Le droit à tout faire :
exploration des fonctions contemporaines du droit

All Purpose Law:
Exploring Contemporary Functions of Law

sous la direction de

Pierre Noreau
Professeur titulaire, Faculté de droit,
Université de Montréal
Chercheur au Centre de recherche
en droit public

Université de Montréal
Faculté de droit

CENTRE DE
RECHERCHE EN
DROIT PUBLIC

Les Éditions Thémis

6

ET LE DROIT, À QUOI SERT-IL ? ÉTUDE DES USAGES ÉTATIQUES ET DES FONCTIONS DU DROIT CONTEMPORAIN*

*Pierre NOREAU***

1. De la notion de fonction sociale : inversion de la perspective classique 208
1.1 La fonctionnalité, perspective légitimante de l'action sociale 208
1.2 La fonctionnalité, perspective totalisante des rapports sociaux 209
1.3 La fonctionnalité du droit, un retournement de perspective..... 211
2. Quelques typologie(s) de la fonctionnalité juridique..... 214
3. Les fonctions étatiques du droit : une approche inductive..... 221
3.1 L'opérationnalisation de la décision politique 222
3.2 La structuration du pouvoir et de l'autorité..... 225

---

* Ce texte doit beaucoup au travail minutieux d'Amélie Saint-Denis, stagiaire de premier cycle au Centre de recherche en droit public, qui a contribué à réunir une partie de la documentation nécessaire à sa production et a servi à la fois de miroir et d'oreille tout au cours du long monologue qui a conduit à sa préparation. Je veux ici la remercier très sincèrement. Ces travaux sont conduits dans la foulée de l'équipe « Théorie et émergence du droit », soutenu par le Fonds québécois de recherche sur la société et la culture et du projet « Nouvelles formes de la gouvernance et de la régulation juridique » soutenu par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

** Centre de recherche en droit public.

3.3 La légitimation de l'action publique ou de l'État 227
3.4 La reconstruction iconographique de la société politique..... 231
4. Les fonctions étatiques du droit, recomposition et généralisation : une relecture déductive 236
4.1 Sur les dimensions instrumentale et symbolique du droit..... 240
4.2 Sur les dimensions active et intégratrice du droit 243
4.3 Sur le mouvement fonctionnel du droit 244
5. Les fonctions étatiques et sociales du droit : synthèse temporaire 245

– Un mouton, s'il mange les arbustes, il mange aussi les fleurs ?
– Un mouton mange tout ce qu'il rencontre.
– Même les fleurs qui ont des épines ?
– Oui. Même les fleurs qui ont des épines.
– Alors les épines, à quoi servent-elles ?
Je ne le savais pas. J'étais alors très occupé à essayer de dévisser un boulon trop serré de mon moteur. J'étais très soucieux car ma panne commençait de m'apparaître comme très grave, et l'eau à boire qui s'épuisait me faisait craindre le pire.
Saint-Exupéry, Le petit prince, Une certaine ville, Un certain éditeur, Une certaine année, Une certaine page.

Le droit, à quoi ça sert ? Quelle question... Ce sont les boulons trop serrés que nous dévissons tous les jours qui nous protègent de son immensité... dans l'immédiateté du travail juridique, la panne est toujours grave. Elle gomme toute autre considération.

Le droit, à quoi ça sert ? De substitut à la morale, de procédure de règlement des conflits, de procédé de contrôle social ? C'est chaque fois l'image différente et implicite d'une nécessité. Abordé dans la perspective de la philosophie libérale moderne, le droit est toujours de près ou de loin considéré comme un vecteur de mise à égalité des statuts (Locke, Rousseau), d'uniformisation des conditions sociales (Tocqueville) ou d'égalisation de la participation politique (Habermas, Rawls). La sociologie contemporaine fait du droit un mécanisme de régulation ou de contrôle social; la science politique, un outil de l'action publique. Mais c'est chaque fois réduire le droit à une fonction théorique unique et totalisante. L'observation quotidienne témoigne pourtant de la diversité des usages sociaux du droit, de la diversité de ses fonctions politiques.

On s'intéresse plus particulièrement ici, mais pas uniquement, à l'usage étatique du droit. On verra que la forme juridique y remplit des fonctions très différentes selon qu'elle favorise la mise en œuvre de l'action publique, la structuration d'un pouvoir, la légitimation de l'État ou la mise en forme idéalisée de la société politique. Chaque fois, le droit est mobilisé de façon différente. Cette diversité de

fonctions met en scène les multiples niveaux de la gouvernance contemporaine. Elle rétablit le droit dans sa diversité et fait apparaître, derrière l'image mythique et abstraite du *Législateur*, celle d'un Léviathan plurifonctionnel qui perd parfois le fil de l'histoire qu'il fait et, dans le droit, l'expression différée du mouvement social.

1. DE LA NOTION DE FONCTION SOCIALE : INVERSION DE LA PERSPECTIVE CLASSIQUE

1.1 La fonctionnalité, perspective légitimante de l'action sociale

La notion de fonction traverse de part en part tout le champ de la sociologie contemporaine. C'est l'héritage rarement reconnu du structuro-fonctionnalisme et de l'analyse systémique, qui a longtemps dominé le champ des sciences sociales. L'idée même de « fonction sociale » accompagne toujours de près ou de loin l'image d'un découpage précis et stable de l'action de la société sur elle-même, d'une certaine spécialisation des structures et des champs sociaux institutionnalisés. Bien que la notion ait été systématiquement remise en cause par le marxisme[1] ou par la théorie critique[2] qui y voient la transposition théorique d'un certain conservatisme[3], elle n'en a pas moins pénétré tous les champs de l'action sociale. De près ou de loin, toutes les institutions sont tenues de lier leurs activités à l'atteinte d'une finalité spécifique : assurer la santé publique, l'éducation des

1. Denis MONIÈRE, *Critique épistémologique de l'analyse systémique de David Easton : essai sur le rapport entre théorie et idéologie*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976.
2. Alain TOURAINE, *La voix et le regard*, coll. « Sociologie permanente », Paris, Seuil, 1978.
3. Voir à ce propos ce qu'en dit Guy Rocher, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1972.

enfants, le développement de la culture, le salut des âmes, la protection de la veuve et de l'orphelin. La nécessité fait toujours loi dans un monde où « la fonction crée l'organe ».

On n'insiste pas suffisamment sur le fait que, dans ce lent passage d'une légitimité presque *ontologique* (fondée sur la valeur intrinsèque de ce qui dure) à une légitimité de type *fonctionnelle*, les institutions se trouvent tout à coup tenues de se justifier de leur apport au monde, c'est-à-dire de leur utilité sociale. C'est une expression comme une autre de ce que Weber appelait « le désenchantement du monde »[4].

1.2 La fonctionnalité, perspective totalisante des rapports sociaux

Sur le plan théorique et scientifique, l'idée de « fonction sociale » a longtemps servi de ciment interdisciplinaire, du moins tout au cours du deuxième tiers du XX[e] siècle. En effet, dans une conception organique de la société (définie ici comme un organe vivant surplombant les individualités), la stabilité sociale ne peut être garantie que dans la mesure où le système social est en mesure de répondre à certaines fonctions « vitales ». Ces fonctions sont évidemment les mêmes quelle que soit la société de référence[5], et doivent répondre de près ou de loin aux mêmes exigences d'adaptation, d'orientation, d'intégration et de stabilité[6]. La question de savoir si au sein de chaque système social (au sein de chaque société globale), une structure spécifique doit être le siège de chaque fonction particulière, allait

4. Sur cette proposition de Max Weber on lira Marcel GAUCHET, *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.
5. Bronislaw MALINOWSKI, *Les dynamiques de l'évolution culturelle : recherche sur les relations raciales en Afrique*, Paris, Payot, 1970.
6. C'est la proposition de Talcott PARSONS, *Le système des sociétés modernes*, Paris, Dunod, 1973.

ouvrir la porte à une multitude de solutions différentes[7]. Car enfin, les sociétés ne se distinguaient-elles pas les unes des autres de ce simple fait que des fonctions comparables se trouvent assumées par des structures différentes[8].

La remise en cause plus ou moins définitive du paradigme systémo-fonctionnaliste (et de l'idée même de fonction sociale) ne surviendra qu'à la suite de multiples tentatives de sauvetages théoriques, à la faveur desquelles on espérait maintenir l'essentiel : l'idée d'une société autorégulée, confrontée à la spécialisation graduelle de ses activités[9]. Les remarquables travaux de Niklas

7. Alfred R. RADCLIFFE-BROWN, *Structure et fonction dans la société primitive*, Paris, Éditions de Minuit, 1972.
8. C'était le pari du structuralisme tenu par Claude LÉVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1958. La distinction possible entre structure et fonction allait, sur un autre front théorique, favoriser une certaine fuite en avant dans l'abstraction. On parlera de plus en plus de « système » et de « sous-système » (siège d'un ensemble d'activités orientées vers une certaine finalité) et de moins en moins de « structure ». La question se posera alors de savoir si certaines fonctions plus manifestes n'en viennent pas à en cacher d'autres (plus latentes), si certaines dysfonctions ne constituaient pas, en fait, le siège d'une nouvelle fonctionnalité et la condition d'un ajustement continu du système social global. Dans la foulée d'une plus grande abstraction théorique, la question des relations entre les sous-systèmes sociaux se posera rapidement. Chaque sous-système social assumant une fonction particulière, comment parvenaient-ils à entrer en rapport les uns avec les autres, et si chacun tend à s'enfermer dans sa propre grammaire, comment la communication et l'ajustement du système social dans son ensemble sont-ils possibles ? Dans un système social déjà constitué, comment le changement social peut-il être envisagé, quelle place y tient le conflit ? Comment les innovations s'y imposent-elles ?
9. Sur la difficulté de passage d'un paradigme de référence à l'autre, on relira l'essai éclairant de Thomas KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972. Il s'agissait cependant d'une visée dont on avait de plus en plus de difficulté à nier les postulats naturalistes et évolutionnistes. Elle tendait à favoriser implicitement l'idée d'une société stable, engagée dans un processus unilatéral de complexification et de spécialisation continue. Or cette conception du changement tranchait avec les mutations rapides et hachurées dont les

Luhmann et de Galtung Teubner ont bien sûr démontré l'intérêt que présente encore aujourd'hui les notions de fonction, de système et de sous-système. Le droit occidental lui-même n'offre-t-il pas, dans son enfermement formel et institutionnel, l'exemple même de ce que recouvre l'idée de sous-systèmes sociaux totalement autopoïétiques[10] ? Aussi, une partie de l'héritage fonctionnaliste trouve-t-elle encore droit de cité dans le champ de la théorie du droit. Mais la foi n'y était plus. Si les notions de fonction et de fonctionnalité doivent être maintenues dans le lexique des sciences sociales, c'est au profit d'un retournement de perspective fondé sur la réintroduction du sujet.

1.3 La fonctionnalité du droit, un retournement de perspective

Une démarche plus orientée vers l'étude des acteurs et des interactions sociales allait conduire à ce changement de posture : la société y apparaît moins fondée sur la stabilité des structures relationnelles établies – ou sur un équilibre cybernétique totalisant – que sur la recomposition constante de l'action sociale, c'est-à-dire sur la redéfinition continue du sens et des formes de la relation sociale. C'est la « société des individus »[11]. Chaque collectivité y est encore définie comme le lieu de sa propre mutation, mais on s'intéresse davantage à l'action des acteurs sociaux qu'à la société elle-même. Les individus y sont définis comme les producteurs (plutôt que comme les

transformations sociales et technologiques offraient le spectacle quotidien, à compter du milieu des années 1950. G. ROCHER, *op. cit.*, note 3.

10. Voir à ce propos Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993. Lire également Niklas LUHMANN, *A sociological theory of law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985. André-Jean ARNAUD et Pierre GUIBENTIF (dir.) *Niklas Luhmann, observateur du droit*, coll. « Droit et Société », Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1993.
11. On réfère ici à l'ouvrage de Norbert ELIAS, *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991. Lire également Estelle FERRARESE, *Niklas Luhmann, une introduction*, coll. « Agora », Paris, Édition Pocket, 2007.

produits) de leur propre société. C'est là la grande ambition du constructivisme dont nous reparlons plus loin[12]. Une telle perspective n'implique pas qu'on cesse de s'intéresser aux conditions de la stabilité sociale, car enfin, la mise à mal du fonctionnalisme ne met pas fin à un constat lancinant : quelle que soit notre façon d'aborder ce que nous continuions de nommer la société : « elle tourne ». L'inversion de la perspective classique ne nie pas l'existence effective de facteurs structurants. C'est cependant la production continue de ces standards et leur réappropriation sociale qui intéressent surtout la sociologie contemporaine.

Cette idée rompt évidemment avec celle, plus rassurante, d'une objectivité sociale imposée d'en haut par l'activité d'institutions sanctionnant les écarts et les déviances. Ce qui distingue la perspective contemporaine sur l'activité sociale, c'est plutôt l'importance qu'on accorde à l'activité productrice des individus (des « acteurs ») dans l'objectivation de leurs relations mutuelles. C'est dans la continuité de cette interaction que s'établissent et se modifient les finalités de la vie personnelle et sociale et, partant, les critères empiriques de la stabilité sociale. C'est aussi dans la foulée de cette interaction que se définit l'idée ou l'intuition que nous avons des fonctions indispensables à la poursuite de nos rapports sociaux et de la légitimité.

Une telle perspective emporte trois conséquences : 1) elle nous éloigne d'une conception préétablie de ce qui fonde ou non une fonction sociale essentielle, 2) elle fait reposer la définition de cette

12. Sur la perspective constructiviste en théorie du droit on lira Paul WATZASLAVICK (dir.), *L'invention de la réalité ou comment savons-nous ce que nous croyons savoir* ?, Paris, Seuil, 1981, p. 9-11 et Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul Amseleck, *Théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 281-291; Vittorio VILLA, *La science du droit*, Paris, L.G.D.J., 1990. Lire finalement Valentin PETEV, « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », 1999, 43 *Arch. philo. dr.* 27, 27-34.

fonctionnalité sur une conception interactionniste (et plus microscopique) des rapports sociaux et 3) elle reconnaît le mouvement et les mutations continues que peuvent connaître ces fonctionnalités. Elle ne nie pas le fait d'une certaine objectivation des rapports sociaux – ou des finalités valorisées de la vie personnelle ou collective – à chaque moment particulier du temps social, mais place (et cherche) dans les usages sociaux, la définition (souvent implicite) de cette fonctionnalité en mouvement. C'est la perspective que nous avons voulu privilégier ici.

Ce détour nous renvoie à notre problème premier. Le droit, à quoi ça sert ? La question peut, dans la perspective que nous avons proposée, connaître de multiples définitions selon qu'on s'intéresse à l'activité des sujets « de droit »[13], à celle des acteurs établis de la scène judiciaire[14], à celle des acteurs impliqués dans la définition de la normativité législative[15] ou, plus abstraitement, à celle de l'État en tant que détenteur du monopole de la contrainte physique légitime. Ce

13. On pense aux études d'effectivité du droit. Voir notamment : Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.
Dans une perspective de mobilisation politique du droit on lira : Pierre NOREAU, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », dans Michel COUTU, Pierre BOSSET, Caroline GENDREAU et Daniel VILLENEUVE (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 323-359.
14. On pense aux juges par exemple. Lire Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
15. Léon DION, *Le bill 60 et la société québécoise*, Montréal, Éditions H.M.H., 1967; Guy ROCHER, en collaboration avec D. DUCHARME, A. MARCOUX et A. LAJOIE, « Les médias écrits et le processus d'émergence de la Loi 120 », (1998) 28 *R.D.U.S.* 127, 127-150; et Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit Québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2007.

dernier cas met cependant en évidence la fonction stratégique du recours au droit dans un espace où interagissent les sphères de l'activité politique et de l'activité juridique. C'est précisément l'objet qui nous intéresse.

2. QUELQUES TYPOLOGIE(S) DE LA FONCTIONNALITÉ JURIDIQUE

Un inventaire des diverses typologies de la fonctionnalité juridique s'impose d'abord. Il s'agit d'un champ déjà labouré. Ce qui surprend d'abord, à la lecture des typologies établies, c'est leur absence de systématicité. L'inventaire est souvent intuitif. Une confusion y subsiste parfois entre ce qu'est le droit et ce qu'il doit être, comme c'est souvent le cas dans le domaine de la théorie du droit. Il faut finalement admettre que la vaste majorité des textes qui abordent le thème des fonctions sociales du droit ont été écrits voilà plus d'une quarantaine d'années, les plus récents retraçant surtout l'évolution de la notion ou la contribution d'un auteur canonique. Pour l'essentiel, ces typologies ont été établies dans une perspective socio-déterministe.

Au travers d'une multitude de propositions, l'œuvre de Parsons et celle de Llewellyn se distinguent. La première par son caractère englobant, la seconde parce qu'elle aborde des dimensions laissées de côté par Parsons.

La grande ambition de Parsons réside dans la reconstruction théorique du système social et sa cartographie sous forme de sous-systèmes, chargés de fonctions spécifiques, toutes nécessaires à l'équilibre social. Il y distingue les fonctions d'*adaptation* (on pense à l'activité économique), d'orientation *vers des buts communs* (l'activité politique), *d'intégration* (reliée au sous-système de la communauté sociétale) et de *stabilité* de rapports sociaux (la culture). Le droit

contribue à cet équilibre en tant que mécanisme d'*intégration sociale* et participe, dans ce sens, à l'ordre normatif sociétal dans son ensemble[16]. En tant que mécanisme de contrôle social, son activité favorise soit l'établissement de relations harmonieuses entre l'individu, le groupe et la collectivité, soit à faciliter la gestion des conflits qui y apparaissent[17]. Le droit permet de mettre un peu « d'huile dans la machine sociale ». S'ensuit toute une série de caractéristiques secondaires susceptibles d'établir analytiquement la distinction entre la forme juridique et d'autres formes normatives : l'existence d'instances d'interprétation et d'appareils capables d'imposer la sanction de règles dont la légitimité est socialement établie[18].

Sur une toute autre échelle, le droit, en tant que mécanisme d'intégration sociale, a partie liée à la socialisation des individus, c'est-à-dire, dans la perspective parsonienne, qu'il favorise l'intériorisation des valeurs, des normes et des institutions de la société, ce qui suppose toujours une certaine préséance de la société sur ses membres[19]. Comme vecteur des valeurs fondamentales de la culture, le droit comporte ainsi une dimension morale dont l'intériorisation constitue une solution aux tendances à la segmentation et à l'individualisme observées au sein de la société contemporaine. Il s'agit cependant d'une dimension très tardivement abordée dans l'œuvre de Parsons. Elle reconnaît au droit une fonction que Parsons lui-même associait généralement à la religion. Cette réintroduction du droit comme vecteur normatif, sinon comme réservoir de références morales, rend pourtant mieux compte que la normativité religieuse des caractéristiques d'une société sécularisée. Cette perspective, qui ouvre

16. Guy ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », (1989) XXI n° 1 *Sociologie et sociétés*, 148.
17. *Id.*, p. 152.
18. *Id.*, p. 147.
19. *Id.*, p. 148.

la porte sur les fonctions symboliques du droit, n'a cependant pas été systématiquement explorée par Parsons et reste un point aveugle de sa sociologie générale.

Cela étant, on a surtout reproché à Parsons d'avoir peu tenu compte des relations entre le droit et la *polity* (c'est-à-dire, la communauté politique)[20]. Il s'ensuit que le fonctionnalisme aura plutôt abordé le droit comme un mécanisme de régulation sociale que comme un mécanisme de définition et de réalisation de buts collectifs. Au sein des sociétés modernes, une telle perspective aurait favorisé la mise en rapport de la forme juridique (et de la rationalité formelle du droit) avec l'activité de l'État, comme le suggère Max Weber[21]. Parsons, pourrions-nous dire, a au contraire confiné sa compréhension du droit à ses dimensions « mécaniques ». On trouve dans l'œuvre de Llewellyn une proposition plus complète et plus convaincante qui tient compte, justement, des dimensions à la fois sociologique et politique du droit et offre, de ce fait, une typologie plus étendue des fonctions du droit (*Law-jobs*)[22].

Aux fonctions rattachées 1) à la réglementation des conduites et 2) à la résolution des conflits (qui renvoient toutes deux à des impératifs sociaux d'ordre très général), Llewellyn ajoute deux autres fonctions, directement reliées, elles, à l'usage étatique du droit dans les sociétés modernes : 3) la fonction de légitimation et d'organisation du pouvoir

20. *Id.*, p. 156. D'autres auteurs comme Bredemeier auront plus systématiquement tenté de définir les rapports entre droit et politique, mais d'une façon à la fois plus abstraite et simplifiée. Lire Harry C. BREDEMEIER, « Law as an Integrative Mecanism », dans William M. EVAN (dir.), *Law and Sociology, exploratory Essays*, New York, The Free Press of Glencoe, 1962, p. 73.
21. C'est une perspective d'ailleurs empruntée par la sociologie du droit d'inspiration wébérienne. Lire Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986.
22. Karl N. LLEWELLYN, « The Normative, the Legal and the Law-job : The Problem of Juristic Method », (1940) 49 *Y.L.J.* 1355.

et, 4) la fonction d'orientation globale de la société vers des buts utilitaires. La typologie proposée par Llewellyn répond ainsi aux critiques adressées à la sociologie fonctionnaliste, oublieuse de la portée politique de l'activité juridique. D'un côté, la typologie de Llewellyn reconnaît le droit comme mécanisme d'ajustement mutuel des comportements, de l'autre, comme vecteur de l'action politique[23].

Pour Llewellyn, la fonction juridique associée à la *résolution des conflits* (à la pacification des différends) concerne tout autant les différends individuels (essentiellement les rapports régis par le droit privé) que les conflits d'ordre collectif (qu'on parle de résolution de tensions collectives ou de guerre civile). De même, la fonction de *réglementation des conduites* ne renvoie pas uniquement aux pratiques sociales quotidiennes, mais également aux conduites futures. Le droit est ici non seulement défini comme garde-fou, mais comme système de rationalisation et de prévision des rapports et des comportements; comme relais des normes, des demandes et des attentes que partage un groupe social donné. La fonction de *légitimation et d'organisation sociale* vise pour sa part des dimensions plus politiques. On se rapporte moins alors à la réglementation des pratiques sociales individuelles qu'à l'allocation du pouvoir de « dire » ou d'appliquer le droit (on pense aux lois organiques, au droit public, au pouvoir délégué). On réfère ici à la légitimité reconnue à certaines instances ou à certaines personnes de prendre des décisions ou d'établir et administrer les procédures qui garantissent que ces décisions soient revêtues d'une véritable légitimité au sein de la collectivité de référence. Une distinction peut s'établir alors entre le décideur et la personnalité particulière de celui-ci. On objective ainsi l'exercice du pouvoir politique. Finalement, pour Llewellyn, la fonction du droit en tant que mécanisme susceptible de faciliter l'atteinte de buts utiles (qu'il appelle également *Net Drive*) renvoie directement aux formes courantes de l'action publique en tant qu'elle permet l'atteinte de buts

23. *Id.*

collectivement valorisés. Elle tend, à toutes fins utiles, à donner effet aux trois autres fonctions. C'est le droit en tant qu'il est mis en action par l'État et la législation. Llewellyn insiste cependant sur la nécessité d'aborder cette fonction en dehors de sa seule signification pratique. L'établissement de finalités valorisées n'est possible que dans une perspective également idéalisée de la vie sociale. Aussi comporte-t-elle une dimension affective, émotionnelle et symbolique importante. Il ne s'agit cependant pas là d'une avenue systématiquement arpentée par Llewellyn[24].

La typologie proposée par Llewellyn est la plus complète à laquelle renvoie actuellement la littérature. Elle explore les dimensions sociologiques du droit (l'intégration, l'ajustement mutuel des comportements et des attentes) et ses dimensions politiques aussi (les conditions de l'exercice du pouvoir et la définition d'objectifs partagés collectivement). La perspective développée par Llewellyn a par ailleurs inspiré d'autres auteurs, comme Vincenzo Ferrari[25]. Elle traduit cependant une tension irrésolue entre les dimensions *instrumentale* et *symbolique* du droit, tension qui relie les conditions de l'action collective et la signification de la vie sociale.

Il résulte de ce qui précède que très peu d'auteurs abordent le droit dans ses fonctions symboliques, c'est-à-dire en tant qu'expression d'un imaginaire partagé. Il ne s'ensuit pas que cette dimension soit totalement évacuée. Dès les années 1940, les tenants de l'interactionnisme symbolique insistent à leur façon sur la construction

24. *Id.*

25. Lire Vincenzo FERRARI, *Funzioni del diritto*, Bari, Laterza, 1987. Ferrari établit à trois les fonctions du droit : le respect d'une certaine orientation sociale, le règlement des conflits et la légitimité du pouvoir. Pour une recension lire : André-Jean ARNAUD, « Vincenzo Ferrari, *Funzioni del diritto* », (1987) 7 *Droit et société* p. 465. Lire aussi A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 161-163 [sous « Fonction (fonctions) du droit »].

continue du sens de la vie collective, sens qui naît dans la foulée des échanges quotidiens. Mais cette perspective, inspirée par Herbert Blumer (et apparentée à la phénoménologie de Husserl et au constructivisme de Schütz), ne s'est pas significativement imposée jusqu'ici dans le domaine de la sociologie du droit[26].

À tout prendre, ce sont les théoriciens marxistes qui ont le plus directement mis en évidence les fonctions symboliques du droit. Ils auront surtout insisté sur l'usage qui pouvait en être fait en tant que mécanisme de légitimation de la domination capitaliste[27]. Support d'une conception unifiée de la société libérale, le droit recouvre en effet symboliquement les contradictions internes de toute collectivité[28]. Cette définition simplifiée des fonctions du droit, si elle est venue alimenter en sous-mains les *Critical Legal Studies*[29], *les Critical Race Theorie*[30] et une partie de la perspective *féministe en droit*[31], n'a cependant pas donné lieu à un usage théorique extensif, encore qu'elle ait pu inspirer une certaine critique politique du droit. On lui doit du moins d'avoir reconnu l'État moderne dans sa fonction de producteur du droit et, ce faisant, la perspective marxiste propose un dépassement de l'image sublimée et abstraite du « Législateur ».

26. Herbert BLUMER, *Symbolic interactionism : perspective and method*, Berkeley, University of California Press, 1986. Dans une perspective équivalente appliquée au droit, on peut lire l'ouvrage déjà ancien de Julius STONE, *Social Dimension of Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1966, p. 560.

27. Voir pour un exposé très succinct : Roger COTTERRELL, *The Sociology of Law*, London, Butterworth, 1993, p. 109-110.

28. Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1982.

29. Lire André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 133-138 [sous « Critical Legal Studies »].

30. Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS, « Le *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », (2001) 48 *Droit et société*, 581.

31. Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS, *Le sexe et le droit : sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

À sa façon, Max Weber s'y est également intéressé en rendant compte de l'évolution parallèle du droit, de l'État et de la société capitaliste[32]. Sans nier l'existence des diverses formes de la domination sociale, Weber reconnaît cependant l'autonomie relative de l'État et ne réduit pas l'expression des inégalités sociales à un seul clivage qui opposerait irrémédiablement dominants et dominés à tous les niveaux de l'action sociale[33]. Comme chez Marx, la fonction du droit se trouve liée à la reconnaissance et à la légitimation de certaines formes d'action ou de domination sociale : c'est la légitimité de type légal-rationnel[34]. La légalité y devient un procédé de validation sociale, en même temps qu'un mécanisme de stabilisation et de prévision des échanges sociaux et économiques. Mais l'autonomie de l'État y est reconnue, et l'État lui-même y tient une place spécifique en tant qu'entité sociale particulière[35]. C'est sur cette perspective qu'on peut encore aujourd'hui fonder une exploration des usages légitimants du droit par l'État, comme on le verra plus loin. Comme chez Marx, le droit est reconnu ici dans sa fonction symbolique, mais les autres

32. Sur la mise en parallèle des œuvres de Marx et Weber en regard des fonctions du droit dans la société capitaliste, on lira avec grand intérêt : Dragan MILOVANOVIC, « Weberian and Marxist Analysis : Development and Function of Law in a Capitalist Mode Production », *in Dissertation Abstract International, A : The humanities and Social Sciences*, vol. 48, n° 1, 1987, p. 121 ss. Également édité dans Dragan Milovanovic, *Weberian and Marxist Analysis : Development and Function of Law in a Capitalist Mode Production*, Avebury, Gower, 1989. 223 pages.

33. Voir au contraire ce que Weber dit des classes sociales, dans la diversité de leur découpage et de leurs relations : Max WEBER, *Les catégories de la sociologie*, vol. 1 « Économie et société », coll. « Agora », Paris, Plon, 1971, p. 381-400.

34. Lire à ce propos Guy ROCHER, « Droit pouvoir et domination », dans Guy ROCHER (dir.) *Études de sociologie du droit et l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 235-258.

35. Sur la distinction entre les perspectives de Kelsen et Weber à ce propos on lira : Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 1995, p. 188-193.

aspects reliés à la fonctionnalité politique du droit sont moins explorés par Weber.

Il manque encore à la sociologie du droit une mise en relation systématique et analytique des différentes perspectives que nous avons explorées ici et qui nous apprennent toutes quelque chose sur les usages sociaux du droit, sur ses fonctions politiques et étatiques. C'est ce à quoi nous nous arrêtons maintenant.

3. LES FONCTIONS ÉTATIQUES DU DROIT : UNE APPROCHE INDUCTIVE

Un renouvellement de la question des fonctions contemporaines du droit m'apparaît cependant pouvoir bénéficier d'une perspective plus inductive. Celle-ci permet d'éviter la confusion entre les fonctions empiriques du droit et les attentes idéalisées et abstraites alimentées par la philosophie politique. Cette perspective suppose également qu'on rompe avec une conception trop générale du droit qui ferait perdre de vue l'action même des organisations, des entités, des institutions qui définissent ou mobilisent le droit, piège dans lequel se sont souvent laissés prendre les théoriciens inspirés par une perspective essentiellement socio-déterministe.

Plus précisément encore, on s'intéresse directement ici aux usages étatiques du droit. Il faut cependant reconnaître que cette perspective reprend à son compte l'idée d'un certain dualisme entre le droit et l'État, c'est-à-dire l'idée d'une distinction empirique plutôt que d'une fusion des essences entre le droit et l'État. Partant, et plus encore, les fonctions du droit n'y sont pas définies de façon abstraite, mais en tenant compte de l'usage empirique qu'en fait l'État, ce qui suppose aussi qu'on rompe avec l'idée d'une identité de nature entre État et droit, identité établie par Kelsen pour qui l'idée même d'État de droit

était une tautologie, tant il lui apparaissait impossible de dissocier les deux[36]. Weber reconnaît au contraire l'État dans son autonomie en tant qu'acteur politique, et son recours « stratégique » au droit en tant que procédé de rationalisation de l'action[37]. Les fonctions du droit y sont définies en fonction de l'usage qui en est fait.

Notre investigation s'inscrit dans la même perspective. Sa grande difficulté tient dans ce que, définissant la loi, les détenteurs de l'autorité politique font généralement plusieurs choses à la fois. Si bien qu'il est parfois difficile de départager les intentions et les effets recherchés par les producteurs de la loi[38]. Un survol rapide de la législation laisse cependant apparaître quelques constantes. Le droit y semble occuper au moins quatre fonctions : une fonction d'opérationnalisation de la décision politique, une fonction de structuration du pouvoir et de l'autorité, une fonction de légitimation de l'action publique ou de l'État, une fonction iconographique, finalement, qui vise à re-situer la société politique dans sa propre signification. Abordons-les tour à tour.

3.1 L'opérationnalisation de la décision politique

C'est la fonction par laquelle l'idée contemporaine de l'État se trouve le plus mêlée au droit. C'est l'État agissant par ses lois. L'opérationnalisation des lois vise essentiellement à mettre en forme l'action publique dans le cadre de normes susceptibles d'orienter, de déterminer ou de baliser l'activité de l'administration publique ainsi

36. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
37. M. COUTU, *op. cit.*, note 35, p. 190.
38. C'est cette imprécision qui explique que la sociologie se soit plus souvent intéressée aux effets qu'à la mesure de son efficacité et que la recherche des « intentions du législateur » fasse l'objet de tant de proposition contraire, au sein même de la jurisprudence.

que l'activité sociale en vue d'atteindre certaines visées définies par l'État. C'est cette orientation qui l'emporte au moment d'adopter une législation visant l'accessibilité des services de santé, l'encadrement de la circulation routière, le transport des produits dangereux, la vaccination des enfants d'âge préscolaire, l'établissement d'un régime d'assurance-emploi, etc. C'est la fonction la plus proche du *Net Drive* tel qu'il est défini par Llewellyn. On y inclut très spontanément les initiatives de « l'État social », sinon de « l'État providence »[39], mais il ne s'agit pas d'une fonction née pour autant des suites du *Welfare State*. Elle répond aux orientations d'une multitude de législations anciennes, du moment que l'action de l'État suppose l'encadrement d'un secteur particulier de l'activité sociale. Un exemple vaut mille mots. On pense à la *Loi sur la sécurité des barrages* (L.R.Q., chapitre S-3.1.01), à la *Loi sur les terres du domaine de l'État* (L.R.Q., chapitre T-8.1) à la *Loi sur certaines installations d'utilité publique* (L.R.Q., chapitre I-13) ou la *Loi sur l'habitation familiale* (L.R.Q., chapitre H-1), mais également à des lois dont la portée est beaucoup plus pointue comme c'est la cas de la *Loi sur les appareils sous pression* (L.R.Q., chapitre A-20.01), la *Loi sur les mesureurs de bois* (L.R.Q., chapitre M-12.1)), la *Loi sur la prévention des maladies de la pomme de terre* (L.R.Q., chapitre P-23.1), la *Loi sur la propriété des bicyclettes* (L.R.Q., chapitre P-31), la *Loi sur la publicité le long des routes* (L.R.Q., chapitre P-44), la *Loi sur la sécurité des piscines résidentielles* (2007, chapitre 11). L'énumération suffit en elle-même à rendre compte de leur lien avec la mise en œuvre de certaines politiques publiques.

39. Les auteurs du rapport de la Commission Castonguay-Nepveu sur l'universalité des services de santé font déjà, au milieu des années 60 des distinctions entre les fonctions supplétive, régulatrice et dynamique de l'État. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *L'assurance-maladie. Rapport de la Commission d'Enquête sur la Santé et le Bien-Être social*, Québec, Imprimeur de la Reine, 1967, p. 26-27.

La fonction opérationnelle de la loi (comme de la réglementation) ne s'exprime cependant jamais aussi clairement que dans ses énoncés mêmes. Ainsi, la disposition qui prévoit que « [l]e mariage doit être célébré publiquement devant un célébrant et en présence de deux témoins » (365 C.c.Q) ou, plus prosaïquement, cette autre qui impose que « [l]a distance en deçà de laquelle un terrain ne peut être utilisé comme cimetière d'automobiles le long d'une autoroute ou d'une voie de raccordement est de 300 mètres de la ligne d'emprise de cette autoroute ou de cette voie de raccordement » visent essentiellement à s'assurer que certaines finalités soient rencontrées : ici la validité du mariage, et là, la protection du paysage routier[40].

La poursuite de fins déterminées et visant essentiellement à mettre en œuvre les orientations des politiques promues par l'État s'exprime également dans le préambule de la plupart de ces lois[41]. Voyons plutôt ici l'exemple fourni par la *Loi instituant le Fonds pour la promotion des saines habitudes de vie*, sanctionnée le 8 juin 2007 :

> « Ce projet de loi prévoit la création du Fonds pour la promotion des saines habitudes de vie. Ce fonds sera affecté au financement d'activités, de programmes et de projets visant à favoriser une saine alimentation et un mode de vie physiquement actif, à promouvoir des normes sociales encourageant de saines habitudes de vie, à améliorer les services aux personnes aux prises avec un problème de poids, ainsi qu'à soutenir l'innovation de même que l'acquisition et le transfert de connaissances en ces matières. Le projet de loi prévoit également les mesures encadrant la constitution et la gestion de ce fonds ».

40. *Règlement sur l'emplacement de cimetières d'automobiles et sur l'installation d'affiches, de panneaux-réclame et d'enseignes lumineuses le long des autoroutes*, R.R.Q., 1981, c. V-8, r.2, art. 1.

41. Comme l'indique l'article 40 de la *Loi sur l'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, « le préambule d'une loi en fait partie et sert à en expliquer l'objet et la portée »,

Cette orientation, toute pragmatique qu'elle soit, n'empêche pas que d'autres conditions doivent également accompagner la mise en œuvre des lois. Définir ce qui doit être fait ne suffit pas. Encore faut-il savoir par qui. C'est la fonction de structuration du pouvoir.

3.2 La structuration du pouvoir et de l'autorité

Aussi, une autre des fonctions de la législation est-elle de désigner les détenteurs de l'autorité politique, fonction par laquelle sont désignés les acteurs chargés de dire ou d'interpréter le droit, mais aussi d'exercer une forme ou une autre d'autorité politique ou sociale. La législation devient ici un vecteur de structuration du pouvoir, une fonction également observée par Llewellyn. On réfère au premier chef ici au droit public, à ces lois que Montesquieu appelait les « Lois politiques » et qu'on désigne parfois sous le terme de « lois organiques ». La Constitution, bien sûr, mais également, toute une série de lois organiques. Au sein de l'ordre juridique québécois : la *Loi sur l'Assemblée nationale* (L.R.Q., chapitre A-23.1), la *Loi sur l'exécutif* (L.R.Q., chapitre E-18) la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (L.R.Q., chapitre T-16), mais également les lois visant l'exercice d'un pouvoir délégué et munissant certaines entités de pouvoirs réglementaires ou celui d'établir ou de proposer les termes de certaines législations déléguées : Commission de la santé et de la sécurité du travail[42], municipalités, corporations professionnelles. La structuration du pouvoir peut cependant s'étendre hors du pouvoir de l'État, vers des champs où la régulation politique le partage avec les formes plus souples de la régulation sociale et vise l'équilibre des rapports entre les hommes et les femmes, entre les parents et les enfants entre les actionnaires majoritaires et minoritaires d'une société par action, entre

42. *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., c. A-3, art. 124.

salariés et employeurs, marchants et consommateurs[43]. Dans tous les cas, on structure un rapport de pouvoir ou l'exercice d'une autorité. La fonction est exercée dans le cadre d'un aménagement ou d'un démembrement des pouvoirs de l'État ou de la souveraineté (on pense aux principes qui fondent théoriquement le régime fédéral), mais il s'agit d'une fonction beaucoup plus large qu'il n'y paraît d'abord.

Encore ici, les articles de certaines lois offrent une illustration claire de cette fonction. Ainsi, l'article 6 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers* (L.R.Q., chapitre A-33.2) établit que

> « [l]'Autorité crée toute autre direction et se dote des autres structures administratives appropriées pour assurer entre autres l'exercice de l'ensemble des fonctions et pouvoirs relatifs à l'encadrement du secteur financier, la coordination entre les différentes directions, la coordination des relations avec l'industrie, la coordination des exigences de divulgation à l'Autorité et la coordination de l'inspection et des enquêtes ».

L'article 62 du *Code des professions* (L.R.Q., chapitre C-26) fonde de même les pouvoirs du Bureau de l'Ordre des professions, « chargé de l'administration générale des affaires de l'ordre et de veiller à l'application des dispositions du présent code, de la loi ou des lettres patentes constituant l'ordre, du décret de fusion ou d'intégration et des règlements adoptés conformément au présent code ou à ladite loi [...] ».

43. Roderick Macdonald a ainsi pu proposer de voir dans un grand nombre de champs ignorés par le droit étatique, une forme de délégation de l'État vers certains segments ou certains acteurs de la société civile. Lire : Roderick A. MACDONALD, « Understanding Regulation by Regulations » dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (dir.), *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 81-154.

Encore ici, le préambule de certaines lois mettent en évidence la fonction reliée à la structuration du pouvoir, y compris du pouvoir de dire le droit. Le projet de loi sur l'Agence de gestion des structures routières du Québec (projet de loi n° 53) soumis à l'Assemblée nationale en 2007 prévoit ainsi que la législation :

> « [...] a pour objet de créer l'Agence de gestion des structures routières du Québec. Il prévoit que le gouvernement déterminera, par décret, les structures routières dont l'Agence aura la gestion. Ce projet de loi détermine la mission de l'Agence qui aura notamment la responsabilité de veiller à l'inspection, à l'entretien et, s'il y a lieu, au remplacement des structures routières dont la gestion lui est confiée. De plus, à la demande du gouvernement, l'Agence pourra procéder à la construction de nouvelles structures routières ».

Les lois établissant de même une structure de contrôle chargé d'un champ particulier de l'activité sociale, politique ou économique témoignent d'une fonction de structuration du pouvoir ou de l'autorité.

3.3 La légitimation de l'action publique ou de l'État

La sociologie wébérienne a également associé le recours au droit à la légitimation du pouvoir. Chez Weber (comme pour Llewellyn du reste), l'idée de légitimité est directement associée à l'exercice d'une autorité, si bien qu'une correspondance s'établit presque par nécessité entre *légitimation* et *structuration* du pouvoir. Il ne faut pas cacher que les concepts de légitimité et de légitimation ont connu depuis Weber une extension graduelle, jusqu'à désigner tout ce qui fait d'une décision, d'une loi, d'une action orientée en valeur ou en finalité, l'objet d'une évaluation positive ou négative par ceux mêmes qu'elles visent. Au-delà de la légitimité de l'autorité qui les définit, ces orientations peuvent ainsi faire l'objet d'une évaluation de leur

caractère nécessaire ou désirable[44]. Le droit se trouve de ce fait au centre d'une relation complexe. Si la reconnaissance législative d'une orientation sociale particulière (sa juridicisation, sa consécration par l'autorité juridique légitime, par l'État) donne à cette orientation une certaine légitimité collective, le contenu du droit lui-même tient sa légitimité de ce que ces dispositions législatives répondent à une certaine demande sociale, plus encore, qu'elles correspondent aux valeurs dominantes à un certain moment du temps social[45]. Il s'agit d'une conséquence du principe démocratique. Cette perspective rétablit la dimension normative du droit. Le fait qu'il renvoie à des idéaux partagés. D'une certaine façon, c'est le cas de toutes les législations. Dans quelques cas particuliers cependant, la législation vise essentiellement la légitimation de l'État en tant qu'autorité centrale, celle d'un Parlement ou d'un gouvernement, titulaire de cette autorité. Le droit est ainsi utilisé pour des fins de légitimation des institutions publiques. Il ne s'agit pas d'un usage particulièrement nouveau du droit. Longtemps, le recours au droit naturel a servi de fondement moral à la légitimité du droit étatique, un rôle que la référence directe ou indirecte aux valeurs sociales dominantes remplit aujourd'hui.

Cette fonction est mobilisée chaque fois que l'objectif est de démontrer l'enracinement des préoccupations de l'État dans le consensus social. Le droit incarne, dans ce sens très spécifique, une certaine morale publique[46]. C'est chaque fois le cas lorsque la législation est de nature essentiellement déclaratoire ou proclamatoire,

44. Jacques LAGROYE, « La légitimation », dans Jean LECA et Madelaine GRAWITZ (dir.), *Traité de science politique*, t. 2, Paris, PUF, 1985, p. 395-467.

45. C'est du reste ce que cherchent généralement à faire les juges. Lire Andrée LAJOIE, *op. cit.*, note 14. Lire dans le même sens, M. WEYL et R. WEYL, « Quel(s) droit(s) ? Pourquoi cette réflexion sur le droit ? », (1992) 285 *La Pensée* 89.

46. Guy ROCHER, « L'empire croissant du droit », dans Guy ROCHER (dir.), *Études de sociologie du droit et l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 3-17.

lorsqu'elle est exempte de tout mécanisme de mise en œuvre ou répond très précisément à la demande publique du moment. Le retour au contexte particulier de leur adoption constitue alors un indicateur des raisons pour lesquelles le droit y est mobilisé. Quelques exemples suffisent à révéler cette orientation. C'est notamment le cas de la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale* (L.R.Q., chapitre L-7), de la *Loi visant à favoriser le civisme* (L.R.Q., chapitre C-20), de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* (L.R.Q., chapitre E-20.2), du projet de loi proclamant la Journée internationale de la paix (projet de loi n° 197 de 2007) ou du projet de loi favorisant la transparence dans la vente de l'essence et du carburant diesel (projet de loi n° 41, 2007). Même lorsque ces pièces législatives établissent des procédures de mise en application, leur finalité est d'abord et avant tout de mettre en évidence la concordance des valeurs promues par l'État avec celle de la société politique, la consécration de ce qui, dans un certain contexte, est défini comme la réponse à un problème ou l'expression d'une valeur centrale de la société.

En regard des normes elles-mêmes, le recours au droit comme mécanisme de légitimation est particulièrement mis en lumière par l'absence de portée normative de ces normes[47], le fait qu'elles ne peuvent être mobilisées qu'en lien avec d'autres normes, qu'elles ne sont pas justiciables ou servent d'abord et avant tout de normes interprétatives; qu'elles sont rituellement rappelées et par là reconduites du fait de leur portée rhétorique. Le Code civil établit ainsi que « [l]'enfant, à tous âges, doit respect à ses père et mère » (597 C.c.Q.) et que « [t]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » (6 C.c.Q.), la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit que « [t]out être humain dont la vie est

47. Concernant par exemple la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale* on lira l'arrêt *Front commun des personnes assistées sociales du Québec (FCPASQ) c. Québec (Procureur général)*, [2006] R.J.Q. 1927 (C.S.).

en péril a droit au secours», et le *Code de procédure civile du Québec* que : « [d]ans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige [...] » (4.2 C.p.c.)[48].

Le préambule de certaines lois rend compte ici aussi de ce que ces pièces législatives visent surtout la légitimation d'une inclinaison particulière de l'État. Le préambule prend alors la forme d'un argumentaire, sinon d'un manifeste ou d'un plaidoyer. Ainsi *la Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale* (L.R.Q., chapitre L-7) prévoit-elle :

> « CONSIDÉRANT que, conformément aux principes énoncés par la Charte des droits et libertés de la personne, le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;
>
> CONSIDÉRANT que la pauvreté et l'exclusion sociale peuvent constituer des contraintes pour la protection et le respect de cette dignité humaine;
>
> CONSIDÉRANT que les effets de la pauvreté et de l'exclusion sociale freinent le développement économique et social de la société québécoise dans son ensemble et menacent sa cohésion et son équilibre;
>
> CONSIDÉRANT que la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale est un impératif national s'inscrivant dans un mouvement universel visant à favoriser l'épanouissement social, culturel et économique de tous les êtres humains;
>
> CONSIDÉRANT que les personnes en situation de pauvreté et d'exclusion sociale sont les premières à agir pour transformer leur situation et celle des leurs et que cette transformation est liée au développement social, culturel et économique de toute la collectivité;
>
> CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'affirmer la volonté de l'ensemble de la société québécoise de se mobiliser afin de mettre en oeuvre solidairement des actions concertées afin de lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale;
>
> LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT : »

48. Daniel JUTRAS, Roderick A. MACDONALD et Pierre NOREAU, *Les poursuites juridiques contre la mobilisation politique (SLAPP)*, Québec, Rapport soumis au ministre de la Justice, mars 2007.

Plusieurs lois témoignent par leur intitulé, leur dispositif, leurs dispositions ou leur justification de ce qu'elles ont d'abord et avant tout une fonction symbolique et visent plus particulièrement encore la consécration de valeurs, de représentations ou d'orientations partagées. Elles affirment d'abord le lien particulier qui unit l'État et la société politique. Le droit n'est pas seulement ici la source de la légitimation de l'action politique, mais un procédé de légitimation des valeurs sociales qui, par effet de miroir, consacrent l'État comme porteur de ces valeurs collectives, de sorte qu'elles légitiment le pouvoir politique dans sa totalité.

3.4 La reconstruction iconographique de la société politique

Cette relation, fondée sur la reconnaissance mutuelle des valeurs de l'État et des *sujets de droit*, pose elle-même le problème plus profond des fondements de la société politique, des fondements mythique, historique ou sociologique de sa communauté de destin. C'est la dernière fonction du droit étatique de cristalliser les termes d'une essence (d'une évidence) de la vie collective L'État doit, d'une certaine façon, faire exister la collectivité pour justifier sa propre autorité d'un côté et sa propre réalité de l'autre. Il faut faire voir. D'où la fonction iconographique du droit. Elle vise essentiellement à faire s'incarner symboliquement la collectivité en proposant une vision unifiée, sinon idéalisée, de la vie collective. Ce faisant, le droit remplit la fonction que lui attribuait Thurman W. Arnold, un réaliste américain, qui rappelait, que « 'Law' is primarily a great reservoir of emotional important social symbols [...] It meets a deep-seated

popular demand that government institutions symbolize a beautiful dream within the confines of which principles operate, independently of individuals.»[49]

Cette reconstruction symbolique continue de la société politique emprunte d'ailleurs de nombreuses formes. On pense à l'établissement des symboles publics établis par la *Loi sur le drapeau et les emblèmes du Québec* (L.R.Q. c. D-12.1)[50] qui vient remplacer les lois sur l'arbre, la fleur ou l'oiseau emblématiques du Québec, mais aussi à la désignation de citoyens éminents ou de figures emblématiques tels que les définissent la *Loi sur l'Ordre national du Québec* L.R.Q., c. O-7.01r, la *Loi sur les concours artistiques, littéraires et scientifiques* (L.R.Q., c. C-51), ou le *Règlement sur les Concours pour les Prix du Québec dans le domaine scientifique*. La *Loi sur la fête nationale* (L.R.Q., chapitre F-1.1) remplit la même fonction en regard de la construction symbolique de la Nation, de même que le récent projet de loi sur l'identité québécoise (PL. 195, 2007). Jacques Chevallier place dans la même perspective le « droit mémorial » qui vise la fixation juridique de moments historiques susceptibles d'entretenir l'idée d'une certaine continuité de la destinée collective : « [e]n sélectionnant les évènements qui serviront de points de repère, de balise, et en arrêtant la signification qu'il convient de leur donner, le droit apparaît comme un instrument privilégié pour contribuer à l'édification, assurer la transmission et garantir l'intériorisation de la mémoire collective »[51].

49. Thurman W. ARNOLD, « Law and Symbolism », dans Vilhelm AUBERT, *Sociology of Law*, Middlesex, 1972, p. 46-51. Lire aussi Jean-François MORIN, « Thurman Arnold et la sociologie du droit dite "réaliste" : le droit comme réservoir de symboles », (1990) *R.J.E.U.L.*, 20.

50. Qui remplaçait elle-même, en 1999, la *Loi sur l'emblème floral*, la *Loi sur l'emblème aviaire*, la *Loi sur le drapeau officiel*, et le Décret sur les armoiries du Québec.

51. Jacques CHEVALLIER, « Droit et Mémoire » dans Pierre NOREAU, Louise ROLLAND, *Mélanges Andrée Lajoie : le droit une variable dépendante*, Montréal, Éditions Thémis, 2008 (à paraître).

Ainsi, il n'est pas sans signification qu'on ait, au Québec, replacé la *Fête de Dollard des Ormeaux* (un trafiquant de fourrure, mort en 1660 lors d'escarmouches contre les Indiens et longtemps considéré comme un héro national) par la *Fête des Patriotes* (pendus par les autorités britanniques dans la foulée de leur lutte en faveur du gouvernement démocratique)[52]. Il n'est pas non plus sans signification que cette désignation ait historiquement visé à remplacer elle-même la *Fête de la Reine* (*Victoria Day*), jour férié et chômé partout ailleurs au Canada[53]. Cette tension exemplifie bien la charge symbolique qui accompagne la fonction iconographique du droit, notamment dans un contexte où s'opposent deux définitions concurrentes de la nation : la

52. Voir notamment, concernant le *Décret établissant la Journée nationale des Patriotes* : http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/salle-de-presse/communiques/2002/novembre/2002-11-24.shtml (dernière consultation, 21 décembre 2007).

53. Mais il ne s'agit pas d'un cas unique de substitution d'une commémoration par une autre. Ainsi, le premier juillet est d'abord connu au Québec comme la fête du déménagement. Comme le rappelle les rédacteurs de l'encyclopédie électronique Wikipédia : « L'origine du phénomène date de 1974. L'Assemblée nationale du Québec vote une loi abrogeant certaines dispositions du Code civil du Québec, qui fixaient le 1er mai comme date d'échéance des baux résidentiels, échéance qui était inscrite dans le droit civil depuis 1866, et s'est maintenue en état pendant plus d'un siècle. Le projet de loi qui créait du même souffle la Régie du logement du Québec, laissait aux seuls propriétaires et aux locataires le soin de convenir de la date d'échéance du bail. Cependant, les dispositions transitoires de la loi prévoyaient la prolongation automatique des baux venant à échéance le 30 avril ou le 1er mai 1975 jusqu'au 30 juin 1975. La mesure a été bien accueillie par de nombreux Québécois, puisqu'elle évitait aux familles les problèmes reliés au transfert des enfants d'une école à l'autre à quelques semaines de la fin de l'année scolaire [...]. Bien que la mesure législative ayant favorisé la mise en place de la fête du déménagement ait été votée par une législature très majoritairement fédéraliste, un certain nombre de gens voient dans cette coutume des motivations d'ordre politique et prétendent que la population manifeste ainsi son indifférence à l'égard de la Fête nationale du Canada, les célébrations de la fête nationale canadienne étant beaucoup moins courues au Québec que celles de la Fête nationale du Québec, le 24 juin ». http://fr.wikipedia.org/wiki/Fête_du_déménagement (dernière consultation, 2 janvier 2007).

nation canadienne d'un côté et la nation québécoise de l'autre[54]. Les limites mêmes de la société politique peuvent d'ailleurs connaître une extension symbolique, au-delà d'une référence à l'histoire plus immédiate de la collectivité historique de référence, comme le souligne Chevallier. C'est ce dont rend compte l'adoption de la *Loi proclamant le Jour commémoratif de l'Holocauste-Yom Hashoah au Québec* (L.R.Q. c. J-0.1), la *Loi proclamant le Jour commémoratif du génocide arménien* (L.R.Q. J-0.2), la *Loi proclamant le Jour du tartan* (L.R.Q. c. J-0.3), la *Loi proclamant le Mois de l'histoire des Noirs* (L.R.Q. c. M-37.1). Dans tous les cas, on vise à resserrer les liens de société politique.

Les termes mêmes de certaines lois sont d'ailleurs essentiellement fondés sur l'affirmation d'une telle société politique. C'est le cas de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* (L.R.Q., chapitre E-20.2) à laquelle nous avons déjà fait référence et qui affirme à son article 1 : « [l]e peuple québécois peut, en fait et en droit, disposer de lui-même. Il est titulaire des droits universellement reconnus en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ». Les termes auxquels ont recours dans le préambule de certaines lois viennent également circonscrite symbolique les limites de la société politique de référence. Ainsi, toujours au Québec, la *Charte de la langue française* affirme :

> « Langue distinctive d'un peuple majoritairement francophone, la langue française permet au peuple québécois d'exprimer son identité.
>
> L'Assemblée nationale reconnaît la volonté des Québécois d'assurer la qualité et le rayonnement de la langue française. Elle est donc résolue à faire du français la langue de l'État et de la Loi aussi bien que la langue normale et habituelle du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires.

54. *Id.*

> L'Assemblée nationale entend poursuivre cet objectif dans un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect des institutions de la communauté québécoise d'expression anglaise et celui des minorités ethniques, dont elle reconnaît l'apport précieux au développement du Québec.
>
> L'Assemblée nationale reconnaît aux Amérindiens et aux Inuit du Québec, descendants des premiers habitants du pays, le droit qu'ils ont de maintenir et de développer leur langue et culture d'origine.
>
> Ces principes s'inscrivent dans le mouvement universel de revalorisation des cultures nationales qui confère à chaque peuple l'obligation d'apporter une contribution particulière à la communauté internationale.
>
> SA MAJESTÉ, de l'avis et du consentement de l'Assemblée nationale du Québec, décrète ce qui suit : »[55].

55. Dans une veine similaire, répliquant à l'adoption du projet de loi C-20 par le Parlement canadien, le préambule la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* (L.R.Q., c. E-20.2) est construit sur toute une série de considérations qui sont au fondement de la position historique du Québec vis-à-vis du régime fédéral canadien : « CONSIDÉRANT que l'Assemblée nationale est composée de députés élus au suffrage universel par le peuple québécois et qu'elle tient sa légitimité de ce peuple dont elle constitue le seul organe législatif qui lui soit propre; CONSIDÉRANT qu'il incombe à l'Assemblée nationale, en tant que dépositaire des droits et des pouvoirs historiques et inaliénables du peuple québécois, de le défendre contre toute tentative de l'en spolier ou d'y porter atteinte; CONSIDÉRANT que l'Assemblée nationale n'a pas adhéré à la Loi constitutionnelle de 1982, adoptée malgré son opposition; CONSIDÉRANT que le Québec fait face à une politique du gouvernement fédéral visant à remettre en cause la légitimité, l'intégrité et le bon fonctionnement de ses institutions démocratiques nationales, notamment par l'adoption et la proclamation de la Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec (Lois du Canada, 2000, chapitre 26); CONSIDÉRANT qu'il y a lieu de réaffirmer le principe fondamental en vertu duquel le peuple québécois est libre d'assumer son propre destin, de déterminer son statut politique et d'assurer son développement économique, social et culturel ».

La fonction iconographique de la législation prend ici toute sa signification et rend compte d'un des usages politiques du droit en l'absence duquel la nomenclature des fonctions étatiques du droit reste incomplète. Reste à établir à quels principes plus généraux répondent ces usages et ces fonctions du droit, et quelle relation établir entre les perspectives plus politiques ou plus sociologiques reliées à ces fonctions.

4. LES FONCTIONS ÉTATIQUES DU DROIT, RECOMPOSITION ET GÉNÉRALISATION : UNE RELECTURE DÉDUCTIVE

Il est vraisemblable que l'inventaire inductif que nous avons brossé ici des différents usages étatiques du droit ne rende pas compte de l'entièreté de ses fonctions politiques. Les exemples que nous donnons de ces différents usages servent eux-mêmes d'illustration plutôt que de démonstration de cette diversité. Aussi, ces fonctions ont-elles surtout valeur de types idéaux. Elles réfèrent à des catégories de faits qu'on trouve rarement à l'état pur. Au niveau du « droit empirique » ou du droit vécu[56], leur complémentarité – et leur superposition dans l'ordre de l'action étatique – explique les difficultés

56. J'emprunte l'expression aux travaux de Caroline Gendreau qui réfère ce faisant à la sociologie du droit de Max Weber. La notion de droit empirique réfère notamment à l'usage que font effectivement du droit certains acteurs ou groupes sociaux susceptibles d'avoir une influence sur sa mise en œuvre ou sa mobilisation à un moment socio-historique donné. Lire Caroline GENDREAU, « "Légitimation" et "délégitimation" du droit de l'État : le cas des pratiques professionnelles des *intermédiaires du droit* dans le contexte du divorce », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, coll. « Pensée allemande et européenne », Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 187-209; et Caroline GENDREAU, *Une perspective wébérienne sur l'influence du droit dans le contexte du divorce selon les pratiques des avocats et des médiateurs*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2007.

qu'on rencontre à distinguer de façon nette les fonctions opérationnelle ou structurante des fonctions de légitimatrice et iconographique d'une même loi. Cette situation rend compte de ce que très peu de législations répondent à une seule fonction à la fois. Certains articles tirés de la législation renvoient ainsi, d'un seul trait, à plusieurs d'entre elles simultanément. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation, les articles d'une même loi s'interprétant les uns par les autres[57], on constate qu'une forme de confusion des fonctions s'impose souvent, comme en témoigne le style argumentaire particulier qui caractérise la rhétorique judiciaire. On y trouve souvent entremêlées des considérations de tous types. Chaque article sert alors indirectement de règle interprétative à l'autre. Cette situation nous invite à plus de réflexion sur ce qui distingue et rapproche chaque fonction.

Sans surenchérir inutilement sur le plan théorique, un travail de type déductif s'impose dès lors. Mettre en relation la typologie que nous proposons et celles qu'on retrouve déjà sur le marché de la théorie du droit, suppose cependant de les placer à un autre niveau d'abstraction. Sur le plan des dimensions qui rapprochent ou distinguent les différents usages étatiques du droit, deux axes apparaissent ainsi s'imposer en surplomb. Le premier propose la distinction des conceptions *instrumentale* et *symbolique* de la normativité juridique; le second, les fonctions *actives* (ou proactives) et *intégratrices* (ou plus latentes ou cohésives) du droit.

Sur le premier de ces deux axes (qui propose une distinction des dimensions relatives à l'instrumentation et à la symbolisation de l'action étatique), l'usage *instrumental* du droit renvoie à la poursuite, par voie législative, de finalités concrètes et bien définies. C'est sur cet axe que se placent les fonctions *opérationnelle* et *structurante* du droit

57. Ainsi l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-1) prévoit que « [l]es dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet. »

(Cf. tableau 1). Elles sont liées l'une à l'autre par ce qu'elles renvoient toutes deux à des finalités précises, très proches des impératifs de l'action publique : circonscrire, définir et résoudre des problèmes collectifs et confier leur résolution à une entité particulière dont l'action s'appuie sur un certain nombre de standards ou d'objectifs préétablis. À l'autre extrémité de cet axe se placent les usages *symboliques* du droit. On entend par là tout recours au droit visant ou contribuant à la « production de sens », à la consécration publique de certaines valeurs, de pratiques ou d'identités valorisées. Ces repères servent de balise à l'établissement d'une normativité collective partagée en même temps que de siège de cette normativité. C'est la norme en tant qu'outil de mesure de la *normalité publique*[58]. C'est à cet usage particulier du droit que se rapportent les fonctions *légitimante* et *iconographique* de la normativité juridique (Cf. Tableau 1).

Sur un autre axe, on propose la distinction des fonctions juridiques relevant soit de l'*action* soit de l'intégration (de la *cohésion*). Le recours à la fonction *active* de la normativité juridique s'attache directement à l'idée de mouvement et au changement. On réfère ici à toute tentative visant à faire passer les rapports sociaux d'un certain état à un autre, soit au plan des pratiques sociales et des conditions culturelles, économiques ou matérielles de la vie collective (c'est l'*instrumentalisation* du droit comme vecteur de l'action publique), soit au plan de la signification donnée aux rapports sociaux eux-mêmes (c'est sa fonction *légitimatrice*). Dans ce deuxième cas de figure, le droit vient consacrer ce qui peut être considéré comme la base d'un nouveau consensus social, la reconnaissance symbolique du passage d'un certain état des rapports sociaux vers un autre, plus valorisé, auquel, dès lors, l'État se trouve positivement associé. La dimension *légitimatrice* (ou *cohésive*) du recours au droit renvoie au

58. Catherine THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure : Pour une distinction entre normes et règles de droit » dans Archives de philosophie du droit, Tome 51, 2008, p. 341-371.

contraire à la stabilisation de l'action et à l'aménagement des rapports collectifs. C'est essentiellement une fonction organisatrice, qui vise moins le changement que la fixation des cadres de sa réalisation. Le droit est ici utilisé comme procédé de schématisation sociale, c'est un droit fondateur de frontières de la vie en commun, qui consacre à la fois la communauté de destin des membres d'une collectivité (c'est la fonction *iconographique* du droit) et son organisation (c'est la fonction de *structuration*).

Ainsi se trouvent liées deux à deux toutes les fonctions (les usages) étatiques du droit, soit sur l'axe qui en distingue les dimensions *instrumentale* et *symbolique*, soit sur l'axe de ses dimensions *active* (agissante) et intégratrice (latente et stabilisatrice). Ces abstractions conduisent cependant aussi à une redéfinition implicite (sinon à un enrichissement du sens) des quatre fonctions juridiques que nous avons proposées antérieurement. Mais l'analyse qui précède nous fait passer d'un ensemble de fonctions idéales-typiques, à une véritable typologie. On franchit ici un second niveau d'abstraction et de généralisation en proposant des catégories qui, sur le plan théorique du moins, sont mutuellement exclusives[59] :

Tableau 1 : Typologie des fonctions étatiques du droit

Dimensions	**Instrumentale**	**Symbolique**
Active	*Opérationnalisation*	*Légitimation*
Intégratrice	*Structuration*	*Iconographique*

59. Sur la distinction entre idéal-type et typologie on consultera Pierre BOURDIEU, Jean-Claude CHAMBOREDON, Jean-Claude PASSERON, *Le métier de sociologue : préalables épistémologiques*, Berlin, Mouton, 1968.

Ces axes ne sont cependant pas le produit d'une pure invention. Souvent directement, mais plus souvent indirectement, la théorie du droit consacre ces distinctions.

4.1 Sur les dimensions instrumentale et symbolique du droit

Il ne faut pas surestimer la nouveauté de ces distinctions qu'on trouve parfois évoquée dans la littérature. La typologie proposée ici rend compte qu'en ce qui a trait aux fonctions étatiques du droit, la littérature a plus souvent insisté sur ses fonctions instrumentales (Llewellyn, Ferrari) que sur ses fonctions symboliques. Celles-ci n'ont pas pour autant été niées. Elles n'ont cependant été évoquées que de façon trop incidente. Le marxisme, nous l'avons rappelé, reconnaît au droit sa fonction légitimatrice et son rôle idéologique dans la dissimulation des clivages sociaux et la reconstruction symbolique d'une forme d'unité sociale[60]. Mais il n'existe pas en tant que telle de typologique marxiste de la fonctionnalité juridique, non plus que chez Weber qui reconnaît cependant, lui aussi, la fonction légitimante du droit et son rôle historique dans l'institutionnalisation de l'État[61]. Talcott Parsons aborde aussi la fonction normative (morale) et symbolique du droit, mais s'y résout à la suite d'un très long parcours intellectuel sans avoir pu exploiter toutes les potentialités de cette hypothèse au plan de la sociologie générale. Il ressort que la dimension symbolique du droit n'a pas fait, en dehors des perspectives inspirées par le *jusnaturalisme* et la philosophie morale, l'objet d'une exploitation systématique dans le domaine multiforme de la théorie du droit. Aussi, c'est souvent par des voies indirectes que la dimension symbolique du droit aura été abordée. De Sousa Santos, dans un texte où il explore les différents styles de la forme législative, révèle ainsi la tension qui oppose deux styles de rédaction différents qui restituent

60. MIAILLE, *op. cit.*, note 28.
61. MILANOVIC, *op. cit.*, note 32.

métaphoriquement les fonctions instrumentale ou symbolique du droit : le style homérique et le style biblique[62]. Si le premier de ces « styles » est intimement associé à la fonction organisatrice de l'État et répond à plusieurs caractéristiques du droit moderne, il n'éclipse pas totalement le style biblique, souvent utilisé dans les législations de droit nouveau et dans le domaine du droit international public. La proposition de De Sousa Santos reste cependant essentiellement intuitive et ne fonde pas une typologie complète, ne serait-ce que du fait de la perspective esthétique dans laquelle il aborde la question du droit[63].

La criminologie a plus spontanément exploité la distinction entre fonctions *instrumentale* et *symbolique* du droit. On y réfère notamment aux normes entourant la sanction pénale, et plus particulièrement, à la tension qui oppose ses dimensions *instrumentales* et *symboliques*[64]. Ailleurs, la sociologie générale contemporaine a pu fournir des catégories utiles à une certaine *sociologie de la domination sociale*. Celle-ci s'est notamment arrêtée aux notions de *capital* et de *violence*

62. Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Vers un nouveau sens commun juridique : droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 2004.
63. Dans une toute autre perspective, les auteurs associés au courant de la *Sociological jurisprudence* comme Llewellyn distinguent, dans l'analyse de la jurisprudence. le style formel (plus instrumental, logique et opératoire) du grand style, fondé sur une plus grande concordance entre le droit et la réalité particulière vécue par la société. Il s'agit évidemment de catégories équivalentes à celles proposées par De Sousa Santos, mais qui renvoient néanmoins à une dichotomie entre droit instrumental et droit symbolique. Lire à ce propos, Françoise MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'École de la 'Sociological Jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », (1987) 2 *Revue internationale de droit constitutionnel* 343, 343-371.
64. Voir sous cet aspect l'article très souvent cité de Alessandro BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal, pour une théorie du bien juridique », (1991) 15 *Déviance et société* 1, 1-25.

symbolique, inspirées de l'œuvre de Pierre Bourdieu[65]. C'est notamment le cas des auteurs proches des *Critical Legal Studies*, du mouvement *Droit et société*, de la théorie féministe en droit[66], ou la *Critical Race Theory*[67], dans la foulée desquels l'idée du droit, défini comme mécanisme de contrôle symbolique ou comme vecteur de légitimation des inégalités sociales, a largement été exploitée[68]. La reconnaissance des fonctions symboliques du droit ne contribue cependant pas pour autant à la construction d'une typologie systématique des usages contemporains de la loi, et comporte elle-même souvent, une dimension rhétorique ou performative qui empêche qu'on y recoure dans une perspective plus empirique ou plus analytique. Dans une perspective plus empirique et, partant, plus sociologique, c'est en définitive la théorie de l'effectivité qui fournit la distinction la plus rapprochée de celle que nous proposons nous-mêmes ici entre les dimensions symbolique et instrumentale du droit. Valérie Demers, dans un court ouvrage sur l'effectivité du droit, suggère ainsi une prise en compte spécifique des effets *concrets* et des effets *symboliques* de la normativité juridique[69]. Si ses travaux sont plutôt fondés sur l'observation des usages sociaux du droit que sur les visées politiques qui président à sa définition (sur ses usages étatiques), Demers y démontre néanmoins l'intérêt de recourir aux mêmes catégories d'analyse. Elle tire ainsi de l'étude des effets observés du droit et de l'usage dont les citoyens font de la normativité

65. Pierre BOUDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, coll. « Essais », Paris, Seuil, 2000.
66. Dans cette perspective lire : Catharine A. MACKINNON, *Toward a feminist theory of the state*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989.
67. Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS, « Le *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », (2001) 48 *Droit et société* 581, 581-612.
68. Mauricio GARCIA-VILLEGAS, « Power without Symbolic Violence ? Critical Comments on Legal Consciousness Studies in USA », (2003) 53 *Droit et société* 137, 137-161.
69. DEMERS, *op. cit.*, note 13.

juridique une distinction dont nous tirons nous-mêmes une typologie en amont de législation.

4.2 Sur les dimensions active et intégratrice du droit

Il en va de même de la distinction que nous proposons entre les dimensions *active* et *intégratrice* du droit. Celles-ci ne font actuellement l'objet d'aucune exploitation systématique dans le champ de la théorie du droit. On trouve cependant établies, dans le champ de la sociologie générale, des références indirectes à ces dimensions. Parsons reconnaît ainsi que la « poursuite de buts communs » (identifiée au pouvoir politique) et « l'intégration sociale » des sujets (par les normes morales, religieuses... et juridiques) constituent deux des quatre fonctions centrales que doit garantir tout système social. Parmi les sociologues de la génération suivante, Alain Touraine, propose lui aussi une complémentarité entre les dimensions diachronique (reliée au changement) et synchronique (reliée au fonctionnement) de l'action sociale[70]. L'histoire de la sociologie rend elle-même compte de ce que les perspectives opposant l'idée de stabilité et celle de changement forment une ligne de rupture entre la proposition fonctionnaliste classique et la sociologie du conflit qui allait suivre[71], si bien qu'on pourrait aujourd'hui encore reconstruire l'histoire de la sociologie autour de la distinction (du dilemme théorique !) qui oppose « stabilité et changement »[72], « intégration et

70. TOURAINE, *op. cit.*, note 2, p. 40.
71. On réfère ici à l'œuvre de Ralf DARENDORF, *Classes et conflits de classe dans la société industrielle*, Paris, Mouton, 1972; (et ultérieurement du post-marxisme) mais également d'auteur comme Neil SMELSER, *Theory of collective behavior*, London, Routledge & Kegan Paul, 1962; et Lewis A. COSER, *The Functions of Social Conflict*, Glencoe (Ill.), Free Press, 1964.
72. Josée ROBITAILLE, *Changement et stabilité des représentations sociales de l'homosexualité dans un contexte intergroupe : une étude sociologique*, mémoire

subversion »[73], « rupture et continuité »[74], « ordre et désordre »[75], qu'on retrace jusque dans les usages sociaux et politiques du droit contemporain. C'est sur cette ligne de clivage que nous situons nous-mêmes la distinction entre les fonctions active et intégratrice du droit. Il s'agit là d'un tour d'horizon volontairement simplifié, mais il nous apparaît prendre assise sur des fondements théoriques qui, bien qu'anciens, ont souvent été sous-exploités.

4.3 Sur le mouvement fonctionnel du droit

L'intérêt de ce modèle, comme de tous les autres, réside dans les balises qu'il offre à la compréhension de son objet : le droit et le mouvement du droit. Ce n'est pas ici notre intention de rendre compte de l'usage qu'on pourra en faire sur le plan de la recherche théorique ou celui de la recherche empirique. L'intérêt heuristique du modèle est fonction de l'exploitation intellectuelle qui peut en être fait. Mais les travaux déjà menés sur la question de l'effectivité du droit suggèrent une étude des mutations de la fonctionnalité juridique. Car, de même que l'effet concret attendu d'une certaine norme peut se trouver totalement dépassé par ses effets symboliques, de même un mouvement est vraisemblable entre les différentes fonctions du droit que nous avons tenté de circonscrire ici. C'est, par exemple, le cas de la Charte de la langue française au Québec, dont plusieurs des articles fondateurs ont été rendus inopérants à la suite d'une série de décisions de la cour Suprême du Canada jusqu'à faire graduellement perdre à la

de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, 1997, p. 137.

73. Pierre GAUDIBERT, *Action culturelle : intégration et/ou subversion*, Tournai, Casterman, 1972.

74. Georges-Henri LÉVESQUE *et al.*, *Continuité et rupture : les sciences sociales au Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1984.

75. Sur ce thème voir Pierre ANSART, *Les sociologies contemporaines*, coll. « Inédit/Essais », Paris, Seuil, 1990, p. 253-268.

législation sa signification instrumentale au profit d'une fonctionnalité plus iconographique[76]. À l'inverse, la *Charte des droits et liberté de la personne*, que plusieurs juristes considéraient au milieu des années 70, comme quasi-iconographique – sans réelle portée normative – constitue aujourd'hui une pièce majeure dans la structuration des rapports et des pouvoirs sociaux. Ici encore, une fonction vient en remplacer une autre.

Sur un autre plan, il est vraisemblable que l'étude longitudinale de l'activité législative rende compte de ce que certaines périodes sont plus propices à l'exploitation de certaines fonctions du droit plutôt que d'autres. Par ailleurs, selon qu'on s'intéresse à l'action gouvernementale, à l'activité législative, à la décision judiciaire ou à celle de l'administration publique, il est vraisemblable qu'on constate qu'une même législation se trouve exploitée différemment en regard de la fonction qu'on lui attribue. Cette perspective rapproche l'étude de la fonctionnalité juridique de celle de son effectivité. Il est vraisemblable aussi qu'un même type de législation réponde, selon l'ordre – et la culture juridique-étatique – de référence, à des fonctions très différentes. Il s'agit de champs à explorer ultérieurement et que le lieu, l'espace et le temps ne nous permet que d'évoquer ici.

5. LES FONCTIONS ÉTATIQUES ET SOCIALES DU DROIT : SYNTHÈSE TEMPORAIRE

Faut-il poursuivre dans la complexification graduelle d'un modèle qui tire une partie de son intérêt dans toute sa simplicité ? C'est le choix que nous faisons ici, à la frontière de la sociologie, du droit et de la science politique. Notre rapide tour d'horizon des typologies

76. Un rapide tour des sites Internet répondants au thème « Charte de la langue française » suffit pour s'en convaincre.

fonctionnelles du droit révèle que deux perspectives ont, selon le cas, inspiré les théoriciens : une première, plus centrée sur les fonctions politiques du droit (Ferrari par exemple ou Marx dans une autre perspective), une seconde sur ses fonctions sociologiques (Parsons). La typologie proposée par Llewellyn lie cette double perspective. Elle inclut à la fois les fonctions instrumentales de l'action politique (et étatique) et les fonctions sociales du droit, les premières rattachées à une perspective utilitaire et pragmatique de la normativité juridique, les secondes à la notion plus générale de *régulation sociale*[77].

Ce retour sur la contribution de la sociologie générale à la sociologie politique du droit révèle et met en évidence non pas deux, mais trois dimensions différentes de la fonctionnalité juridique. Le droit y est, selon le cas, abordé comme mécanisme d'*instrumentation* de l'action publique, comme vecteur du sens de la vie collective (sa *symbolisation*) et comme procédé de *régulation sociale*. Par le fait de cette dernière dimension, deux fonctions traditionnelles du droit se trouvent réintégrées dans une typologie plus globale : la résolution des conflits, que nous appelons ici fonction de *conciliation*, et l'ajustement mutuel des comportements, ou fonction de *coordination* des rapports sociaux (Cf. Tableau 2).

77. Sur la notion de régulation sociale on lira François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1991. Sur le cas plus particulier de la régulation publique des rapports familiaux : Jacques COMMAILLE, « L'économie socio-politique des liens familiaux », (2006) 174 *Dialogue* 95, 95-105.

Tableau 2 : Typologie des fonctions socio-politiques du droit

Dimensions	**Instrumentation**	**Symbolisation**	**Régulation**
Active	*Opérationnalisation*	*Légitimation*	*Conciliation*
Intégratrice	*Structuration*	*Iconographie*	*Coordination*

La fonction de *coordination* renvoie directement au droit en tant que procédé de rationalisation des rapports sociaux, c'est-à-dire en tant que mécanisme de prévision des comportements. C'est la juridicité en tant qu'elle favorise l'intégration sociale, la définition continue de conventions, de normes tacites ou implicites – de formes de socialisation – nécessaires à l'intégration sociale et, partant, à la stabilité des rapports sociaux. La fonction de *conciliation* est pour sa part une fonction relevant des dimensions agissantes du droit. Elle nécessite une forme ou une autre d'intervention collective dans les cas où un conflit met en évidence que ce qu'une norme ou un standard, jusque-là considéré comme établi, ne s'impose pas spontanément à tous et nécessite d'être rappelé ou modifié. Car le conflit une fois apparu met en évidence la nécessité d'une nouvelle norme commune sinon la réaffirmation de sa légitimité. Dans ce sens, elle ne tient pas tant de l'ajustement spontané des comportements que de la résolution des tensions issues d'un différend sur la norme de référence, tension en regard de laquelle l'intervention d'un tiers devient nécessaire, parce qu'elle est une condition de l'objectivation sociale de cette référence (de sa généralisation en tant que référence collective partagée) et de la pacification des rapports sociaux.

CONCLUSION : FONCTIONNALITÉ JURIDIQUE ET RAPPORTS ENTRE DROIT, POUVOIR ET SOCIÉTÉ

En contexte québécois, les travaux menés dans le domaine de la sociologie du droit ont tantôt porté sur l'émergence de la normativité juridique, tantôt sur ses usages sociaux et politiques, tantôt sur son effectivité. Tous ces questionnements supposent qu'on transcende d'une façon ou d'une autre la définition canonique qui tend à présenter le droit comme un *ensemble de règles sanctionnées par la puissance publique*. On réfère toujours alors à un droit autoportant sans origine ni destinataire, tant ses extrémités abstraites sont prises pour acquis : d'un côté le *Législateur*, de l'autre le *Sujet de droit*. Dans cette perspective simple, Kelsen a raison : le droit n'est qu'un ordre, un commandement.

La sociologie du droit fait voir, au contraire, les relations qu'entretient la forme juridique avec d'autres formes de socialisation. Ses frontières s'étirent alors – potentiellement – jusqu'à ce que la distinction claire entre droit et non-droit s'efface. Sans nier la fonction organisatrice du droit (sa fonction en tant que système d'ordonnancement social) et sa spécificité, on doit reconnaître que la production du droit est aussi le fruit d'une activité sociale, que son interprétation suppose qu'on puise à d'autres sources de normativité, qu'elle est toujours tributaire d'un certain contexte idéologique, que le droit est constamment l'objet d'une redéfinition par ceux qui sont chargés de sa mise en œuvre et même par ceux dont le droit vise à encadrer l'action, que les sujets de droit sont également sources de droit. Ici, la sphère du droit sort du cercle de l'État, entendu strictement. L'État lui-même y perd sa neutralité; il a des objectifs et définit des stratégies, il trouve dans le droit une ressource politique, un appui pour sa propre légitimité et un outil dans la poursuite de certaines visées sociales et politiques. Bien sûr, il demeure le principal énonciateur du droit tel que le définissent les juristes. Mais ses activités transcendent sa fonction en tant que source de droit, à la fois parce qu'il n'en est pas la seule source, mais aussi, parce qu'il n'est

pas que *Législateur*. L'étude des usages étatiques du droit propose ainsi, à sa façon, un point de fuite hors d'une conception souvent trop restreinte du droit étatique.

Il ne faut cependant pas être dupe du procédé intellectuel auquel on recourt ici. L'étude du droit par l'exploration de ses fonctions étatiques ne vise pas tant à figer les différents usages que l'État fait du droit, qu'à mettre en évidence la diversité de ces usages. Cet essai de systématisation n'épuise pas le sujet des fonctions contemporaines du droit. Par ailleurs, il ne faut pas nier que, définie par ses fonctions, la caractérisation des usages que fait l'État du droit laisse inévitablement flotter l'impression de fonctions « essentielles » et préexistantes à l'activité de l'État ou ontologiquement reliées à l'existence même des communautés ou des sociétés humaines. Nous avons expliqué plus haut que notre démarche s'inscrit dans une perspective plus interactionniste et qu'elle ne présuppose pas l'exercice de *fonctions sans acteurs*. Le droit, qu'elle qu'en soit la définition plus ou moins extensive, existe par ceux qui le définissent, le mettent en œuvre, l'appliquent, l'interprètent, le mobilisent... le contournent. Dans ce sens, notre approche est plus empirique que spéculative. Plus micro que macrosociologique.

Cela étant, deux commentaires peuvent être ajoutés à ce qui précède et m'apparaissent même devoir être tirés logiquement de la typologie que nous proposons ici. La typologie développée ici ne rend sans doute compte que de certaines fonctions plus apparentes. Certains auteurs insistent ainsi sur l'utilité du droit en tant que chambre d'enregistrement[78]. D'autres, sur sa fonction comme vecteur de la

78. Certains auteurs parlent de fonction de *storage*, lire Lawrence M. FRIEDMAN, *The Legal System : a Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975.

nouvelle gouvernance publique[79]. Gurvitch réfère pour sa part au droit en tant qu'*œuvre de civilisation*. De façon plus large, l'analyse du droit par ses fonctions nous ramène à l'idée simple que le droit agit d'abord et avant tout comme processus d'institutionnalisation des rapports sociaux. Cela étant, bien que variées, ces perspectives n'apparaissent pas contradictoires avec la typologie des fonctions proposée ici.

Deux éléments m'apparaissent devoir conclure cet exposé sur la fonctionnalité juridique. D'abord, la typologie développée ici réaffirme la spécificité du champ politique en même temps que son inclusion dans le champ plus général des rapports sociaux. Cette spécificité est cependant en partie caractérisée par le rapport particulier qu'entretient l'État au droit. On transcende ici, nous l'avons dit, l'idée abstraite et neutre qui entourons la notion de *Législateur*. Mais c'est là un des postulats de la science politique qui nie au droit toute essence particulière et aborde souvent l'État en dehors de son rapport à la normativité juridique.

Le deuxième élément apparaît le plus important : c'est la reconnaissance des fonctions symboliques du droit qui forment une nébuleuse encore inexplorée. Bien sûr, cette dimension est périodiquement rappelée par la littérature, c'est une chose que nous avons également vue, mais en dehors de cette reconnaissance, l'idée que le droit puisse exercer certaines fonctions symboliques et soit directement mobilisé pour des fins symboliques est très rarement exploitée dans une perspective théorique ou empirique systématique. Ce court texte ne remplit pas davantage le vide laissé par la question

79. Pierre NOREAU, « Action publique et gouvernance contractuelle : Le cas des politiques de la santé au Québec », dans Pascale LABORIER, Pierre NOREAU, Marc RIOUX et Guy ROCHER, *Les réformes en santé et en justice : le droit et la gouvernance*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008 [sous presse]. Lire également : Daniel MOCKLE « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143, 143-211 et Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », (2006) 47 *C. de D.* 89, 89-165.

des fonctions symboliques du droit. Le hasard de la construction intellectuelle fait cependant apparaître une chose importante. Elle met schématiquement en évidence que cette dimension relie l'État et la société civile, qu'elle constitue un sas entre la régulation sociale et la régulation politique, un lieu où se rejoignent la construction sociale du sens et son usage politique. Il s'agit de ce lieu particulier où s'objective cette discussion que la société entretient constamment sur (et avec) elle-même. Le droit en devient ici le vecteur particulier. Il fonde un espace de délibération parfois implicite, parfois explicite auquel la théorie démocratique contemporaine donne une place centrale. Il marque le passage de la collectivité à la société, le lieu privilégié de son institutionnalisation.