.

Mais de quoi parle-t-on lorsque l'on dit que le droit existe en tant qu'objet? La question est importante, car il arrive souvent que des discussions impliquant «le droit» aient lieu entre des interlocuteurs ayant des conceptions très différentes de cet objet (et il est même possible que certains interlocuteurs doutent que le droit soit un objet). De telles divergences de conceptions sont particulièrement communes lorsque les discussions portent sur la manière appropriée de décrire la relation entre «le droit» et «la matérialité». Ces discussions peuvent mener à toutes sortes d'imbroglios et d'incompréhensions mutuelles et, dans cet essai, je propose un vocabulaire qui peut aider à les surmonter.

Je soutiens que le droit est un objet et j'entreprends un exercice de clarification ontologique de cet objet, c'est-à-dire : je propose une compréhension de l'existence du droit, ce qu'il *est*. Cet exercice commence dans la partie II et culmine dans la partie III. Je décris d'abord les assises de la «théorie institutionnelle du droit»¹. Je montre ensuite comment la théorie institutionnelle du droit fournit (entre autres) des jalons qui peuvent aider à surmonter ces fâcheux imbroglios et incompréhensions qui surgissent couramment lorsque l'on discute du droit. Mais avant tout, dans la partie I, je situe le tout par rapport à des controverses persistantes entre chercheurs

¹ Je m'appuie principalement sur la présentation de la théorie institutionnelle du droit faite dans Neil MACCORMICK et Ota WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Springer, 1986. Ce livre établit les jalons nécessaires à une bonne compréhension de ladite théorie, mais j'incorpore, au besoin, des éléments plus précis développés par Neil MacCormick dans des écrits subséquents.

qui ont « le droit » comme objet d'étude, mais qui l'abordent à partir d'horizons théoriques et méthodologiques différents.

I. Contexte de la clarification ontologique

L'ontologie du droit ne figure pas parmi les sujets les plus régulièrement abordés dans les travaux qui analysent l'hétérogénéité disciplinaire ou méthodologique en droit. On peut même dire que la plupart de ces travaux *priorisent l'épistémologie aux dépens de l'ontologie*². Ici j'explique brièvement pourquoi l'ontologie du droit mérite une attention particulière, malgré cette priorisation³.

Porter attention à l'ontologie du droit peut encourager et améliorer les interactions entre chercheurs provenant de différents courants disciplinaires qui s'intéressent au droit. En effet, à l'intérieur d'un courant disciplinaire, les chercheurs peuvent être portés à évoluer en silo. Ils peuvent contribuer et faire évoluer leur discipline sans nécessairement s'attarder à l'ontologie du droit, car cette dernière peut demeurer un postulat ou pré-supposé non articulé d'une discipline sans que cela n'affecte l'avancée du savoir à l'intérieur de la discipline. Mais les choses se corsent lorsqu'une chercheuse relevant d'un courant disciplinaire ou méthodologique désire aborder les travaux issus d'autres courants disciplinaires ou méthodolo-

² Sur cette priorisation de l'épistémologie, voir Shai LAVI, « Turning the Tables on Law and : A Jurisprudential Inquiry into Contemporary Legal Theory », (2011) 96-4 *Cornell L. Rev.* 811. Pour des exemples de travaux importants qui font exception à cette priorisation, voir Stephen D. SMITH, *Law's Quandary*, Cambridge, Harvard University Press, 2004; Paul AMSELEK et Neil MACCORMICK (dir.), *Controversies About Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1991; Michael S. MOORE, « Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology », (2002) 21-6 *Law & Phil.* 619.

³ Voir par exemple Mathias M. SIEMS et Daithí MAC SITHIGH, « Mapping Legal Research », (2012) 71-3 *C.L.J.* 651, 664 et 675. Pour Mathias M. Siems et Daithí Mac Sithigh, la recherche en droit fait face à un défi important : celui du flou entourant le concept même du droit et son positionnement par rapport aux autres disciplines universitaires. Siems et Mac Sithigh insistent principalement sur l'hétérogénéité des orientations disciplinaires qui s'offrent à la recherche en droit. Leur approche décrit bien les diverses dynamiques pouvant influencer sur les choix méthodologiques et théoriques des chercheurs. Elle peut aider à nous orienter quant aux diverses méthodologies et disciplines qui se penchent sur le droit. Mais elle n'aborde aucunement les questions ontologiques.

giques. C'est à ce moment que l'incommensurabilité⁴, les incompréhensions mutuelles et les difficultés de communication entrent en scène⁵. Pour certains, ces incompréhensions et difficultés peuvent être attribuées à une insuffisance de l'attention qui est portée aux questions ontologiques⁶. Mais cette opinion est plutôt minoritaire⁷.

⁴ Par « incommensurabilité », je veux dire qu'il peut être difficile (et parfois impossible) d'établir des relations de correspondance parfaites entre différentes théories scientifiques et leurs résultats (surtout en sciences sociales, mais pas seulement). Sur la notion d'incommensurabilité en sciences, voir Ian HACKING, « Introductory Essay », dans Thomas S. KUHN (dir.), *The Structure of Scientific Revolutions. 50th Anniversary Edition*, Chicago, University of Chicago Press, 2012, p. vii, aux p. xxx-xxxiii; Peter GODFREY-SMITH, *Theory and Reality: An Introduction to the Philosophy of Science*, Chicago, University of Chicago Press, 2003, p. 91-96 et 236; Eric OBERHEIM et Paul HOYNINGEN-HUENE, « The Incommensurability of Scientific Theories », dans Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive*, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/incommensurability/>> (automne 2018). Le mot « incommensurabilité » vient souvent de pair avec le mot « paradigme », rendu célèbre par Thomas S. Kuhn dans son ouvrage précité et se porte à de nombreuses interprétations; voir de manière générale P. GODFREY-SMITH, *id.*, aux p. 77 et 239. Notons que Kuhn, dans son ouvrage le plus célèbre (*The Structure of Scientific Revolutions, id.*), utilisait le mot « paradigme » de manière assez ambiguë et qu'il y a donc lieu de l'utiliser avec soin; voir Margaret MASTERMAN, « The Nature of a Paradigm », dans Imre LAKATOS et Alan MUSGRAVE (dir.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 59 (décrivant 21 sens différents du mot « paradigme » dans l'œuvre de Kuhn).

⁵ Voir par exemple Sanne TAEKEMA et Wibren VAN DER BURG, « Towards a Fruitful Cooperation Between Legal Philosophy, Legal Sociology and Doctrinal Research : How Legal Interactionism May Bridge Unproductive Oppositions », dans Richard NOBLES et David SCHIFF (dir.), *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, Farnham (R.-U.), Ashgate, 2014, p. 129.

⁶ Voir par exemple Aleksander PECZENIK, « Can Philosophy Help Legal Doctrine », (2004) 17-1 *Ratio Juris* 106, 116 (« Ontological problems are the biggest source of confusion in legal theory »).

⁷ De plus, le mot « ontologie » peut paraître suspect aux yeux de certains; voir Ian HACKING, *Historical Ontology*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001, p. 1 et 2 (le mot « ontologie » est décrit comme étant vaniteux (« *self-important* »), « sec et poussiéreux »); N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *préc.*, note 1, p. 1 (aborder des questions ontologiques peut paraître insupportablement prétentieux aux yeux de certains juristes et scientifiques). D'autres suggèrent qu'il serait peut-être préférable d'abandonner les questions ontologiques en droit; voir A. PECZENIK, *id.*. Voir aussi Andrei MARMOR, « What's left of general jurisprudence? On law's ontology and content », (2019) 10-2 *Jurisprud.* 151, 151 (notant « a widespread sentiment that the traditional debates about the nature of law have reached a dead end »); Scott HERSHOVITZ, « The End of Jurisprudence », (2015) 124-4 *Y.L.J.* 1160, 1193-1194. Notons qu'au cours de

Shai Lavi fait partie de la minorité qui défend la pertinence des questions ontologiques⁸. Il part du constat que ce sont des questions de théorie et d'épistémologie qui ont typiquement primauté de place dans la recherche (autant pour les approches « Droit et... » que celles qui militent pour l'autonomie disciplinaire du droit)⁹. Il identifie ensuite deux présupposés fondamentaux qui animent la majorité des travaux portant sur le droit et ses rapports avec d'autres disciplines. Premièrement, le présupposé épistémologique, suivant lequel le droit n'est accessible qu'à travers des perspectives théoriques ou écoles de pensée disciplinaires. Suivant ce présupposé, le droit est en quelque sorte produit par la perspective théorique. Le droit est que ce que l'on peut « voir » à travers la théorie, car ce qui tombe à l'extérieur de la perspective théorique donnée n'existe pas ou n'est pas du droit. Le deuxième présupposé est le présupposé moderne, suivant lequel la

l'histoire les philosophes se sont souvent disputés quant à laquelle des cinq branches de la philosophie – éthique, ontologie (ou métaphysique), épistémologie, logique et phénoménologie – devrait être considérée comme étant la plus fondamentale, mais qu'une des caractéristiques de la pensée philosophique des derniers siècles est qu'elle tend à prioriser la connaissance, et donc l'épistémologie; voir de manière générale David WOODRUFF SMITH, « Phenomenology », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/phenomenology/>> (été 2018). Sur l'importance centrale qu'a prise l'épistémologie (ou la quête de certitude) en philosophie au cours des derniers siècles, voir de manière générale Stephen TOULMIN, *Cosmopolis*, Chicago, University of Chicago Press, 1990; Stephen TOULMIN, *Return to Reason*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001; Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Presses de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 410-424 et 437-466; Charles TAYLOR, « Overcoming Epistemology », dans Kenneth BAYNES, James BOHMAN et Thomas MCCARTHY (dir.), *After Philosophy. End or Transformation?*, Cambridge, MIT Press, 1987, p. 459, à la p. 464 (« Epistemology [was] once the pride of modern philosophy. »).

⁸ S. LAVI, préc., note 2, p. 812-816.

⁹ *Id.*, p. 812-813 et 837. Notons par ailleurs que les approches « Droit et ... » sont parfois carrément mises en opposition à la doctrine et la théorie ou philosophie du droit. Pour un exemple venant de la recherche « Droit et... », voir Fiona COWNIE et Anthony BRADNEY, « Socio-Legal Studies: A Challenge to the Doctrinal Approach », dans Dawn WATKINS et Mandy BURTON (dir.), *Research Methods in Law*, Londres, Routledge, 2^e éd., 2018, p. 40. Pour des exemples venant de la théorie ou philosophie du droit, voir Philippe NONET, « In the Matter of Green v. Recht », (1987) 75-1 *Cal. L. Rev.* 363, 363 (déplorant « l'invasion » des sciences sociales dans la « cité » du droit); Charles FRIED, « Jurisprudential Responses to Legal Realism », (1988) 73-2 *C.L.R.* 331, 331 (défendant l'idée du droit comme discipline autonome, notamment distincte de l'économie et de la philosophie, pour contrer la prise de contrôle (« taking over ») du droit par des sujets non juridiques (« nonlegal subjects »)).

recherche en droit tient pour acquises les conceptions du droit qui prévalent depuis la « modernité »¹⁰. Ces trois conceptions concordent essentiellement avec trois grandes orientations disciplinaires vis-à-vis le droit : la doctrine (droit comme science), les sciences humaines (« *humanities* », droit comme culture) et les sciences sociales (droit comme politique)¹¹. Or, l'épistémologie des disciplines modernes cadre souvent mal avec le droit et ses pratiques. D'une part, les disciplines modernes visent typiquement la purification et l'uniformisation de leurs objets et théories, tandis que le droit foisonne d'hétérogénéité¹². D'autre part, une foule de pratiques juridiques sont demeurées inchangées au fil des siècles¹³.

¹⁰ S. LAVI, préc., note 2, p. 821. Les invocations de la « période moderne » et de la « modernité » sont souvent ambiguës car elles ont « autant de sens qu'il y a de penseurs ou de journalistes » ; Bruno LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 1991, p. 19. Voir aussi S. TOULMIN, *Cosmopolis*, préc., note 7, p. 5 et suiv. Pour les fins présentes, il suffit de dire que plusieurs identifient le 17^e siècle comme marquant le début de la modernité, mettant en vedette des protagonistes tels que Galileo Galilei (1564-1642), René Descartes (1596-1650) et Isaac Newton (1642-1727).

¹¹ S. LAVI, préc., note 2, p. 820 et suiv. Voir aussi M. SIEMS et D. MAC SITHIGH, préc., note 3, 653-656. Une division similaire, en trois grandes orientations, est mise de l'avant par Sanne Taekema et Wibren van der Burg, qui mettent en relief le fait que la variété des conceptions (ou définitions) du droit rend difficile la coopération et la communication entre trois grandes disciplines : philosophie du droit, sociologie du droit, et doctrine ; voir S. TAEKEMA et W. VAN DER BURG, préc., note 5, p. 129-132.

¹² Voir de manière générale Mariana VALVERDE, « Pragmatist and Non-Pragmatist Knowledge Practices in American Law », (2003) 26-2 *PoLAR* 86, 87-88 (« [M]ost knowledge networks generated since the scientific revolution, from physics to social constructionism, can be characterized by their effort to suppress, minimize, or repress epistemological heterogeneity in the pursuit of pure, methodologically coherent analyses [...]. Law, however, does not wish to be modern [...] legal actors are not encouraged to generate the kind of « purity » that [...] is the key feature of modern knowledge projects [...]. In legal contexts, particularly in arguments presented before courts, it is very effective to argue that pornography should be strictly regulated because it has evil moral effects, it furthermore harms women, and it has a detrimental effect on urban property values. ») ; Mariana VALVERDE, « Between a Rock and a Hard Place: Legal Studies beyond Both Disciplinarity and Interdisciplinarity », (2014) 1-1 *CAL JOURNAL* 51, 54 (du point de vue chronologique, le droit est prédisciplinaire, car il existait des siècles avant que les disciplines modernes ne viennent à exister).

¹³ Bruno LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002, p. 267 (« [L]e droit a moins souffert des ravages du modernisme », car il a largement conservé ses habitudes, sa lenteur, sa technicité, son vocabulaire ; « si l'on se moque des légistes, c'est qu'ils n'ont jamais vraiment été modernes. ») ; S. D. SMITH, préc., note 2, p. 1 (« The ways in which lawyers and judges (and even most legal

L'objectif ici n'est pas de diminuer la valeur de l'épistémologie et des questions qui en découlent, mais seulement de ramener un certain équilibre entre l'épistémologie et l'ontologie. De manière générale, on peut dire que les questions ontologiques ont une valeur dans la mesure où elles aident à mettre en évidence les interactions entre « what there is [...] and our conceptions of it »¹⁴. Et plus concrètement, on peut dire qu'à force de prioriser les questions épistémologiques aux dépens des questions ontologiques, des interlocuteurs qui parlent du « droit » risquent de parler longtemps sans parler de la même chose. L'intérêt intellectuel de tout exercice de clarification ontologique est donc « essentiellement formel » : il aide à « faire apparaître en pleine lumière la façon adéquate de nommer les choses » afin que nous puissions « mieux accorder [...] nos violons discursifs »¹⁵.

II. La théorie institutionnelle du droit

La théorie institutionnelle du droit fournit un vocabulaire facilitant la compréhension mutuelle entre personnes d'horizons intellectuels différents, mais qui souhaitent toutes mieux comprendre « le droit ». MacCormick et Weinberger ont approché ce problème en prenant la question de l'ontologie du droit de plein front. Pour eux, toute recherche en droit opère nécessairement sur la base de prémisses plus ou moins articulées relativement à *ce qui est et comment on sait*¹⁶. Ainsi, l'articulation plus précise de ces prémisses aide à préciser et clarifier la tâche des chercheurs.

Cette partie est divisée en deux sections principales. La première présente un vocabulaire permettant de situer la théorie institutionnelle du droit par rapport à deux grandes familles de théories qui orientent les recherches sur le droit (A.). La deuxième section présente l'ontologie de la théorie institutionnelle du droit et les grandes lignes de cette théorie (B.).

scholars) actually practice and talk about law are not so different than they were a century ago – or even five centuries ago. »).

¹⁴ I. HACKING, préc., note 7, p. 2.

¹⁵ Paul AMSELEK, « Qu'appelle-t-on « le droit » ? Brèves réflexions à bâtons rompus », (2022) 56-1 RJTUM 1. Pour un survol des nombreuses questions ontologiques pouvant être pertinemment soulevées en sciences humaines et sociales, voir de manière générale Brian EPSTEIN, « Social Ontology », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/social-ontology/>> (printemps 2024).

¹⁶ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 1.

A. Normativistes et antinormativistes

Pour MacCormick et Weinberger, une des caractéristiques fondamentales de la théorie institutionnelle du droit est qu'elle fournit une ontologie (et une épistémologie corrélatrice) pouvant servir de base commune à deux grandes familles de théories : les « normativistes » et les « antinormativistes »¹⁷. Ces familles se définissent comme suit.

La famille normativiste inclut des approches théoriques telles que le positivisme, le droit naturel¹⁸ et le formalisme¹⁹. Ces approches théoriques ont évidemment des différences importantes et ne sont pas homogènes. Mais on peut dire que, de manière générale, elles voient le droit comme étant une pratique justificative autonome (ou relativement autonome). Elles appréhendent le droit en tant que propositions intelligibles et *normatives*, c'est-à-dire des propositions pouvant servir de guide à l'action humaine²⁰. Le droit est ainsi vu comme ayant une structure rationnelle qui peut être décelée, comprise, analysée et raffinée de manière rationnelle, c'est-à-dire en raisonnant. De ce point de vue, le droit va de pair avec le raisonnement juridique, conçu comme une forme de raisonnement *pratique*²¹. Étudier le droit revient à étudier le raisonnement juridique et donc nécessairement de *raisonner* juridiquement. Il en découle que le droit ne peut être *compris* sans raisonnement juridique²². Et c'est à travers le raisonnement

¹⁷ *Id.*, p. 2-5, 7 et 27. Une autre manière de concevoir la distinction entre normativistes et antinormativistes est la distinction entre les perspectives dites « internes » et celles dites « externes » au droit.

¹⁸ *Id.*, p. 2 et 4.

¹⁹ Le formalisme n'est pas abordé par MacCormick et Weinberger, qui se concentrent sur le positivisme et le droit naturel. Mais le formalisme mérite mention, car cette école de pensée est tout à fait normativiste selon les caractéristiques décrites ci-dessous, tout en ayant des caractéristiques distinctes justifiant qu'on la nomme séparément de ces deux autres écoles ; voir de manière générale Ernest J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012 ; Ernest J. WEINRIB, « Legal Formalism : On the Immanent Rationality of Law », (1988) 97-6 *Y.L.J.* 949. Pour une discussion très succincte du formalisme, voir S. LAVI, préc., note 2, p. 822 et 823. Le mot « formalisme » est parfois utilisé pour critiquer une certaine *manière* de rendre jugement. Voir Frederick SCHAUER, « Formalism », (1988) 97-4 *Y.L.J.* 509. Le formalisme, tel qu'ici entendu et défendu par Weinrib et Lavi, ne doit pas être confondu avec cette manière de rendre jugement.

²⁰ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 14 et 15.

²¹ Voir Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, à la p. 1 ; C. PERELMAN, préc., note 7, p. 341-350.

²² N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 6.

juridique et la compréhension du droit qu'il devient possible de formuler des descriptions raisonnablement exactes de l'état du droit.

La famille antinormativiste regroupe un ensemble d'approches et de théories tout aussi hétérogène (possiblement plus hétérogène) que celui que l'on retrouve dans la famille normativiste. Pour les approches et théories dans cette famille, le raisonnement juridique n'est pas la priorité. Au contraire, selon certaines approches antinormativistes plus radicales, le raisonnement juridique n'est pas du « vrai » raisonnement, mais plutôt une forme d'illusion ou mystification, une sorte de « vernis » pour donner un semblant de légitimité à ce qui n'est, en fin de compte, que des rapports de pouvoir ou de domination. Suivant les approches et théories antinormativistes, il se passe quelque chose *derrière* le droit, et les chercheurs antinormativistes se donnent comme tâche de déceler ce qui est derrière le droit – ce qui se passe *réellement*²³. Ainsi, pour bien des antinormativistes, des phrases telles que « Le droit en vigueur m'oblige à faire X » n'ont rien de réel. Certes, de telles phrases sont exprimées dans les faits. Mais la réalité de l'exigence ou l'obligation – ce qui guide réellement le comportement – vient de quelque chose de plus profond, de caché, qu'il s'agit de révéler et d'étudier. McCormick et Weinberger décrivent les approches antinormativistes comme portant un regard réaliste-matérialiste sur le phénomène du droit. Ce regard est réducteur, car il réduit le droit à des questions de sociologie, de psychologie sociale ou d'économie²⁴.

Notons qu'il serait faux de voir dans l'opposition entre normativistes et antinormativistes une opposition disciplinaire, par exemple : la philosophie du droit et la doctrine sont normativistes et la sociologie du droit est antinormativiste²⁵. On peut être sociologue du droit ou adopter une vision réaliste-matérialiste du droit sans adhérer à la position antinormativiste²⁶. Une personne peut produire de la doctrine juridique tout en ayant des convictions philosophiques antinormativistes. De plus, il peut être difficile de trier les auteurs individuels entre ces deux familles. Quoique certains

²³ *Id.*, p. 2 et 3.

²⁴ *Id.*, p. 5.

²⁵ Voir *id.*, p. 5 et 6.

²⁶ *Id.*, p. 3. À titre d'exemple, voir Mariana VALVERDE, *Law's Dream of a Common Knowledge*, Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 28-53 (pour un point de vue sociologique non réducteur s'intéressant au raisonnement juridique); Gerald N. ROSENBERG, « Positivism, Interpretivism, and the Study of Law », (1996) 21-2 *Law & Soc. Inquiry* 435.

auteurs puissent tomber assez nettement dans une famille ou l'autre, d'autres sont plus difficiles à placer. Et il est possible que bien des auteurs n'aient aucune position ferme par rapport aux enjeux soulevés ci-haut, et qu'ils alternent entre normativisme et antinormativisme selon les méthodes et théories qu'ils utilisent et les sujets qu'ils examinent. Les « normativistes » et « antinormativistes » sont donc deux familles idéelles ; leur description sert à saisir le cœur des problèmes que MacCormick et Weinberger cherchaient à résoudre avec la théorie institutionnelle (problèmes qui, rappelons-le, surgissent de manière récurrente entre personnes qui discutent du droit en partant d'horizons disciplinaires, méthodologiques ou intellectuels différents)²⁷.

Pour MacCormick et Weinberger, une part importante de l'opposition entre normativistes et antinormativistes implique des enjeux ontologiques. Cette opposition s'exprime comme suit.

Les normativistes reprochent aux antinormativistes d'être réducteurs. Pour les normativistes, les êtres humains ont des idées quant aux normes de conduite qu'ils devraient suivre, des idées quant à ce qui est désirable et les comportements qu'ils doivent éviter pour atteindre le désirable, etc. Ces idées ont un impact (sans nécessairement être déterminant²⁸) sur la conduite des êtres humains. Et parmi ces idées on retrouve des idées associées au droit. Pour les normativistes, les antinormativistes négligent ou ignorent un volet important de la vie humaine en faveur d'éléments présumés « plus réels » (selon les antinormativistes) que les idées. Pour les normativistes ceci est une erreur, car pour comprendre les humains il faut comprendre leurs idées.

²⁷ Notons par ailleurs que la distinction entre normativistes et antinormativistes découpe la littérature juridique d'une manière différente d'autres catégorisations ayant une fin similaire, sans nécessairement être incompatible avec ces dernières. Par exemple, Luc B. Tremblay identifie trois principales approches au droit durant le dernier siècle : le positivisme, l'herméneutique et le pragmatisme ; voir Luc B. TREMBLAY, « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique », (2012) 46-2 *RJTUM* 249. Suivant sa description de ces trois approches, on peut classer le positivisme et l'herméneutique comme étant dans la famille normativiste et le pragmatisme dans la famille antinormativiste. Soulignons aussi que Tremblay suit la priorisation de l'épistémologie sur l'ontologie décrite plus haut : son article insiste sur l'épistémologie du droit sans s'attarder longuement sur son ontologie. Il prend toutefois la peine de préciser que la raison pratique est ontologiquement unitaire, ce qui est fort utile pour comprendre certains aspects de l'opposition entre positivisme et herméneutique juridique ; *id.*, 290-292.

²⁸ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *préc.*, note 1, p. 9.

Les antinormativistes, en revanche, reprochent aux normativistes de tomber dans le piège de l'idéalisme²⁹ parce qu'ils accordent trop de place aux idées humaines, aux raisons et justifications que les humains se donnent³⁰. L'idéalisme est vu comme un piège, car les idées humaines n'ont que peu ou pas d'assise objective ou réelle – certainement aucune assise matérielle. De plus, les humains sont notoires dans leur capacité de dire qu'ils font une chose alors qu'ils en font une autre, ou en d'autres mots : les humains sont capables de justifier n'importe quoi ; les atrocités du passé en sont la preuve. Pour les antinormativistes, ceci nuit à la légitimité scientifique des recherches normativistes, qui sont vues comme dépourvues d'assises objectives. On peut imaginer les antinormativistes dire : « Examinons ce que les humains font vraiment, et non ce qu'ils disent qu'ils font ou les raisons qu'ils se donnent pour le faire. » Finalement, dans la mesure où les antinormativistes examinent les raisons et justifications que les humains se donnent, ces raisons ne sont pas prises comme étant les raisons qui expliquent « réellement » ou « vraiment » les comportements et actions.

En résumé, les normes et les justifications produites par la raison humaine et relevant du monde des idées *existent* pour les normativistes. De plus, elles existent *en tant que* normes et justifications et méritent d'être étudiées à part entière. En revanche, les normes et justifications *n'existent*

²⁹ *Id.*, p. 6. Puisque le mot « idéalisme » est polysémique, une clarification est opportune : dans le langage courant, l'idéalisme est typiquement associé à ce qui est souhaitable ou bien ou au meilleur des mondes ; suivant ce sens, être idéaliste implique que l'on souhaite quelque chose, souvent ce qu'il y a de meilleur ; voir par exemple Neil MACCORMICK, « Institutional Normative Order: A Conception of Law », (1997) 82-5 *Cornell L. Rev.* 1051, 1054. Mais l'idéalisme peut aussi faire référence aux *idées* et notamment à un mouvement philosophique dont il est impossible de rendre compte adéquatement ici ; notons simplement que, de manière générale, ses défenseurs accordaient la primauté ou du moins une place prépondérante au monde des idées ; on peut déceler deux grandes positions idéalistes ; selon la position la plus radicale, l'ensemble de la réalité repose ultimement sur l'esprit de sorte que la réalité n'est pas indépendante de nos esprits ; la position moins radicale admet qu'il y a bel et bien une réalité indépendante de nos esprits, mais affirme que tout ce que nous pouvons savoir repose ultimement sur l'esprit, car nous n'avons aucun accès « direct » à la réalité indépendamment de nos esprits ; voir de manière générale Paul GUYER et Rolf-Peter HORSTMANN, « Idealism », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/idealism/>> (hiver 2018). Voir aussi Raymond WILLIAMS, *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society*, éd. rév., New York, Oxford University Press, 1985, p. 152 et 153.

³⁰ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *id.*, p. 5-6.

pas pour les antinormativistes. Ou si elles existent, elles n'existent *pas en tant que* normes et justifications et ne méritent pas d'être étudiées à part entière, car elles ne sont qu'épiphénomènes : manifestations ou symptômes d'autres choses plus importantes, vraies, objectives ou réelles (telles que le pouvoir, les forces sociales, les intérêts économiques, les émotions et le vécu personnel, etc.).

1. « Est » et « devrait être »

Le désaccord ontologique entre normativistes et antinormativistes peut aussi être compris à travers la distinction entre ce qui « est » et ce qui « devrait être » (« is » et « ought » en anglais)³¹. MacCormick nous invite à examiner l'opposition entre « est » et « devrait être » à travers le prisme des certitudes que nous sommes capables d'entretenir à l'égard de l'un et de l'autre³².

En tant qu'individus, nous avons tous une idée du monde tel qu'il *est*. Cette idée que nous avons est à bien des égards vague et approximative, car nous ne savons pas tout et ne pouvons tout savoir. De plus, nous sommes souvent surpris d'apprendre que le monde est différent de l'idée que nous nous en faisons. Mais il demeure que nous nous faisons une idée du monde tel qu'il est, malgré le fait qu'il puisse nous surprendre constamment. Lorsque le monde nous surprend en étant autre que l'idée que nous nous en faisons, nous pouvons ajuster notre idée du monde tel qu'il est en conséquence. En effet, ne pas ajuster notre idée nous mènerait à vivre non pas dans le monde tel qu'il est, mais dans un monde d'illusions confectionné pour nous-mêmes.

Selon MacCormick, le monde tel qu'il *devrait être* est très différent du monde tel qu'il est. L'idée que nous nous faisons du monde tel qu'il devrait être n'a pas à être ajustée à la lumière de ce qu'il est. Le monde peut nous surprendre autant qu'il veut. Nous pouvons quotidiennement constater le gouffre entre comment le monde est et comment il devrait être (selon nous). Mais nous n'avons aucunement besoin d'ajuster notre idée de ce qui

³¹ N. MACCORMICK, préc., note 29, 1052. Cette distinction est devenue prééminente dans l'histoire de la philosophie moderne (et surtout anglaise) à la suite des écrits de Hume ; voir Rachel COHON, « Hume's Moral Philosophy », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/entries/hume-moral/>> (automne 2018).

³² N. MACCORMICK, *id.*, 1051-1053.

devrait être en conséquence. Nous pouvons demeurer totalement certains de ce qui devrait être malgré sa distance de ce qui est.

Prenons deux exemples. Je peux être beaucoup plus confiant en disant « personne ne devrait commettre de meurtre » qu'en disant « personne ne commet (ou ne commettra) de meurtre ». Le fait que quelqu'un quelque part dans le monde soit en train de commettre un meurtre en ce moment ou commettra un meurtre dans l'avenir (ce qui me semble fort probable, quoique j'en sois incertain) n'ébranle aucunement ma conviction qu'il devrait en être autrement. De même, je peux être très confiant en disant « une personne devrait honorer les engagements qu'elle a contractés » tout en sachant qu'il arrive souvent que les personnes n'honorent pas les engagements qu'elles ont contractés, et que ce phénomène ne risque pas d'être enrayé de sitôt.

Ainsi, nous pouvons avoir plus de certitude à l'égard de ce qui devrait être qu'à l'égard de ce qui est³³. Ceci nous aide à mieux voir le piège de l'idéalisme dans lequel les normativistes tombent selon les antinormativistes. Pour ces derniers, parler de certitude en matière du « devrait être » n'est pas acceptable. On ne peut être *certain* du « devrait être », car il ne relève que de nos idées, de nos opinions et convictions. Or, celles-ci sont susceptibles de changer à tout moment, et varient même de lieu en lieu et de personne en personne. Ici, la relativité historique et culturelle des certitudes quant au « devrait être » vient en aide aux antinormativistes. Ils peuvent soumettre, comme pièces à conviction : l'esclavage, la subjugation des femmes, la colonisation brutale des peuples et une myriade d'autres exemples. Ils diront que bien des personnes étaient certaines que ces pratiques relevaient du « devrait être » : que les esclaves devaient être esclaves et que les femmes devaient être subjuguées, et ainsi de suite. Or, nous percevons maintenant ces certitudes comme étant grossièrement fausses. Il nous est même difficilement concevable que des personnes aient été capables d'entretenir de telles certitudes. De plus, il est possible que plusieurs choses qui nous semblent relever du « devrait être » aujourd'hui soient grossièrement fausses aux yeux de générations à venir.

Face à cette variabilité, cette contingence du « devrait être », les antinormativistes cherchent quelque chose de solide sur lequel s'appuyer – quelque chose de réel. Pour eux, seul le réel peut être source de certitude

³³ *Id.*, 1052 et 1053.

ou source de faits, car le réel offre des points stables qui persistent à travers le temps et l'espace. Les antinormativistes diront que le savoir scientifique procède en décelant ce qui est stable ou permanent à travers l'impermanent, et que sans stabilité, il est impossible de bâtir une science³⁴. Vu l'inconstance et l'instabilité aisément démontrables du « devrait être » à travers le temps et l'espace, ils diront qu'il est futile de parler de science, de certitude ou de faits quant au « devrait être », car il ne relève pas du réel.

Les normativistes répondront que même s'il est souvent difficile (et parfois impossible) d'être *absolument* certain du « devrait être », on peut en être *raisonnablement* certain. Par ailleurs, renoncer à la possibilité de prendre des décisions imparfaites, mais raisonnables, reviendrait à prendre la position suivant laquelle toute conviction morale n'est guère plus intelligible qu'un saut d'humeur³⁵.

De ce qui précède, retenons que la division entre les normativistes et antinormativistes peut être comprise comme découlant de visions différentes de ce qui est réel et ce qui ne l'est pas, ce qui existe et ce qui n'existe pas, ce qui peut être connu et ce qui ne peut être connu, ou du moins ce qui est important et ce qui ne l'est pas. Ces oppositions ontologiques sont presque toujours au centre de désaccords fondamentaux entre normativistes et antinormativistes, même si elles sont rarement explicitées. Pour surmonter ces désaccords, MacCormick et Weinberger ont développé une ontologie pouvant servir de base commune aux deux camps. La clef de voûte de cette ontologie est la notion d'institution.

B. Les institutions

Le mot « institution » est régulièrement utilisé, que ce soit dans le langage courant, philosophique³⁶ ou scientifique³⁷. L'utilisation de ce mot est

³⁴ Simon BLACKBURN, *Truth: A Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 99-101.

³⁵ C. PERELMAN, préc., note 7, p. 411 et 412.

³⁶ Par exemple, dans la théorie de John Rawls; voir John RAWLS, *A Theory of Justice*, éd. rév., Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999, p. 47-52; Samuel FREEMAN, *Rawls*, Oxford, Routledge, 2007, p. 473.

³⁷ Voir de manière générale Seumas MILLER, « Social Institutions », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/social-institutions/>> (été 2019). Voir aussi Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 210.

si variée qu'il est souvent difficile d'en identifier le sens voulu par ses utilisateurs³⁸. Parmi les sociologues, « institution » tend à être utilisé de manière plus constante pour référer à des « formes sociales complexes pouvant se reproduire elles-mêmes »³⁹. Or même cet usage plus constant couvre une vaste gamme de formes sociales, par exemple : les gouvernements, les familles, les langues, les compagnies, les cultes, les académies, les armées, les jeux organisés, les professions, les tribunaux et les systèmes juridiques⁴⁰. Vu cette hétérogénéité des formes sociales pouvant être désignées comme « institution », nous devons préciser davantage l'usage qu'en est fait dans le cadre de la théorie institutionnelle du droit.

Plutôt que d'élaborer une définition générale des institutions, nous amorcerons le sujet d'un autre angle : la distinction entre les « faits institutionnels » et les « faits bruts ». Cette distinction fut initialement formulée par G.E.M. Anscombe⁴¹ puis développée de manière influente par John Searle⁴². Ici, nous entamons essentiellement la même démarche que MacCormick et Weinberger⁴³, qui ont repris à leur tour la distinction tout en y apportant certaines modifications de leur cru⁴⁴.

1. Faits bruts, faits institutionnels

La distinction entre faits bruts et faits institutionnels peut être succinctement décrite comme suit. L'idée de « fait brut » découle d'une certaine vision du savoir. Suivant cette vision du savoir, le monde (ou l'univers dans son ensemble) est constitué de faits bruts, et le savoir véritable consiste à connaître ces faits bruts. Le modèle de la connaissance systématique de ces faits est celui des sciences naturelles, et ces dernières sont comprises comme étant, à la base, constituées de simples observations empiriques relatant les expériences sensorielles des chercheurs⁴⁵. Cette vision du savoir scientifique soulève de nombreux problèmes qui ne peuvent être abordés

³⁸ S. MILLER, *id.*

³⁹ *Id.* [ma traduction].

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ G.E.M. ANSCOMBE, « On Brute Facts », (1958) 18-3 *Analysis* 69.

⁴² Voir John SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, p. 50-53.

⁴³ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 9-13.

⁴⁴ *Id.*, p. 9-13 et 21-24.

⁴⁵ J. SEARLE, préc., note 42, p. 50.

ici, faute d'espace⁴⁶. Mais si nous l'acceptons pour les fins d'argument, nous constatons rapidement que de nombreuses affirmations (ou énoncés) à caractère factuel ne cadrent pas du tout avec cette vision et sont difficilement assimilables aux faits bruts.

Prenons l'affirmation suivante comme exemple : durant l'été 2019, après une série de matchs de basketball, les Raptors de Toronto ont gagné le championnat de la National Basketball Association (NBA) et ont ainsi obtenu le trophée Larry-O'Brien⁴⁷. Cette affirmation fait deux choses. Premièrement, elle décrit des entités : les Raptors, Toronto, le basketball, la NBA et son championnat, le trophée. Deuxièmement, l'affirmation relate des faits. Ces affirmations factuelles sont exactes. Il est possible de dire qu'elles sont exactes, même si elles ne concernent pas des faits bruts, car les faits relatés par ces affirmations sont des *faits institutionnels*.

Les entités décrites ci-dessus existent, mais leur existence ne dépend pas de leur matérialité. Le trophée Larry-O'Brien est fabriqué de métal, certes. Mais le fait institutionnel que *ce* morceau de métal soit le trophée Larry-O'Brien ne dépend aucunement de ses particularités matérielles. De plus, sa valeur *en tant que* trophée Larry-O'Brien dépasse de loin sa valeur en tant que morceau de métal. Le basketball existe aussi. C'est un sport. Ce sport a un aspect matériel, car il exige notamment qu'un corps humain lance un ballon dans un panier. Mais ce n'est pas n'importe quel ballon lancé dans n'importe quel panier à n'importe quel moment qui compte comme une instance de basketball. Dans bien des cas, lancer un ballon dans un panier sera simplement lancer un ballon dans un panier. Et dans d'autres cas, lancer un ballon dans un panier *marquera* des *points* (deux ou trois, selon le cas) qui permettront de gagner un *match* dans le cadre d'un *championnat* de la NBA à la fin duquel l'équipe obtient le *trophée* Larry-O'Brien.

⁴⁶ Voir de manière générale James BOGEN, « Theory and Observation in Science », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/science-theory-observation/>> (été 2017); Andreas HOLGER, « Theoretical Terms in Science », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/theoretical-terms-science/>> (automne 2017).

⁴⁷ Voir Olivier PARADIS-LEMIEUX, « Les Raptors de Toronto sont champions de la NBA », *Radio-Canada*, 13 juin 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/sports/1184422/raptors-toronto-warriors-golden-state-leonard-lowry-curry-finale-nba>>.

La majorité du temps, lorsque l'on parle des entités décrites ci-dessus, ce sont les faits institutionnels qui comptent pour nous, et non les faits bruts ou matériels. Nous voulons savoir quelles *équipes* se sont rendues au *championnat*, le nombre d'*équipes* qui figurent dans la *NBA*, le nombre de *matchs* dans une *saison*, la liste des *équipes* gagnantes du *trophée* depuis qu'il existe, etc. Nous pourrions citer des faits institutionnels pour chacune de ces questions, car ces entités sont des institutions.

2. Règles et interprétations

En matière de faits institutionnels, l'interprétation joue un rôle primordial. Par exemple, le lancer du ballon qui permet de marquer les points gagnants du championnat n'est pas le « lancer gagnant » en vertu de ses caractéristiques matérielles (vélocité, etc.). Le lancer est ce qu'il est à cause d'une *interprétation* d'une occurrence matérielle – interprétation faite à la lumière de *règles* faites par des humains⁴⁸. C'est en vertu de ces règles que les entités et les faits de notre exemple sportif existent. Le trophée Larry-O'Brien n'existe et n'a de valeur qu'en vertu des règles constituant le championnat de la NBA, qui n'existe qu'en vertu d'autres règles constituant la NBA, ses équipes, le jeu du basketball lui-même, et ainsi de suite⁴⁹. Les aspects matériels de ces entités tels que le nombre de joueurs par équipe, les dimensions des terrains, paniers, ballons, stades, etc., font certainement partie de l'institution qu'est le basketball. Mais ce sont les règles de l'institution qu'est le basketball qui rendent les dimensions du terrain, du panier, du ballon, etc., comme étant des terrains, paniers ou ballons *de basketball*⁵⁰. Un physicien pourrait bien vouloir étudier la trajectoire, la vélocité et bien d'autres faits bruts relatifs au « lancer gagnant ». Mais ce faisant, les institutions pertinentes et leurs règles – tout ce qui permet de désigner le « lancer gagnant » comme tel – disparaîtraient. En effet, si le lancer a lieu à la dernière seconde de la dernière période du match (si le ballon quitte les mains du joueur l'instant avant que ne sonne la fin du match) et qu'il marque les points décisifs, le lancer est le « lancer gagnant ». Une seconde de plus ferait toute la différence *du point de vue du basketball*, car le lancer serait fait en dehors du match. Mais du point de vue de la physique, ce serait le

⁴⁸ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 10 et 49-50.

⁴⁹ *Id.*, p. 10 et 11.

⁵⁰ Voir J. SEARLE, préc., note 42, p. 52.

même lancer – une seconde de plus ne changerait rien à la vitesse ou la trajectoire du ballon⁵¹.

Les faits institutionnels ne peuvent pas être réduits à des faits bruts. L'exemple imaginaire suivant aide à comprendre pourquoi. Imaginons des analystes très déterminés qui cherchent à étudier un match de basketball à l'extérieur de toutes les règles de l'institution du basketball, simplement en tant que faits bruts. De cette perspective, le basketball ne serait pas une institution, mais plutôt un phénomène présentant une configuration spatio-temporelle de matières (corps humains et objets inanimés). L'analyse envisagée soulèverait toutes sortes de questions inusitées, du moins pour ceux qui ont une idée de ce qu'est un match de basketball. Dans un premier temps, les analystes ne pourraient pas avoir recours au concept de match. En effet, le concept de match est lui-même une institution générale en matière de sports compétitifs. Pour que ce concept soit applicable, il faut que nous soyons devant un sport compétitif ou quelque chose d'assimilable. Or, nos analystes n'ont devant eux qu'une configuration spatio-temporelle de matières. Ignorant les règles du basketball, nos analystes doivent d'abord définir leur objet d'analyse. Au départ, l'objet devra être défini en établissant deux points dans le temps : un pour marquer le début et l'autre la fin du phénomène. Le choix de ces points devra être justifié à la lumière de ce que les analystes jugent important et pertinent. Mais rien ne nous dit d'avance que les points temporels choisis par les analystes coïncideront avec le chronomètre officiel du match. En effet, parler de chronomètre officiel est impossible en absence de règles établissant un lien entre un chronomètre spécifique (pourquoi pas celui autour du cou de l'arbitre ou la montre d'un spectateur dans la première rangée ?) et des corps ou matières spécifiques. Les analystes, en absence des règles du basketball, ne seraient pas contraints à prioriser un chronomètre qui, à leurs yeux, ne serait qu'un autre élément observable parmi d'autres. Les analystes pourraient se dire que le phénomène commence lorsque tous les joueurs sont dans le stade, mais dans leurs vestiaires respectifs. Ou ils pourraient prioriser les spectateurs, et

⁵¹ Car le travail scientifique des physiciens implique des formes de raisonnement hautement idéalisées et très sélectives par rapport à ce qui est considéré comme pertinent. Voir par exemple Albert R. JONSEN et Stephen TOULMIN, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988, p. 31 (« Astronomical movements and falling papers both exemplify gravitation, but planets and satellites provide straightforward [...] cases of gravitation in action, in a way that fluttering papers do not. »)

fixer le début et la fin du phénomène en fonction des agissements de ces derniers. D'ailleurs, rien ne nous dit que les analystes ne verraient *qu'un seul* phénomène.

Ceci illustre le rôle central que jouent les institutions lorsque vient le temps d'interpréter les actions humaines. L'exemple peut sembler peu plausible, car d'autres institutions plus générales que le basketball nous sont totalement naturelles – si naturelles que nous avons de la misère à nous extirper de l'emprise qu'elles ont sur nos esprits. C'est à cause de ces institutions plus générales qu'il est invraisemblable que des analystes approchent un match de basketball comme une simple configuration spatio-temporelle de matières. Par exemple, l'institution « sport d'équipe » est composée de règles très générales, communes à tous les sports d'équipe. C'est en vertu de ces règles que nous sommes capables de reconnaître certains phénomènes – certaines configurations spatio-temporelles de personnes et d'objets – comme étant des sports d'équipe, même lorsqu'un sport spécifique comme le basketball nous est totalement étranger. Il nous est difficile d'imaginer des analystes n'ayant aucune conception d'institutions générales comme « sport d'équipe » ou « sport ». Ces institutions nous viennent tellement naturellement à l'esprit que nous devons faire des pirouettes linguistiques pour les éviter. Par exemple, dans le paragraphe précédent, j'ai évité le mot « match ». Mais je me suis permis d'utiliser les mots « arbitre », « spectatrice » et « spectateur », « joueur » et « stade » pour éviter d'alourdir le texte. Or, ces mots (tout comme « sport d'équipe » et « sport ») orientent notre perception des phénomènes vers certaines institutions et leurs règles. Une fois orientés par ces institutions, nous pouvons puiser dans nos expériences et connaissances de ces institutions (et leurs diverses règles) pour assimiler un phénomène inconnu à des institutions connues⁵². Par exemple, si je sais que certaines des personnes observées sont des joueuses et que d'autres sont des arbitres, je sais qu'il s'agit d'un jeu compétitif et cela oriente ma manière d'aborder le phénomène à l'étude. Les institutions que nous connaissons servent de ressources interprétatives

⁵² Edward SCHIAPPA, *Defining Reality: Definitions and the Politics of Meaning*, Carbondale, Southern Illinois University Press, 2003, p. 11-32 et 113-116 (expliquant comment le langage et les catégories linguistiques orientent notre perception de monde). Voir aussi Stanley FISH, *Winning Arguments*, New York, Harper, 2016, p. 15 et 16; Kenneth BURKE, *Language as Symbolic Action*, Berkeley, University of California Press, 1966, p. 44-51.

qui nous servent à donner sens aux phénomènes humains que nous observons.

Nous pouvons sans trop d'efforts imaginer des analystes qui ignorent l'existence du basketball. Mais nous devons faire beaucoup plus d'efforts pour imaginer des analystes qui ignorent ce qu'est un sport ou un sport d'équipe. Et même si nous pouvions trouver des analystes qui ignorent l'existence des sports ou sports d'équipe, il est presque impossible d'imaginer des analystes humains venant d'un monde dénué d'institutions qui pourraient servir de points de départ à leur analyse. À tout le moins, les analystes seront familiers avec des institutions très générales telles que « jeu », « spectacle », « rituel », etc. – des institutions si générales qu'elles font partie, sous une forme ou une autre, de toute société humaine ou presque. Ainsi, ces analystes auraient des institutions et leurs règles comme points de départs possibles pour leur analyse. Ils pourraient partir du « jeu », du « spectacle » ou du « rituel » pour interpréter les occurrences de ce que nous interprétons simplement comme un match de basketball. Ils ne partiraient pas de faits bruts « purs », c'est-à-dire des configurations spatio-temporelles de matières. Ceci nous ramène à une leçon formulée de diverses manières par divers philosophes : il est plausible d'affirmer que toutes les personnes ayant observé un ciel dégagé pendant la nuit aient vu (et voient toujours) de petits points lumineux contre un fond obscur ; on peut difficilement imaginer des faits plus bruts que ceux-ci ; mais si nous décrivons notre monde ainsi, en des termes si dénudés qu'ils ne font état que d'information sensorielle brute, nous ne sommes pas seulement face à un monde non interprété, mais un monde *non interprétable*⁵³.

3. Typologie des institutions

Dans la section précédente, j'ai utilisé le mot « institution » de manière large et flexible. Pour pouvoir décrire les institutions et leurs interactions de manière plus fine, la théorie institutionnelle du droit fournit une typologie qui distingue entre trois types d'institutions : les « institutions-agences », les « institutions-arrangements » et les « institutions-choses ». Ces types sont ici définis et illustrés en puisant dans le droit québécois.

⁵³ Alasdair MACINTYRE, *After Virtue*, 3^e éd., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007, p. 79.

Les institutions-agences sont ainsi nommées car elles existent en vue d'*agir* d'une certaine manière⁵⁴. Parmi les exemples les plus évidents, on trouve : l'Assemblée nationale du Québec, la Chambre des communes du Canada, les tribunaux, les cabinets ministériels, les ministères, les corps policiers, les conseils municipaux et les ordres professionnels. Ces institutions-agences ont évidemment des fonctions juridiques⁵⁵ en ce sens que l'Assemblée nationale et la Chambre des communes adoptent des lois ; les conseils municipaux adoptent des règlements ; les ministères (souvent par l'entremise des ministres) sont chargés de l'application de certaines lois⁵⁶ ; et ainsi de suite. Notons que les *personnes* sont aussi des institutions-agences⁵⁷. Cela est évident lorsque l'on considère les personnes morales. Mais c'est aussi le cas avec les personnes physiques. Il ne faut pas confondre personne et être humain. Les êtres humains existent nonobstant le droit, alors que la personnalité est un attribut juridique⁵⁸. Les actions des institutions-agences sont régies par des règles de droit, qu'il s'agisse de conventions constitutionnelles, de lois ou de décisions des tribunaux. Notons par ailleurs que les institutions-agences peuvent contenir d'autres institutions-agences. Par exemple, on retrouve au moins trois institutions-agences au sein de l'institution-agence qu'est le Barreau du Québec : le Conseil d'administration, le Conseil des sections et le syndic⁵⁹. La *Loi sur le Barreau* prévoit une série de rôles pour chacune de ces institutions-agences et encadre, à des degrés de précision divers, les moyens qu'elles peuvent prendre pour remplir ces rôles. Mais il y a plus. Le bâtonnier du Québec est aussi une institution-agence au sein des institutions-agences que sont le Conseil d'administration, le Conseil des sections et le Barreau⁶⁰. Même si le bâtonnier ou la bâtonnière est un être humain (et une personne physique), l'humain qui occupe l'institution du bâtonnier joue un rôle défini au sein de ces trois institutions-agences ; du point de vue de ces dernières, c'est ce rôle

⁵⁴ Neil MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 35 ; N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 56. Voir aussi Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 105 (discutant de deux types d'institutions performant deux types d'actions distinctes : appliquer des normes et créer des normes).

⁵⁵ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 56.

⁵⁶ Par exemple, pour la *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1, art. 298 (« Le ministre du Travail est responsable de l'application de la présente loi. »)

⁵⁷ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 25 et 56.

⁵⁸ Art. 1 C.c.Q.

⁵⁹ *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 10, 26.1 et 75.

⁶⁰ *Id.*, art. 10a), 10.2, 11 et 26.1c).

qui compte. Un exemple similaire est celui du ministre de la Justice, qui remplit de nombreuses fonctions dans la *Loi sur les tribunaux judiciaires*⁶¹. Dans ce cas aussi, ce n'est pas l'humain qui compte, mais bien l'institution-agence qu'est le ministre de la Justice.

Les deux autres types d'institutions sont les institutions-arrangements et les institutions-choses⁶². Les institutions-arrangements résultent d'actions prises par des institutions-agences. Elles établissent une relation ordonnée entre les institutions-agences. Le contrat, la fondation, le mariage et la propriété en sont des exemples. Le contrat résulte d'un accord de volonté entre au moins deux personnes⁶³, donc deux institutions-agences. La fondation résulte de l'acte d'une personne, donc d'une institution-agence⁶⁴. Le mariage résulte également de l'acte de deux personnes⁶⁵, institutions-agences. Le mariage ressemble beaucoup au contrat – on dit d'ailleurs qu'il est *contracté*⁶⁶ –, mais d'autres institutions-agences sont impliquées dans sa célébration : le célébrant et deux témoins⁶⁷. Le cas de la propriété est plus compliqué. Il s'agit d'une institution-arrangement, mais elle s'examinera mieux une fois que nous aurons défini les institutions-choses.

Les institutions-choses sont des choses intangibles qui existent en vertu de règles de droit⁶⁸. Parmi les institutions-choses, on trouve les actions⁶⁹, les brevets⁷⁰, les droits d'auteur⁷¹, le dollar⁷² ainsi que les biens incorporels⁷³ de manière générale. Les droits d'auteur sont un exemple qui épouse particulièrement bien la définition d'institution-chose donnée ci-dessus, car la *Loi*

⁶¹ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16, art. 4, 5, 11.1, 15, 30.1, 32, 58, 88, 93.1, 95, 114, 122.3, 130, 131, 138, 141, 158, 163, 167, 168.

⁶² N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 35-37.

⁶³ Art. 1378 C.c.Q.

⁶⁴ Art. 1246 C.c.Q.

⁶⁵ *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, art. 2 et 2.1.

⁶⁶ Art. 365 C.c.Q.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 36.

⁶⁹ Par exemple en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, art. 43 et suiv.

⁷⁰ *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, art. 42.

⁷¹ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 5.

⁷² *Loi sur la monnaie*, L.R.C. 1985, c. C-52, art. 3.

⁷³ Art. 899 C.c.Q. ; voir aussi Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106-2 *R. du N.* 177 ; Gaële GIDROL-MISTRAL, « Les biens immatériels en quête d'identité », (2016) 46-1 *R.D.U.S.* 67.

sur le droit d'auteur dit bien que « le droit d'auteur *existe* au Canada »⁷⁴ lorsque certaines conditions sont réalisées.

Les institutions-choses peuvent être des institutions-arrangements et vice versa, selon les circonstances. On peut parler ici de cas limitrophes, qui se comprennent mieux à travers des exemples.

Les droits litigieux sont un premier exemple. À un niveau, ces droits sont des institutions-choses que l'on peut vendre⁷⁵. Du point de vue institutionnel, on dirait que l'institution-chose (droit litigieux) fait l'objet d'une institution-arrangement (contrat de vente) entre deux institutions-agences (personnes). Mais à un autre niveau, on peut dire que les droits litigieux sont eux-mêmes des institutions-arrangements. En effet, les droits litigieux existent parce qu'un débiteur (institution-agence) a posé un acte quelconque (acte sans lequel il ne serait pas débiteur), et c'est en vertu de cet acte que les droits litigieux existent. Les droits litigieux établissent une relation entre le créancier et le débiteur, deux institutions-agences, à la suite d'une action accomplie par ce dernier⁷⁶. Ces droits sont donc eux-mêmes des institutions-arrangements, tout en étant une institution-chose entre les mains du créancier, qui peut les vendre. Le fait qu'un droit litigieux soit incertain ou contesté n'empêche pas son existence, car le *Code civil du Québec* stipule qu'un droit litigieux est « incertain, disputé ou susceptible de dispute »⁷⁷ tout en indiquant que le droit existe suffisamment pour pouvoir être vendu (comme institution-chose).

Comme deuxième exemple, prenons les sociétés en nom collectif, en commandite et en participation. Celles-ci sont créées par contrat de société⁷⁸. Elles sont donc des institutions-arrangements créées par les actes des institutions-agences que sont les associés. Mais les sociétés en nom collectif, en commandite et en participation sont aussi des institutions-agences,

⁷⁴ *Loi sur la monnaie*, préc., note 72, art. 5 [mes italiques].

⁷⁵ Art. 1782-1784 C.c.Q.

⁷⁶ Les actions créant les droits litigieux peuvent évidemment aussi venir à exister à la suite des actions prises par deux institutions-agences. Par exemple, une vente (institution-arrangement requérant au moins deux institutions-agences pour sa formation) peut donner naissance à des droits litigieux lorsque, entre autres, le bien vendu contient un vice caché.

⁷⁷ Art. 1782 C.c.Q.

⁷⁸ Art. 2186 et 2187 C.c.Q.

même si elles n'ont pas la personnalité juridique⁷⁹. On peut parler d'agence, car les associés ont des rapports envers la société elle-même, et non les autres associés. Par exemple, les associés sont débiteurs envers la société⁸⁰. Ils sont tenus, envers la société, des bénéfices qu'ils réalisent à la suite de leurs apports de connaissances ou d'activités⁸¹. De plus, la société a des rapports envers les tiers⁸². La société peut, par exemple, ester en justice en son nom⁸³. Le contrat de société est donc un contrat qui constitue une institution-agence en elle-même, contrairement à la majorité des autres contrats, qui ne font que créer des relations entre des institutions-agences. En effet, un contrat de vente ou de bail ne crée pas d'agence distincte des parties contractantes. Si j'achète quelque chose et que j'omets de payer le prix de vente, ou si je refuse de payer mon loyer, ce n'est pas le contrat de vente ou le bail qui m'enverra une mise en demeure et qui intentera une action pour recouvrer le montant dû. La mise en demeure, et l'action en justice le cas échéant, seront des actes de l'institution-agence avec laquelle j'ai contracté. Ces actes engendreront de nouvelles institutions-arrangements, telles que la demeure⁸⁴ ou la demande en justice⁸⁵.

Passons enfin à la propriété, notre dernier exemple. Comme⁸⁶ mentionné plus haut, la propriété est une institution-arrangement. Cette institution-arrangement peut être conceptualisée de deux façons, soit comme établissant une relation entre une institution-agence et un bien, soit comme établissant une relation entre une agence (le propriétaire) et toutes les autres agences⁸⁷. L'illustration qui suit adopte la première conceptualisation. Du point de vue du droit québécois, les biens sont des « choses » – le mot est utilisé ici au sens de *res* en latin – qui peuvent être corporelles ou incorporelles⁸⁸. Disons que Jean est propriétaire d'un marteau. Jean est une personne (institution-agence) dont l'existence juridique découle de la naissance d'un être humain à qui on a attribué le nom « Jean »

⁷⁹ Art. 2188 C.c.Q.

⁸⁰ Art. 2198 C.c.Q.

⁸¹ Art. 2200 C.c.Q.

⁸² Art. 2219 à 2225 C.c.Q.

⁸³ Art. 2225 C.c.Q.

⁸⁴ Art. 1594 C.c.Q.

⁸⁵ Art. 25, 33, 35 et 85 C.p.c.

⁸⁶ Voir aussi N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 135 et suiv.

⁸⁷ Art. 947 et suiv. C.c.Q.

⁸⁸ Art. 899 C.c.Q.

et qui est énoncé dans son acte de naissance⁸⁹. Cet être humain est corporel. Le marteau est corporel aussi. Cette réalité corporelle ne dépend pas de règles de droit (leur existence n'est pas un fait institutionnel). Jean a un droit de propriété (institution-arrangement) dans cette chose qu'est le marteau⁹⁰. L'existence de ce droit est une question de fait institutionnel, c'est-à-dire : c'est un fait qui découle de l'interprétation d'une situation donnée en fonction de règles de droit. Jean peut vendre le marteau à une autre institution-agence. Dans ce cas, le droit de propriété lui-même devient une institution-chose pour les fins de la vente. On peut dire que dans le cas de la vente d'un bien, ce n'est pas la chose qui est vendue, mais bien le droit dans la chose. Lorsqu'il s'agit d'un marteau, ce n'est pas le marteau qui « change de mains », mais bien le droit dans le marteau. Le fait que le marteau change *physiquement* de mains est juridiquement accessoire au droit de propriété qui le lie à Jean (Jean peut vendre son droit dans le marteau tout en demeurant son détenteur⁹¹).

Mais qu'en est-il d'un bien incorporel, par exemple d'une action ? Si Luc est propriétaire d'une action, cette dernière est une institution-chose : son existence est une question de fait institutionnel ; elle n'existe qu'en vertu des règles applicables. Luc a un droit dans cette institution-chose qu'est l'action. Tout comme la vente du marteau, la vente de l'action implique que le droit de propriété (institution-arrangement) devient une institution-chose pour les fins de la vente (institution-arrangement). Ainsi, dans le cas de la vente d'une action (ou autre institution-chose), il y a *deux* institutions-choses : l'action et le droit de propriété. Ce dernier point diffère dans le cas de la vente du marteau, où il n'y a qu'une institution-chose pour les fins du contrat de vente (le droit de propriété). En d'autres mots, l'existence du droit de propriété que j'ai dans le marteau est une question de fait institutionnel. Mais l'existence du marteau a un pendant réel – le marteau lui-même – qui ne requiert pas d'interprétation en fonction de règles de droit. En revanche, dans le cas de l'action, il n'y a pas de pendant réel (mis à part un certificat ou autre support réel-matériel qui n'est qu'accessoire à l'institution-

⁸⁹ Art. 1, 3 et 5 C.c.Q.

⁹⁰ Sylvio Normand décrit le droit réel comme étant un droit *sur* la chose ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 33. En caractérisant le droit de propriété comme un droit *dans* la chose, je suis l'usage de MacCormick, N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 139.

⁹¹ Art. 912, 921 et 1453 C.c.Q.

chose qu'est l'action elle-même; ce n'est pas le morceau de papier qui a de la valeur, mais l'institution-chose).

L'analyse des exemples ci-dessus n'est ni exhaustive ni finale et offerte à titre illustratif seulement. Plusieurs nuances pourraient y être apportées, en portant une attention détaillée et soutenue aux différentes institutions (qu'elles soient institutions-agences, institutions-arrangements ou institutions-choses) que l'on trouve dans le droit du Québec ou d'ailleurs. Notons ici qu'un des avantages de la théorie institutionnelle du droit est qu'elle fournit un vocable qui peut être utile à des fins d'analyses en droit comparé. En effet, puisque le vocable de la théorie institutionnelle n'est pas lié à une tradition ou à un système juridique spécifique, il peut servir de cadre d'analyse commun permettant de mettre en parallèle des institutions qui peuvent, à première vue, sembler très différentes, car venant de traditions différentes. Ce premier avantage est complété par d'autres, décrits plus loin. Mais avant d'y passer, d'autres aspects de la théorie doivent être abordés.

Une dernière précision concernant l'usage du mot « institution » est utile pour éviter les malentendus. Le mot « institution » peut être utilisé dans un sens plutôt « philosophique » et un sens plutôt « sociologique »⁹². Suivant le sens « sociologique », les institutions sont des organisations d'êtres humains (ou un ordonnancement particulier d'êtres humains). Ces organisations persistent à travers le temps et maintiennent leur identité, malgré les changements qui peuvent avoir lieu au niveau de leur personnel⁹³. À l'intérieur des institutions au sens « sociologique », on trouve des rôles relativement stables qui ne dépendent pas des personnes physiques qui les occupent⁹⁴. Par exemple, suivant ce sens, une équipe sportive est une institution⁹⁵. Les êtres humains qui composent l'équipe – les joueurs – ont des rôles à l'intérieur de l'équipe. Ces rôles peuvent être comblés par des personnes autres que les joueurs qui occupent présentement le rôle. Plus concrètement : il y a une continuité entre l'équipe des Raptors d'aujourd'hui et celle qu'elle était lorsqu'elle fut fondée il y a plus de vingt ans, même si tous ses joueurs

⁹² Les mots « philosophique » et « sociologique » sont entre guillemets pour signaler que l'usage qui en est fait dans ce paragraphe est un peu inhabituel et suit celui de MacCormick et Weinberger; voir N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 49.

⁹³ *Id.*, p. 55-56 (« social institution »). Voir aussi N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 33.

⁹⁴ S. MILLER, préc., note 37 (« Roughly speaking, an institution that is an organization [...] consists (at least) of an embodied (occupied by human persons) structure of differentiated roles. »)

⁹⁵ N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 36.

ont été remplacés depuis. La nuance clef est que les institutions au sens « sociologique » peuvent exister et être étudiées indépendamment du droit. Cette nuance se voit bien lorsque l'on considère une équipe de sport amateur ou un orchestre de musique amateur : l'équipe ou l'orchestre peut être fondé, subsister à travers le temps et cesser d'exister sans qu'une seule règle de droit entre en considération. Ainsi, des chercheurs en sciences sociales peuvent étudier une équipe, un orchestre, un parlement, un tribunal ou un service de police sans se soucier le moindrement de règles de droit. Ces chercheurs peuvent s'attarder aux actes et occurrences qu'ils observent dans le comportement de personnes qu'ils identifient comme étant pertinents à leur étude. L'interprétation des actes et occurrences faite par les chercheurs peut suivre des règles qui ne sont pas issues du droit positif, mais plutôt des théories et méthodologies de sciences sociales informant l'étude⁹⁶. À l'inverse, le sens « philosophique » du mot « institution » ramène au raisonnement juridique formel, suivant lequel les chercheurs (typiquement juristes) seront en mesure d'expliquer pourquoi une institution existe ou non dans une situation particulière⁹⁷. Ainsi, suivant le sens « philosophique », les règles et leurs interactions prennent une place prépondérante.

4. Règles communes aux trois types d'institutions

Afin d'alléger le reste du texte, les institutions-agences, institutions-arrangements et institutions-choses seront ci-après uniquement désignées en utilisant le vocable « agence », « arrangement » et « chose ».

Les institutions que sont les agences, arrangements et choses (ou « objets ») sont régies par trois types de règles⁹⁸. Ces trois types correspondent à ce que l'on pourrait appeler les trois étapes du « cycle de vie » des institutions. Ce cycle se développe comme suit. Premièrement, les institutions entrent en existence. Ensuite, diverses conséquences découlent de leur existence. Finalement, leur existence se termine. Chacune de ces trois étapes est régie par des règles propres à chaque institution. Et pour chaque institution on peut identifier ces trois types de règles. Suivant la termino-

⁹⁶ Notons qu'il est possible que les théories et méthodologies ne prévoient pas de règles d'interprétation explicitement formulées.

⁹⁷ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 51 ; N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 289-293.

⁹⁸ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *id.*, p. 52-53 ; N. MACCORMICK, *id.*, p. 36.

logie de MacCormick, ces règles peuvent être désignées comme étant des règles « institutantes », « conséquentes » et « terminatrices »⁹⁹.

Les règles institutantes précisent les actes devant être accomplis pour instituer une agence, un arrangement ou une chose. Ce sont les règles qui, par exemple, déterminent l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, qui établissent un ordre professionnel¹⁰⁰, qui font naître des obligations¹⁰¹ ou qui instituent un tribunal¹⁰². Les règles conséquentes sont toutes les règles qui entrent en jeu, ou peuvent entrer en jeu, une fois qu'une institution existe. On peut penser ici aux dispositions du Code civil régissant l'interprétation du contrat, la force obligatoire du contenu du contrat, les effets du contrat à l'égard des tiers et les effets particuliers de certains contrats¹⁰³. Finalement, les règles terminatrices mettent fin à l'institution, qu'elle soit une agence, un arrangement ou une chose. Les règles régissant la dissolution et la liquidation des personnes morales¹⁰⁴, l'extinction des obligations¹⁰⁵ ou la fin d'un régime de protection¹⁰⁶ en sont des exemples.

Deux éléments importants sont à noter ici.

Premièrement, il ne faut pas confondre l'institution elle-même avec un *exemplaire* de l'institution¹⁰⁷. Par exemple, il faut distinguer entre l'arrangement qu'est le contrat, et un contrat spécifique conclu entre des agences spécifiques à un moment spécifique (tel que le contrat qui lie Constance à la personne morale qui lui fournit une connexion internet à sa résidence); il faut distinguer entre l'agence qu'est le bâtonnier du Québec et un exemplaire de cette agence (qui est, en date d'aujourd'hui, Catherine Claveau); il faut distinguer entre la chose qu'est le droit d'auteur et un exemplaire de ce droit (tel que le droit que j'ai sur cet essai). Les exemplaires d'une institution viennent à exister suivant les règles institutantes applicables. Une fois que ces exemplaires existent, ils perdurent à travers le temps¹⁰⁸ et sont régis

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Voir *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23 à 30.1.

¹⁰¹ Art. 1371 et 1372 C.c.Q.

¹⁰² Par exemple en vertu de la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 14 et suiv.

¹⁰³ Art. 1425 et suiv. C.c.Q.

¹⁰⁴ Art. 355 et suiv. C.c.Q.

¹⁰⁵ Art. 1671 et suiv. C.c.Q.

¹⁰⁶ Art. 295 et suiv. C.c.Q.

¹⁰⁷ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 11 et 54.

¹⁰⁸ Voir *id.*, p. 52.

par les règles conséquentes applicables. Finalement, les exemplaires d'institutions cessent d'exister en vertu de leurs règles terminatrices. Je ne veux évidemment pas dire par cela que M^e Claveau, bâtonnière du Québec actuelle, cessera d'exister à la suite de l'opération des règles terminatrices applicables à l'agence qu'est le bâtonnier. La personne physique (agence) qu'est M^e Claveau du point de vue du droit continuera d'exister comme personne physique à la fin de son bâtonnat (je le lui souhaite, en tout cas). Mais l'exemplaire de l'agence du bâtonnier qu'est M^e Claveau cessera d'exister. On peut voir dans cet exemple la superposition de deux agences sur l'être humain qu'est M^e Claveau : celle du bâtonnier du Québec et celle de la personne. Ces deux agences sont distinctes. Certaines règles ne s'appliquent qu'au bâtonnier. D'autres ne s'appliquent qu'à la personne. Mais évidemment, certaines interactions peuvent avoir lieu entre les deux. Par exemple, on peut imaginer que l'ouverture d'un régime de protection¹⁰⁹ à l'égard de la personne M^e Claveau engendrerait des conséquences au niveau de l'exemplaire du bâtonnier qu'elle est et que cela déclencherait possiblement l'opération de règles terminatrices mettant fin à cet exemplaire.

Deuxièmement, une institution donnée n'existe que relativement à un système donné¹¹⁰. Par exemple, au Canada, l'emphytéose n'existe qu'au Québec¹¹¹. Cet arrangement, qui peut aussi être une chose pour les fins d'un autre arrangement¹¹², n'existe pas dans les autres provinces canadiennes. Un autre exemple est celui du *trust*, qui n'existe pas en droit français¹¹³. Si l'on veut dire qu'une institution donnée existe dans un système donné, il faut que l'on puisse trouver, à l'intérieur du système en question, les trois types de règles (instituant, conséquentes et terminatrices).

Notons quelques conséquences qui découlent de ces deux éléments.

Dans un premier temps, l'existence d'une institution donnée dans un système donné est une question distincte de l'existence d'un exemplaire de cette institution. Par exemple, l'emphytéose existe au Québec – le droit québécois contient les règles instituant, conséquentes et terminatrices requises pour que l'on puisse affirmer ceci comme étant un fait. Ce fait est

¹⁰⁹ Art. 256 et suiv. C.c.Q.

¹¹⁰ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 54.

¹¹¹ Art. 1195 et suiv. C.c.Q.

¹¹² Art. 1199 C.c.Q.

¹¹³ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 54.

un fait institutionnel. Nous pouvons également présumer (du moins pour les fins de l'argument) que des exemplaires d'emphytéose existent présentement au Québec (c'est-à-dire : des agences spécifiques ont conclu des emphytéoses spécifiques entre elles, et ces emphytéoses ont été valablement formées suivant les règles instituant les exigences). Mais imaginons qu'à partir d'aujourd'hui, aucune agence ne suive les règles instituant les exigences pour créer une emphytéose. Si cela perdure pendant 100 ans et un jour, il n'existera plus *d'exemplaire* d'emphytéose au Québec (car l'emphytéose ne peut avoir une durée de plus de 100 ans¹¹⁴). L'institution qu'est l'emphytéose existera encore, et continuera à exister comme institution que l'on pourrait qualifier « d'inutilisée », à moins que le législateur (une agence très importante) ne l'abolisse. Notons par ailleurs que l'existence d'une institution est nécessairement *antérieure* à un exemplaire de l'institution¹¹⁵.

Dans un deuxième temps, il ne faut pas confondre les trois types de règles régissant une institution avec l'institution elle-même¹¹⁶. Par exemple, il ne faut pas confondre les règles qui, prises ensemble, constituent le droit des contrats avec l'institution qu'est le contrat, et ce, même dans un système donné. Car les règles régissant l'institution peuvent changer tout en laissant perdurer l'institution. Il est envisageable qu'à un moment donné, les règles d'une institution soient tellement modifiées que l'on puisse affirmer que l'institution n'est plus la même. Mais la modification des règles n'entraîne pas nécessairement une modification de l'institution. Je reviendrai à ce point ci-dessous, en prenant l'exemple du mariage.

Dans un troisième temps, l'existence des trois types de règles, en tant que règles de droit valides, est elle-même une question de fait institutionnel¹¹⁷. Prenons un cas simple comme exemple. L'existence des règles contenues dans le Code civil ou toute autre loi applicable au Québec est une question de fait institutionnel. En effet, pour être valide, une loi doit passer un nombre d'étapes. Elle doit notamment être adoptée par la (ou les) chambre(s) législative(s) pertinente(s) (agence), et recevoir la sanction royale (par une autre agence). Si ces règles ne sont pas respectées, la loi n'existe pas du point de vue du système de droit (et il en va de même pour les règles contenues dans la loi, évidemment). C'est notamment pour cela qu'il est

¹¹⁴ Art. 1197 C.c.Q.

¹¹⁵ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 55.

¹¹⁶ *Id.*, p. 51.

¹¹⁷ *Id.*, p. 56.

utile de distinguer entre l'institution et ses règles : l'existence des règles d'une institution (par exemple le contrat) est elle-même une question de fait institutionnel, dont la réponse dépend d'institutions autres (celles impliquées dans l'adoption de lois valides) que l'institution qu'elles régissent.

Enfin, pour appuyer les exemples invoqués ci-haut, j'ai cité plusieurs articles de loi. Ces articles ont été cités à titre indicatif seulement, et ne couvrent pas nécessairement toutes les règles applicables aux institutions invoquées en exemple. Cette manière de procéder soulève une question méthodologique importante : doit-on avoir un portrait complet des règles régissant une institution pour la comprendre ? Cette question est fort complexe, car pour y répondre il faudrait notamment préciser la notion de « compréhension »¹¹⁸. Cela dépasse largement le cadre de cet essai. Il est toutefois important de noter ici que la théorie institutionnelle du droit puise dans la littérature herméneutique¹¹⁹ et la littérature rhétorique¹²⁰. Dans les quelques remarques qui suivent, et pour conclure cette section, je me limiterai à indiquer certaines pistes qui devront être déblayées un autre jour.

Dresser un portrait complet d'une institution (qu'elle soit agence, arrangement ou chose) en termes de ses règles institutantes, conséquentes et terminatrices est souvent une œuvre continue qui ne peut être achevée. En effet, certaines de ces règles peuvent être modifiées et d'autres peuvent être ajoutées – que ce soit par voie législative ou jurisprudentielle¹²¹. Par

¹¹⁸ C'est la tâche que s'est donné, entre autres, Hans-Georg GADAMER ; voir *Vérité et méthode : Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, traduit par Pierre FRUCHON, Jean GRONDIN et Gilbert MERLIO, éd. intégrale, Paris, Seuil, 1996, p. 12.

¹¹⁹ Voir N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 15, 17-18, 102, 105-07, 117, 134-39, 153, 169 et 183-184 ; N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 5 et 295-297

¹²⁰ Voir Neil MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 2, 17 et suiv.

¹²¹ Selon MacCormick et Weinberger, même la doctrine fait partie de l'ordre juridique, et même du droit positif, tel qu'ils le conçoivent. La doctrine, lorsqu'elle partage la même « moralité institutionnelle » que le système de droit qu'elle analyse, contribue à raffiner et développer les modes de raisonnement propres au droit, et fait partie intégrante de la pratique du droit. Voir N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 19. Cette idée trouve son appui, en droit québécois, dans la disposition préliminaire, qui invoque les principes généraux du droit. Le travail systématique et synthétique de la doctrine joue certainement un rôle dans l'articulation de ces principes généraux. De plus, le travail de la doctrine sert de guide tant au législateur qu'aux tribunaux lorsque vient le temps soit de légiférer, soit de juger.

exemple, les règles applicables à l'institution du mariage ont évolué au cours du dernier siècle. Est-il donc préférable de concevoir le mariage sur l'axe diachronique, afin de déceler le « noyau » qui est demeuré stable au fil du temps ? Ou est-ce préférable de concevoir le mariage sur l'axe synchrone, à un moment donné ? Je soutiens qu'il ne s'agit pas de choisir entre un axe ou l'autre, car les deux axes interagissent constamment dans le travail pratique des juristes. Ce travail est fondamentalement, selon Hans-Georg Gadamer, celui de voir « le passé en continuité avec le présent [afin d'assurer] la survivance du droit en tant que *continuum* et maintenir la tradition de la pensée juridique »¹²², telle qu'elle existe dans un système donné. Cette conception du travail des juristes rejoint entièrement celle de MacCormick et Weinberger, qui soutiennent notamment que comprendre et expliquer le droit dans le présent exige que l'on adopte la « perspective interne » au droit¹²³. Or, pour adopter cette perspective interne, nous devons prendre en compte non seulement la « matière première » (« raw material ») du droit, mais aussi ses valeurs directrices et principes généraux¹²⁴, qui ne peuvent être pleinement saisis de l'extérieur.

Quant à l'idée d'avoir un « portrait complet » des règles applicables à une institution, nous pouvons douter que cela soit possible. Les règles ne sont jamais complètement claires et elles ne peuvent pas toutes être explicitées¹²⁵. Il est impossible de construire, à partir des textes qui sont la matière première du droit, une formulation canonique qui serait correcte à l'exclusion de toute autre¹²⁶. Stanley Fish illustre ceci en montrant comment jouer au basketball est irréductible à des règles formelles. Certes, plusieurs règles peuvent régir le basketball et être stipulées dans un code officiel. Mais pour des athlètes qui désirent jouer au basketball, ces règles ne sont que le début et le basketball ne se résume aucunement à elles. À tout le moins, il faut ajouter à ces règles un principe général : « take only good shots »¹²⁷. Tout athlète qui désire apprendre le basketball doit non seulement connaître ce principe, mais apprendre à l'appliquer de manière adéquate. À défaut, l'athlète ne saura pas bien jouer au basketball. Mais ce principe doit être

¹²² H.-G. GADAMER, préc., note 118, p. 523.

¹²³ N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 5 et 294-295 ; N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *id.*, p. 14-15, 103-104, 130-134 et 185 ; N. MACCORMICK, préc., note 21, p. 275-284.

¹²⁴ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *id.*, p. 78.

¹²⁵ *Id.*, p. 67 et suiv.

¹²⁶ N. MACCORMICK, préc., note 29, 1062 ; N. MACCORMICK, préc., note 120, p. 3.

¹²⁷ Stanley FISH, *Doing What Comes Naturally*, Durham, Duke University Press, 1999, p. 124.

interprété en contexte et être accompagné de nombreux principes additionnels. Or, il est impossible d'expliciter toutes les considérations pertinentes aux décisions qui cherchent à mettre en œuvre le principe général « take only good shots ». Même avec une explicitation exhaustive et détaillée d'innombrables règles additionnelles, même avec une « jurisprudence » bien fournie de *good shots* et de *bad shots*, les athlètes seront toujours face à des situations inédites et imprévues. La conclusion est que les athlètes ne savent comment bien jouer *que lorsque les règles explicites ne leur sont plus nécessaires*¹²⁸. On peut dire que c'est à ce moment que les athlètes ont pleinement acquis la perspective interne de l'institution du basketball.

III. Réalité et existence

Dans les sections ci-dessus j'ai utilisé des mots tels que « exister » et « existence ». J'ai aussi discuté de la « réalité » et du caractère « réel » de certaines choses. J'ai évité de définir ces mots jusqu'à présent et je m'en suis servi suivant mon appréciation de leur usage courant pour simplifier la discussion. Mais pour pleinement mettre en valeur la théorie institutionnelle du droit et l'ontologie qu'elle propose, je dois maintenant m'attarder plus précisément sur le sens que l'on donne à ces mots.

Dans cette section, je propose un *usage* particulier des mots « réalité » et « existence » (et leurs adjectifs et adverbess dérivés). Cet usage aide à faire des distinctions fort utiles pour étudier le droit et le situer dans le monde qui nous entoure.

Je propose de distinguer entre réalité et existence, entre ce qui est réel et ce qui existe. Cette distinction est inusitée. On croise couramment des expressions telles que « X existe réellement » et ses dérivés. On trouve notamment de nombreuses formulations de ce genre dans l'ouvrage de MacCormick et Weinberger¹²⁹. Le fait que de telles formulations soient plutôt communes n'est pas surprenant. En effet, l'histoire du mot « réel » est associée à l'idée d'une chose qui existe d'elle-même, ou qui existe effec-

¹²⁸ On retrouve le même argument, mais d'une perspective très différente informée par la phénoménologie et les sciences sociales, dans Bent FLYVBJERG, *Making Social Science Matter: Why Social Inquiry Fails and How it Can Succeed Again*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 11-24.

¹²⁹ Voir par exemple N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 6, 11, 20, 32, 37, 39 et 40-43.

tivement¹³⁰. Mais de telles formulations sont inopportunes, car elles sapent ces deux mots de l'utilité qu'ils peuvent avoir lorsqu'on les utilise pour référer à deux ordres distincts.

Je propose donc l'usage suivant : le mot « réalité » (et ses dérivés) devrait être limité au monde matériel (qui inclut l'énergie physique) et le mot « existence » (et ses dérivés) devrait être limité aux idées, au monde idéal. Les expressions telles que « existe réellement » ou « réelle existence » sont à proscrire¹³¹.

Voici quelques illustrations.

Le Code civil existe, mais n'est pas réel. Le seul aspect réel du Code se trouve dans le substrat matériel utilisé pour le transporter, soit sous forme d'écrits ou de paroles. Je peux pointer à une brique de papier sur mon bureau et dire « c'est le Code civil », mais cet usage (fort commun) n'est pas exact. Car la brique est un exemplaire du Code civil ; ce n'est pas le Code civil. La brique est le substrat matériel – du papier et de l'encre. Je peux aussi consulter un exemplaire du Code sur internet, substrat d'énergie électrique et autres détails matériels qui pourraient être explicités par des ingénieurs informatiques. Je peux aussi réciter le Code à voix haute. Dans ce cas, le substrat matériel est à la fois neurophysiologique – le flux électrique chimique de mon système nerveux – et physique (pression sonore générée par mes cordes vocales). Mon chien ne peut pas manger le Code, mais il peut manger la brique de papier¹³².

Les tribunaux existent, mais ne sont pas réels. Les bâtiments dans lesquels on trouve les salles d'audience, les comptoirs de greffe, les salles d'archives, etc. sont réels. Mais les tribunaux existent : ils sont idéels (comme toutes les institutions). Détruire le bâtiment qui est présentement le palais de justice de Montréal ne détruit pas les tribunaux qui y siègent. On peut déplacer les tribunaux en les faisant siéger ailleurs assez facilement, alors

¹³⁰ Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert-Sejer, 1998, *sub verbo* « réel ».

¹³¹ Ces expressions ne font qu'accentuer la circularité définitionnelle discutée ci-dessous, mais sont fort courantes ; voir par exemple N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *préc.*, note 1, p. 13 (« real existence of norms »).

¹³² Voir de manière générale Pierre-André CÔTÉ, « Le mot “chien” n'aboie pas : Réflexions sur la matérialité de la loi », dans Gérard COHEN-JONATHAN, Yves GAUDEMET et Robert HERTZOG (dir.), *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 279.

que déplacer un bâtiment est une toute autre affaire. En ce qui concerne les jugements des tribunaux : comme le Code, ils ne sont pas réels au-delà de leur substrat matériel – ils existent. Et en ce qui concerne les juges, greffiers, huissiers, agents de sécurité, etc., examinons les implications de l'usage que je propose vis-à-vis les humains.

Les personnes existent, mais ne sont pas réelles. Les corps humains sont réels, mais ne sont pas les personnes¹³³. Les personnes sont une chose et leur substrat matériel (chair, os, matière grise) une autre. C'est le substrat qui est réel. Ainsi la personne que je suis, Patrick Garon-Sayegh, existe, mais n'est pas réelle. Cette personne a un substrat matériel (je vous assure que j'ai un corps !). Mais la personne que je suis ne se résume pas à ce substrat. Cette position est susceptible de faire controverse pour certains, car elle peut déclencher des interrogations philosophiques complexes liées à la conscience et au cerveau¹³⁴. En effet certains pourraient arguer que ma conscience se résume au substrat matériel qu'est mon corps (incluant les processus électriques chimiques de mon système nerveux), de sorte que toutes mes idées se résument au substrat matériel de mon corps. La distinction que je propose entre réalité et existence pourrait donc paraître suspecte aux yeux de ceux qui croient que mes idées ne sont qu'une composante de ma conscience. Somme toute, l'usage que je propose est dualiste, car il distingue nettement entre la matière et les idées¹³⁵. Mais il n'est nullement nécessaire de prendre cet usage comme établissant un système métaphysique.

Je défends seulement l'adoption d'une règle d'*hygiène terminologique*. Suivant cette règle, nos discussions devraient éviter de mélanger les mots « réalité » et « existence » de manière indiscriminée. L'objectif de cette règle

¹³³ Ici on pourrait ajouter que les corps humains ne sont pas les personnes *physiques*, car les personnes morales ne sont évidemment pas réelles.

¹³⁴ Voir de manière générale Robert VAN GULICK, « Consciousness », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/consciousness/>> (hiver 2022) ; J.J.C. SMART, « The Mind/Brain Identity Theory », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/mind-identity/>> (hiver 2022).

¹³⁵ Howard ROBINSON, « Dualism », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/dualism/>> (printemps 2023) (« Dualist views [...] say that the mental and the physical are both real and neither can be assimilated to the other. » ; notons que dans ce passage on voit le mot « real » appliqué au mental et au physique, alors que l'usage que je propose vise à éviter ce genre de formulation).

est d'aider à faire des distinctions utiles à l'étude du droit et des phénomènes juridiques, et non à l'étude de la conscience ou de la métaphysique. Ainsi, suivant mon usage, je dirais que les juges, greffiers, huissiers, agents de sécurité, etc., existent. Elles et ils existent soit en tant que juges ou personnes exerçant une fonction (agent de sécurité, par exemple) et c'est ce qui compte du point de vue du droit. Je dirais par ailleurs que leurs corps sont réels, mais que cela n'est pas typiquement pertinent du point de vue du droit (surtout relativement à l'administration de la justice).

Le droit existe, mais n'est pas réel. Nous nous faisons des *idées* de ce qu'est le droit et de son état, ce qu'il exige. Nous exprimons ces idées sur papier ou oralement. Ces expressions sont le substrat matériel-réel et non le droit tel qu'il existe pour nous. Il en va de même pour les règles de droit – les normes¹³⁶. Celles-ci sont des *objets de la pensée*, des objets idéels, qui servent de *guides à l'action*¹³⁷. Une norme, c'est ce-qui-devrait-être-fait ou ce-qui-ne-devrait-pas-être-fait¹³⁸. Ceci ne peut être appréhendé purement par observation de la réalité¹³⁹. Il faut être capable d'*interpréter*¹⁴⁰.

Par exemple, mes yeux aperçoivent des personnes arrangées d'une certaine manière les unes par rapport aux autres. J'en conclus que c'est une file d'attente. Je ne peux pas simplement « observer » une file. L'arrangement des personnes, qui est réel, n'est pas la file. Le fait qu'il s'agit d'une file est un objet de ma pensée. L'ordre que j'y vois n'est pas seulement un ordre pouvant être étudié de manière « externe », en termes de données spatio-temporelles se portant à une analyse statistique (ou autre). L'ordre que je

¹³⁶ Notons que du point de vue de la théorie institutionnelle du droit, la distinction entre normes et règles ne joue pas un rôle important. Le mot « norme » est utilisé d'une manière générale, qui englobe à la fois les règles, principes, standards et autres.

¹³⁷ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 14-15. Voir aussi Paul AMSELEK, « La teneur indéçise du droit », (1992) 26-1 *RJTUM* 1.

¹³⁸ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *id.*, p. 37.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ La précision suivante s'impose : on peut accepter la distinction entre les normes et leurs substrats matériels (les expressions orales ou écrites, et donc linguistiques) et accepter que ces substrats doivent être interprétés pour avoir accès aux normes, sans conclure que ces substrats sont inintéressants ou sans importance. Les substrats sont importants car ils sont les seules choses auxquelles nous avons accès. Nous n'avons pas accès à l'activité mentale d'interprétation. Nous n'avons accès qu'à un produit linguistique : les arguments pour ou contre telle ou telle interprétation. Voir Stéphane BERNATCHEZ, « Les obstacles épistémologiques de la méthodologie juridique : L'exemple de la théorie de l'imprécision », (2011) 52-3-4 *C de D* 379, 392.

vois dans la file est normatif, car je ne peux en rendre compte pleinement qu'en notant que les personnes observées orientent leur action en fonction de leur idée de ce-qui-devrait-être-fait, autant par eux-mêmes que les autres personnes qui les entourent¹⁴¹.

Les normes ne sont pas des habitudes. Les habitudes n'ont pas besoin d'être guidées par un objet de la pensée du type ce-qui-devrait-être-fait. Les habitudes peuvent être observées de manière purement « externe ». Pour illustrer, imaginons qu'une enquête sociologique démontre que 95 % des automobilistes s'arrêtent aux feux rouges, et que 95 % des automobilistes font jouer la radio lorsqu'ils sont ainsi arrêtés¹⁴². Nous avons ici deux habitudes, mais seulement une norme. Il est impossible de savoir ceci simplement à partir de l'observation du réel (les automobiles, les automobilistes en tant que corps humains, les feux rouges, etc.). Nous ne pouvons le savoir qu'en fonction de notre propre expérience en tant que participants dans les pratiques pertinentes – c'est-à-dire la circulation automobile et l'écoute de la radio – ou bien, si nous ne sommes pas participants, en demandant aux participants eux-mêmes d'expliquer ce qu'ils font et en acceptant leurs explications. En d'autres mots, nous ne pouvons pas expliquer la présence d'une norme sans adopter la perspective interne et les objets de la pensée qui viennent avec.

Prenons un autre exemple. Je vois une enseigne à l'entrée d'un parc. Sur l'enseigne, je vois l'inscription suivante : « PAS DE VÉHICULES DANS LE PARC »¹⁴³. Ce qui est réel ici c'est l'enseigne, qui est composée de métal et de peinture, qui est fixée au sol, et ainsi de suite. C'est ce que je vois. Mon chien peut voir la même chose (plus ou moins). Mais je vois deux choses que mon chien ne voit pas : (i) des symboles (la phrase) et (ii) une norme. Je vois une norme, car je peux immédiatement me faire une idée ce-qui-ne-devrait-pas-être-fait. Cette idée peut être floue à certains égards (je peux me demander si une planche à roulettes est un véhicule, par exemple). Mais je suis capable, avec un peu de travail et de réflexion, d'exprimer et distinguer ce que je trouve clair et ce qui est flou. Par ailleurs, ma capacité de voir

¹⁴¹ N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 11-12, 14 et 16. Voir aussi Daniel JUTRAS, « The Legal Dimensions of Everyday Life », (2001) 16-1 *Can J L Soc* 45, 49 (« Each person in the line is, simultaneously, adjudicating and subject to collective adjudication. »)

¹⁴² Voir N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 130; N. MACCORMICK, préc., note 54, p. 61.

¹⁴³ Je reprends ici l'exemple rendu classique par H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71-4 *H.L.R.* 593, 607.

que les mots communiquent une norme découle d'un travail d'interprétation de ces mots, basée sur ma connaissance des pratiques pertinentes entourant les enseignes, les parcs, les véhicules, et ainsi de suite. Ceci devient plus évident si l'on change l'inscription sur la pancarte à « PAS DE TOILETTES DANS LE PARC »¹⁴⁴. Est-ce que j'y vois une norme, ou une description? Cette inscription est grammaticalement identique à la première. Mais à priori, j'y vois une description et non une norme. Ainsi, le simple fait de percevoir l'existence d'une norme (qu'elle soit floue ou non) à partir d'inscriptions sur un substrat matériel est aussi un acte d'interprétation¹⁴⁵.

J'insiste sur cet usage des mots « réalité » et « existence » parce qu'il aide à maintenir un rapport égalitaire entre le monde matériel (réel) et le monde idéal (existant). Un tel rapport est important si l'on veut avoir une ontologie du droit pouvant servir de base commune aux normativistes et antinormativistes. Pourquoi? À cause de deux caractéristiques des mots « réalité » et « réel », bien décrites par Ian Hacking.

Dans un premier temps, les mots « réalité » et « réel » ont tendance à être définis de manière circulaire et ambiguë (tout comme des mots apparentés comme « fait », « vérité » et leurs dérivés)¹⁴⁶. L'ambiguïté de ces mots est aggravée par les nombreuses mutations de leurs usages, sens et valeur au cours de l'histoire¹⁴⁷.

Dans un deuxième temps, les mots « réalité » et « réel » sont des mots « éleveurs ». C'est-à-dire : ils servent rarement comme substantif principal dans une affirmation, mais ont plutôt tendance à servir pour élever (ou

¹⁴⁴ Roderick A. MACDONALD et Jason MACLEAN, « No Toilets in Park », (2005) 50-4 *McGill LJ* 721, 724.

¹⁴⁵ L'actualité nous démontre que cet exemple n'est pas si saugrenu, vu une affaire récemment tranchée par la Cour suprême du Canada. Au cœur de cette affaire, on trouve une dispute entre un policier et une utilisatrice du métro de Montréal quant à l'interprétation d'un pictogramme se trouvant sur les escaliers mécaniques : exprime-il une interdiction (donc une norme) ou un conseil de prudence? Pour la Cour, le pictogramme exprime un conseil. Voir *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, par. 87 à 92.

¹⁴⁶ Ian HACKING, *The Social Construction of What?*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999, aux p. 21-23. Voir aussi Ian HACKING, *Rewriting the Soul: Multiple Personality and the Sciences of Memory*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 11.

¹⁴⁷ I. HACKING, *The Social Construction*, *id.* Voir aussi Chaïm PERELMAN, *L'empire rhétorique*, 2^e éd., Paris, Vrin, 2012, p. 163-165.

gonfler) la valeur d'autres substantifs ou d'autres affirmations¹⁴⁸. Prenons trois exemples : « les vaccins sauvent réellement des vies » ; « les changements climatiques sont une réalité » ; « ce concert n'est pas réellement du jazz »¹⁴⁹. Dans les deux premiers exemples, les mots « réellement » et « réalité » sont utilisés pour élever la valeur des affirmations faites. Dans le troisième exemple, on voit que les mots éleveurs ne servent pas seulement à monter : le mot « réellement » sert à rabaisser ou dévaloriser le concert.

Les mots éleveurs sont triplement dangereux. Premièrement, ils se glissent souvent de manière insidieuse dans les débats. Deuxièmement, ils sont souvent utilisés de manière à dispenser leur utilisateur de fournir des précisions ou justifications additionnelles. Par exemple, affirmer qu'un concert n'est pas du « vrai jazz », c'est affirmer quelque chose à propos du jazz et du concert en question, tout en évitant de préciser ce qu'est le jazz et les raisons pour lesquelles on juge que le concert n'en est pas. Troisièmement, les mots éleveurs tendent à gonfler significativement les enjeux, rendant ainsi les débats plus acrimonieux qu'ils ne le seraient autrement¹⁵⁰.

Un exemple familier à plusieurs juristes est l'affirmation suivant laquelle le droit international public n'est pas réellement du droit. L'affirmation établit un contraste marqué entre ce qui est réellement du droit et ce qui ne l'est pas (en l'instance, le droit international public). Mais l'affirmation ne nous indique pas la base du contraste, les critères en vertu desquels il est perçu¹⁵¹. L'affirmation peut être vue comme une technique rhétorique fort efficace dans certaines circonstances : lorsqu'elle ne rencontre aucune opposition, elle permet d'affirmer quelque chose de très gros en peu de mots. Mais on peut aussi voir que l'affirmation risque de vexer des juristes qui dévouent leur vie professionnelle au droit international

¹⁴⁸ Ian HACKING, *Representing and Intervening*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 32, 33 et 40. Pour un compte rendu succinct du « réalisme interventionniste » défendu par Hacking dans ce livre, voir Yvon GAUTHIER, *Entre science et culture : Introduction à la philosophie des sciences*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2005, p. 92-95.

¹⁴⁹ Il est évidemment possible d'imaginer diverses variations des exemples fournis ici (par exemple : « les vaccins sauvent des vies, c'est un fait » ; « ce concert n'est pas vraiment un concert de jazz »). L'analyse soutenue ici serait tout autant applicable, *mutatis mutandis*.

¹⁵⁰ I. HACKING, préc., note 146 (*Social Construction*), p. 23.

¹⁵¹ I. HACKING, préc., note 8, p. 33.

public. Et on ne serait pas surpris que le ton monte rapidement entre ces juristes et une personne qui fait l'affirmation. Or, est-ce que l'affirmation accomplit quelque chose ? Si oui, c'est surtout polémique, car aucun argument de fond n'est avancé.

Les mots éleveurs sont donc clivants et doivent être utilisés de manière circonspecte. L'usage ou la règle d'hygiène terminologique que je propose vise à éviter les clivages entre normativistes et antinormativistes en empêchant que les mots « réalité » et « réel » ne servent qu'à alimenter des arguments polémiques qui n'avancent en rien l'établissement de bases communes entre leurs différentes perspectives.

Tel qu'il a été mentionné plus haut, l'usage circonspect des mots « réalité » et « existence » aide à maintenir un rapport égalitaire entre le monde matériel et le monde idéal. Le matériel-réel est important. Mais l'idéal-existant l'est tout autant. L'usage que je propose permet de pleinement respecter l'importance du droit en tant qu'objet de la pensée, ainsi que tout ce qui relève du monde idéal, sans enlever quoi que ce soit à la réalité¹⁵². Ceci semble particulièrement désirable en ce qui concerne les fictions, qu'elles soient juridiques ou non. En effet, les fictions peuvent être vues comme étant « moins réelles » ou « moins vraies » que d'autres choses auxquelles elles sont défavorablement comparées. Or cela ne fait que répéter la technique rhétorique clivante dénoncée plus haut. Les œuvres de fiction peuvent jouer un rôle inestimable dans l'établissement et la transmission de mœurs et

¹⁵² De plus, cet usage nous force à garder à l'esprit une question philosophique fondamentale : quelle est la relation entre les mots et le monde ? Garder cette question à l'esprit peut aider à éviter de sérieux malentendus. De plus, en gardant cette question à l'esprit on peut mieux comprendre la théorie institutionnelle du droit. Car tel qu'il a été mentionné plus haut, la théorie institutionnelle du droit trouve ses racines dans les travaux philosophiques d'Anscombe et de Searle (Searle commence son livre *Speech Acts* avec la question : « How do words relate to the world ? » : J. SEARLE, préc., note 42, p. 1). Ces travaux sont dans le sillage de la théorie des actes de langage (« speech act theory ») élaborée par John Langshaw Austin. Voir J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, 2^e éd. par J.O. URMSON et Marina SBISA, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1975. Voir de manière générale Mitchell GREEN, « Speech Acts », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/speech-acts/>> (hiver 2017) ; Guy LONGWORTH, « John Langshaw Austin », dans E. N. ZALTA (dir.), préc., note 4, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/austin-ji/>> (printemps 2017).

valeurs communes, ainsi que dans la formation de nos identités individuelles¹⁵³. Les êtres humains en tirent des leçons depuis les temps immémoriaux. Les personnages de fiction et leurs actes *existent* pour ceux qui les connaissent. On peut énoncer des vérités ou faits en ce qui les concerne. Entre Astérix et Obélix, un est petit et maigre, l'autre est grand et gras. Roméo s'est suicidé avant Juliette. Des faits de ce genre ne manquent pas. Et pour ce qui est des fictions juridiques, celles-ci sont importantes, même indispensables au fonctionnement du droit¹⁵⁴.

À la lumière de ce qui précède, on peut dire que les antinormativistes se trompent s'ils croient étudier quelque chose de « plus vrai », « plus réel » ou « plus factuel » que les juristes normativistes qui font de la doctrine ou de la théorie du droit. Les antinormativistes peuvent certainement choisir, pour des raisons méthodologiques ou par simple curiosité, de se concentrer uniquement sur des aspects matériels-réels du droit. Mais leurs conclusions ne sont pas, de ce simple fait, supérieures aux conclusions des normativistes, car elles ne disent rien (ou presque) du monde idéal du droit. Les conclusions des antinormativistes sont simplement différentes, souvent complémentaires à celles des normativistes. De même, les juristes et théoriciens normativistes se trompent s'ils estiment que les aspects matériels-réels du droit ne sont d'aucun intérêt¹⁵⁵.

¹⁵³ Voir de manière générale, A. MACINTYRE, préc., note 53; Charles TAYLOR, *Sources of the Self: The Making of Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

¹⁵⁴ Voir Charles (Chaïm) PERELMAN, *Logique juridique: Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 62-65 et 168; C. PERELMAN, préc., note 7, p. 717-729; Geoffrey SAMUEL, « Le droit: Est-il une fiction? », (2015) 49-3 RJTUM 615, 615 (« [I]l est difficile d'échapper à la conclusion que quand on analyse les modalités de fonctionnement du droit, les fictions se trouvent partout. ») Voir aussi, de manière générale, Guillaume WICKER, « Notion et fonction des fictions », (2021) 55-3 RJTUM 633; Lon FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967, p. 93 et suiv.; Kenneth CAMPBELL, « Fuller on Legal Fictions », (1983) 2-3 *Law & Phil.* 339; Maksymilian DEL MAR et William TWINING (dir.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Dordrecht, Springer, 2015; Simon STERN, « Legal Fictions and Legal Fabrication », dans Hans J. LIND (dir.), *Fictional Discourse and the Law*, Londres, Routledge, 2020, p. 191; Marta MADERO, « Penser la tradition juridique occidentale. Une lecture de Yan Thomas », (2012) 67-1 *Annales HSS* 103; Jean-Louis BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », (1989) 33-2 *R.D. McGill* 357.

¹⁵⁵ Voir par exemple N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 74 (« Jurisprudence is, and must remain, a joint adventure of lawyers, philosophers and sociologists. »)



L'argument de cet essai se résume comme suit. Les travaux entourant l'hétérogénéité disciplinaire et méthodologique en droit s'attardent rarement à l'ontologie du droit et concentrent plutôt leurs analyses sur des questions d'ordre épistémologique (partie I). Sans vouloir nier l'importance de ces dernières, je soutiens que la poursuite d'un plus grand équilibre entre les questions ontologiques et épistémologiques pourrait être bénéfique pour la communauté juridique, notamment parce que cet équilibre aiderait des chercheurs d'horizons différents à mieux accorder leurs violons discursifs.

L'utilité de cet accordage se comprend mieux à la lumière de l'opposition entre deux grandes familles de chercheurs : les normativistes et les antinormativistes (section II.A). Les divergences d'opinion entre ces deux familles ont fortement tendance à s'articuler autour de questions d'ordre épistémologique. Or, en portant une plus grande attention aux présupposés ontologiques qui sous-tendent ces divergences, certains aspects importants de ces divergences deviennent plus faciles à saisir et négocier. Notamment, on voit plus aisément que les divergences entre normativistes et antinormativistes reposent souvent sur des visions différentes de ce qui est réel et ce qui ne l'est pas, ou ce qui existe et ce qui n'existe pas. C'est-à-dire : les normativistes et antinormativistes se divisent souvent en fonction de présupposés ontologiques qui, par la suite, engendrent des divergences quant à ce qui peut être connu et ce qui ne peut pas l'être. À tout le moins, ces présupposés ontologiques influencent fortement ce qui est perçu comme étant important et ce qui ne l'est pas quand vient le temps de comprendre les phénomènes juridiques et sociaux.

C'est ici qu'entre en ligne de compte la théorie institutionnelle du droit. Cette dernière est ici défendue à titre indicatif et non définitif. Il ne s'agit pas de mettre de l'avant *la* théorie qui réglera, une fois pour toutes, les différends entre chercheurs aux horizons divergents. Il s'agit plutôt de montrer *une* théorie particulièrement prometteuse. Car plusieurs aspects de la théorie institutionnelle de droit (et des travaux philosophiques qui la sous-tendent) aident à reconnaître que, lorsque l'on s'attarde aux phénomènes juridiques et sociaux, des enjeux d'ordre ontologique sont omniprésents. Notamment, la distinction entre faits bruts et institutionnels et le caractère inévitable de l'interprétation en matière d'institutions (sections

II.B.1 et II.B.2) suggèrent qu'il serait probablement malvenu d'essayer de stipuler une théorie maîtresse ou totale des phénomènes juridiques et sociaux.

La théorie institutionnelle du droit pourrait aider à établir un « espace partagé »¹⁵⁶ entre chercheurs d'horizons différents parce que la notion d'institution peut accommoder des chercheurs de part et d'autre de la division entre les camps normativiste et antinormativiste. Une même institution peut servir de point focal pour des chercheurs des deux camps sans qu'aucun n'ait besoin de revendiquer le dernier mot sur l'institution. La présentation de la typologie des institutions (II.B.3) et des règles communes aux trois types d'institutions (II.B.4) avec des illustrations tirées du droit québécois permet d'imaginer qu'un chercheur normativiste pourrait se concentrer sur l'aspect idéal d'une institution (et ses règles institutantes, conséquentes et terminatrices), alors qu'un chercheur antinormativiste pourrait s'intéresser aux nombreux aspects matériels (ou sociaux, ou politiques, ou économiques, etc.) des exemplaires de la même institution. Il est même possible (et souhaitable) que les propos d'un camp vis-à-vis l'institution puisse intéresser l'autre, et vice versa. Le tout pourrait se faire dans un respect mutuel, sans que l'un ne réclame priorité sur l'autre¹⁵⁷. Ceci mène au dernier élément de l'argument.

Je propose la règle d'hygiène terminologique suivante : dans la mesure où il est inévitable et même approprié de parler du droit comme étant une chose, un objet, il est préférable de dire que cet objet existe mais qu'il n'est pas réel (partie III). La même règle s'applique aux normes : elles sont des objets de la pensée particuliers en ce sens qu'elles concernent ce-qui-de-vrait-être-fait ou ce-qui-ne-devrait-pas-être-fait. Le droit, les normes et toutes les autres choses qui relèvent du monde des idées (incluant le Père

¹⁵⁶ Voir Pierre NOREAU, « La norme, le commandement et la loi : Le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire », (2000) 19-2-3 *Pol. & Soc.* 153, 167 et 177.

¹⁵⁷ Un des avantages de la théorie institutionnelle est qu'elle aide à passer d'une vision normativiste à une vision antinormativiste avec plus de fluidité; N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, préc., note 1, p. 6 et 7. Cet aspect double des institutions – un aspect étant « surtout dans le code » et l'autre « dans la vie sociale » – est aussi discuté dans Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 339.

Noël, Idéfix, et le pégase¹⁵⁸) existent, mais ne sont pas réelles car elles ne sont pas matérielles. Le mot « réel » et ses dérivés devraient être réservés aux choses et objets qui relèvent du monde matériel.

Ainsi, les normes juridiques existent. Elles peuvent être étudiées à part entière. Leur non-matérialité ou leur irréalité ne leur enlève aucun intérêt et aucune valeur en tant qu'objets d'étude. Les objets matériels, réels, sont intéressants aussi. Mais ils ne sont pas *plus* intéressants que les objets immatériels. Ils sont différents, voilà tout. La matérialité ou réalité n'est pas *en soi* gage de valeur. Car si la valeur suivait la matérialité, on serait obligé de dire que les œuvres d'art ne valent pas la peine d'être étudiées, qu'elles sont moins dignes d'étude que des mixtures chimiques, schistes, oiseaux ou chameaux, ou qu'il faut réduire les œuvres d'art à leur aspect matériel (ce qui serait particulièrement ennuyant en ce qui concerne les œuvres littéraires¹⁵⁹). D'ailleurs, concernant la valeur : même si la valeur de l'argent (entre autres) n'a rien à voir avec sa matérialité, peu de gens seraient prêts à dire que le contenu de leur compte de banque n'a aucune valeur ou intérêt.

Dire que les choses matérielles-réelles ne sont *pas plus* importantes n'équivaut pas à dire qu'elles ne sont *pas* importantes. Elles sont très importantes. Mais trop souvent, des discussions (savantes ou non) dégènerent parce qu'un interlocuteur se réclame l'autorité d'avoir le dernier mot sur ce qui est réel et matériel, et donc plus important¹⁶⁰. Il est en effet

¹⁵⁸ Voir W.V.O. QUINE, « On What There Is », dans Robert B. TALISSE et Scott F. AIKIN (dir.), *The Pragmatism Reader*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 221 ; S.D. SMITH, préc., note 2, p. 8-10, 15.

¹⁵⁹ Voir de manière générale Barbara HERRNSTEIN-SMITH, « Scientizing the Humanities : Shifts, Collisions, Negotiations », (2016) 22-3 *Common Knowledge* 353. Pour une discussion traçant des similarités et différences intéressantes entre l'art et le droit, voir A. MARMOR, préc., note 7, p. 161-164.

¹⁶⁰ Voir par exemple P. NOREAU, préc., note 156, 154 et 159 (« Chaque discipline consacre en effet la réalité d'une catégorie première dont elle affirme le caractère quasi ontologique et à laquelle elle soumet toutes les autres. » ; « Chaque discipline naissante a ainsi eu tendance à considérer une catégorie particulière comme fondatrice. ») ; Violaine LEMAY et Michelle CUMYN, « La recherche et l'enseignement en faculté de droit : Le cœur juridique et la périphérie interdisciplinaire d'une discipline éprouvée », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique. Actes des 4^e et 5^e journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 39, aux p. 44-48 (sur l'abus « scientiste » des sciences sociales vis-à-vis le droit) ; S.D. SMITH, préc., note 2, p. 1.

plutôt tentant, de nos jours, d'affirmer la supériorité du monde matériel aux dépens de celui des idées, tant notre quotidien est marqué par les succès scientifiques et technologiques qui manipulent la matière. Et il est fort tentant de dire que les corps humains ne vivent pas grâce aux idées, mais bien grâce à la nourriture, au logement et l'eau fraîche. Car les êtres humains ont des corps matériels-réels. Ces corps peuvent être emprisonnés ou brisés; ils doivent être nourris, soignés et gardés au chaud (mais pas trop!). Mais les normes (juridiques et autres) sont des « outils mentaux »¹⁶¹ que les êtres humains utilisent pour répondre à leurs besoins matériels-réels en coordonnant leurs actions, en s'orientant collectivement vers ce-qui-devrait-être-fait (ou ce-qui-ne-devrait-pas-être-fait). Or ce-qui-devrait-être-fait n'est pas réel, mais existant pour ceux qui se donnent la peine de l'imaginer. L'humain qui fait ce-qui-devrait-être-fait peut engendrer des conséquences matérielles dans son environnement. Mais il ne faut pas confondre l'action et le mouvement de la matière. Le droit et les normes visent la première et non le deuxième¹⁶². On peut espérer que les cher-

¹⁶¹ P. AMSELEK, préc., note 137, 3 et 4; P. AMSELEK, préc., note 15, 6 et 13; R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 638 (« Les règles juridiques sont des outils mentaux [...] autoritairement mis en service, en vigueur, par les pouvoirs publics institués à la tête des populations humaines pour les gouverner : il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances [...]. Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture, de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête. »); Paul AMSELEK, « Mes cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », (2014) 48-3 *R.J.T.* 851; Paul AMSELEK, « Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux », (1993) 79-3 *ARSP* 311.

¹⁶² Gordana VUKADINOVIC, « L'ontologie du droit et l'herméneutique de l'expérience juridique de Paul Amselek », dans G. COHEN-JONATHAN, Y. GAUDEMET et R. HERTZOG (dir.), préc., note 133, p. 801, aux p. 802-803, 806 (Les règles de conduite ou normes « constituent des outils-étalons pour la direction de la volonté humaine [...]. Les règles de conduite, règles pratiques, se différencient par-là radicalement des lois scientifiques ou règles théoriques [...]. Les secondes sont en effet des outils-étalons de guidage pour l'intelligence humaine à laquelle elles indiquent le degré de possibilité de survénance des choses dans le cours du réel en fonction des configurations circonstancielles. Elles permettent [...] tout à la fois de reconstituer le fil des événements passés, de prévoir, et, éventuellement, de contrôler, de « domestiquer » l'à-venir [...] tandis que les règles de conduite, outils d'encadrement pratiques, relèvent de l'ordre des affaires (à-faire) humaines. » Or, on peut observer dans plusieurs discours des « tendances persistantes à l'assimilation de ces deux types d'outils », ce qui est source de nombreux « faux-semblants et faux problèmes ».).

cheurs d'horizons différents seront capables d'éviter des écueils importants sur le chemin de la compréhension mutuelle en gardant ces distinctions à l'esprit¹⁶³.

¹⁶³ Voir I. HACKING, préc., note 146 (*Social Construction*), p. 61 (quoique les questions métaphysiques puissent sembler trop intellectuelles, ne pas leur prêter suffisamment d'attention peut mener à des débats stériles et peu constructifs).