
**L'AUTONOMIE NORMATIVE DANS L'ENTREPRISE: APPROCHES DE
THÉORIE DU DROIT¹**

**AUTOMOMIA NORMATIVA NA EMPRESA: ABORDAGEM DE TEORIA(S) DO
DIREITO**

**NORMATIVE AUTONOMY AT AN ENTERPRISE: APPROACH OF LAW
THEORY(IES)**

Rabah BELAIDI*

RESUMO:

A discussão sobre o fundamento do poder normativo na empresa mobilizou vários recursos retóricos ao longo de mais de um século de atividades discursivas acadêmicas. Os limites das teorias dogmática-doutrinárias necessitam uma verticalização da reflexão que pode ser oferecida por uma abordagem de teoria do direito. A partir de um ponto de vista metajurídico, a autonomia normativa pode ser estudado de forma real e completa na condição de achar um protocolo ou uma ferramenta operatória. A análise institucional, bem que desprovida de fronteiras sempre delimitadas oferece possibilidades e virtudes heurísticas e revela além da explicação sociológica do poder na empresa, suas relações com o direito do estado.

PALAVRAS CHAVES:

Teoria do direito; Autonomia Normativa; Análise Institucional; Ordem Jurídica.

ABSTRACT:

The discussion about the foundation of the normative power at an enterprise mobilized multiple rhetorical resources for more than a century of discursive academic activities. The limits of the doctrinaire-dogmatic theories need a reflection verticalization which can be offered through an approach of law theory. Starting from a metajuridical point of view, the normative autonomy can be studied in a real and complete way, under the condition of finding a protocol or an operative tool. The institutional analysis, well devoid of always delimited frontiers, offer possibilities and heuristic virtues and reveal beyond the sociological explanation of the power at the enterprise, but also your relations with the law of the state.

KEY-WORDS:

Legal theory; Rules Autonomy; Institutional Analysis; Legal Order.

* Professor da Faculdade de Direito da UFG (Goiânia/GO/Brasil). E-mail: rbelaidi@gmail.com

INTRODUCTION

Lorsqu'on s'interroge sur le fondement du pouvoir de l'employeur dans l'entreprise, force est de constater que la réflexion, si elle se veut réelle, rigoureuse et complète, a besoin de dépasser les discours justificateurs et légitimateurs apportés par la doctrine de droit continental.

254

Le discours doctrinal révèle, en effet, une certaine inadaptation quant à l'explication du fondement du pouvoir de l'employeur. Que se soient la théorie subjectiviste, qui fait de l'entreprise un sujet de droit devant conduire à sa personnalisation juridique, ou la théorie fonctionnaliste, qui, bien que présentant une rigueur juridique sensiblement plus élaborée, pêche toutefois par un défaut d'emprise sur le réel et qui par conséquent demeure trop imprégnée de relativisme et enfermée dans une dimension trop abstraite.

Les dispositifs normatifs, essentiellement composés de décisions de justice formant parfois jurisprudence, ne permettent point non plus une compréhension et une identification réelle du pouvoir de l'employeur. L'approche en terme de droit des obligations a conduit la conception individualiste de la relation de travail à une impasse en ce qu'elle est dotée d'incomplétude. En effet, confrontés au pouvoir patronal, préexistant au contrat de travail et enfermés dans une logique patrimoniale, les législateurs continentaux ne contribuent pas à une élaboration plus équilibrée que pourrait constituer une approche personnaliste de la relation de travail comme contrepoids à ce pouvoir.

Fruit de nombreuses années de recherches et élaboré par touches successives, le concept d'institution fait valoir des apports essentiels quant à la genèse du phénomène normatif au sein des groupes sociaux. HAURIUO, publiciste français du 19^{ème} siècle (BLANQUER, 2015), est le premier juriste à avoir élaboré une pensée structurée autour de *l'institution*. Les apports du concept forgé par HAURIUO (ALONSO 2015) sont multiples et relèvent de plusieurs ordres et de plusieurs logiques. Il est notamment relevé par les spécialistes de la pensée du doyen de Toulouse (SFEZ), que l'institution est un phénomène de groupe, qu'elle est finalisée et surtout qu'elle s'inscrit dans la durée. Ces considérations exégétiques ne nous sont pas d'une utilité première dans notre tentative de justification du pouvoir dans l'entreprise. Cependant, d'autres auteurs, qui s'inscrivent dans la veine d'Hauriou, ont su mobiliser le concept institutionnel pour expliquer son apport au phénomène normatif. Le concept d'institution tel qu'élaboré par le Doyen HAURIUO présente en effet,

une originalité certaine. Traversant les distinctions entre droit privé et droit public il peut permettre de comprendre la genèse et la nécessité du pouvoir dans les institutions.

Parmi les critiques qui lui sont faites, la plus récurrente lui reproche d'être un concept sociologique non utilisable par les juristes (CARBONNIER, 1986). HAURIOU avait coutume de dire qu'un peu de sociologie éloigne du droit et que beaucoup y ramène. En effet, la notion d'institution est d'une opérabilité pertinente car elle tire sa force du réel et permet, comme nous le verrons plus après, et à la condition de l'extraire de toute scorie idéologique, d'être opératoire et "éclairante" (LOCHAK, 1982).

Une seconde critique, de nature plus politique ou philosophique, insiste sur les travers auxquels peut conduire la théorie de l'institution. Les travaux du philosophe et juriste constitutionnaliste allemand Carl SCHMITT illustrent par exemple une certaine forme de dérive d'une pensée pouvant servir de support à un régime de type fascisant. Imprégnant la théorie institutionnelle d'Hauriou d'une forte teneur idéologique, Carl SCHMITT s'en est servi pour élaborer une théorie de l'action politique (BEAUD, 1993). Toutefois, sa conception de l'action dans les groupes sociaux fait l'impasse sur la notion de pouvoir et ne présente par conséquent qu'un intérêt limité à notre présente étude.

L'opportunité et la légitimité d'une logique institutionnelle, sans être considérée comme un système dogmatique fermé, peut fonctionner comme un mode opératoire de connaissance et d'explication de phénomènes normatifs. Conçu de la sorte, ce fondement institutionnel peut contenir la substance d'un pluralisme juridique ouvrant la voie à une autonomie collective juridique, apte à l'élaboration d'un droit posant les conditions d'une possible préservation des intérêts des protagonistes des relations juridiques s'exerçant au sein de l'entreprise, et surtout de celles du travail. Notre présente contribution s'attachera à examiner un possible fondement du pouvoir dans l'entreprise (dans une perspective employeur-salarié) dans un cadre comparé France –Québec) à partir de la théorie du droit.

La richesse de l'analyse institutionnelle présente une fonction (souvent délaissée) mettant en lumière les relations entre institutions. L'institution étatique ne reste, en effet, pas inerte devant la production de phénomènes normatifs propres à l'entreprise. Elle va tenter de réguler, voire de juridifier cet aspect de l'institution-entreprise.

Elle permet de comprendre, pour chacun des systèmes de droit qui font l'objet de notre recherche, la manière dont le droit s'empare du pouvoir pour l'encadrer et finalement l'identifier au système juridique étatique.

L'institution est alors le siège d'un ordre juridique qui au contact de l'ordre juridique étatique donnera la voie à un système hétéronome ou autonome d'élaboration de normes au sein de l'entreprise et qui s'appliqueront notamment et surtout aux salariés.

1. L'ANALYSE INSTITUTIONNELLE ET L'ENTREPRISE

256

La notion d'institution peut être considérée sous un angle uniquement opératoire et dans une optique complètement dépourvue d'idéologie (1°). Elle peut alors permettre de révéler la manière dont le droit positif enregistre ce phénomène d'institutionnalisation de l'entreprise (2°).

1.1. L'abstraction : l'analyse institutionnelle considérée comme un critère opératoire

La notion d'institution recouvre plusieurs identités et plusieurs types d'analyses au point où comme l'affirme un auteur, le terme d'institution "semble avoir perdu en compréhension, ce qu'il a gagné en extension" (CHEVALLIER, 1981, p. 3).

On peut schématiquement et très sommairement distinguer le courant de l'analyse institutionnelle idéologique (au sein duquel on peut ranger Carl SCHMITT et Paul DURAND, bien que tous deux ne partageaient pas les mêmes idées), du courant de l'analyse institutionnelle matérialiste. Ce dernier courant est repris et utilisé dans le champ de la psychiatrie (TOSQUELLES 1969), de la psychanalyse (DELEUZE e GUATARRI, 1972), de la pédagogie (OURY E VASQUEZ, 1967), et de la philosophie, chez des auteurs comme SARTRE, DELEUZE ou LOURAU². Chacune de ces disciplines a pu mettre en application l'institution en y associant une réflexion sur le fonctionnement autonome des groupes, sans d'ailleurs se référer explicitement à Hauriou. L'utilisation du phénomène institutionnel par ces sciences a permis une évolution du concept axé sur le rapport entre l'instituant et l'institué et non plus sur la construction théorique d'un groupe social idéal. L'institution est ainsi davantage comprise comme le processus instituant que comme l'objet institué. A l'inverse des analyses institutionnelles idéalistes, l'analyse matérialiste ne présume aucun équilibre au sein du groupe mais recherche plutôt les nécessaires contradictions qui existent et qui révèlent le sens du processus.

C'est à partir de ces recherches extra-juridiques que des publicistes français contemporains vont adopter une lecture du phénomène institutionnel conçu comme un outil.

Le professeur CHEVALLIER a très explicitement présenté l'état d'esprit dans lequel le juriste peut avoir recours à l'analyse institutionnelle. Il en précise les limites et les objectifs en indiquant qu'il ne s'agit "nullement de faire l'analyse institutionnelle une panacée, appelée à se substituer aux autres méthodes existantes, en les intégrant et en les transcendant. Une telle prétention serait en effet illusoire et dangereuse" (CHEVALLIER, p. 19). Selon cet auteur :

une méthode n'est jamais qu'un instrument contingent et partiel visant à dévoiler certains pans cachés du réel : dépourvue de portée universelle et vouée par essence, à être dépassée elle ne saurait être utilisée en toutes hypothèses et avec un égal bonheur ; il appartient au chercheur d'essayer successivement, à l'instar d'un *mécanicien* ou d'un *serrurier*, les différents outils ou clefs disponibles, et de choisir ceux qui se révèlent les mieux adaptés au problème particulier qu'il a à résoudre" (CHEVALLIER p. 1).

S'appuyant sur FEYERABEND, le professeur CHEVALLIER aborde la question sans impérialisme méthodologique et plaide pour un "opportunisme sans scrupules" en ne s'attachant qu'aux critères de l'opérationnalité et de l'efficacité. Il souligne que l'analyse institutionnelle n'est qu'un outil parmi d'autres et qu'elle "peut être utilisée avec profit à condition d'en faire un usage sélectif et raisonné, et d'avoir conscience de ses limites potentielles ; insusceptible de rendre compte du réel dans sa totalité, et parfois inadéquate – notamment pour l'étude des processus décisionnels -, elle est en revanche seule capable d'éclairer et d'expliquer certains faits sociaux" (CHEVALLIER p. 4). Fait social qui fait l'objet d'études relevant de plusieurs champs scientifiques, tels que le droit, la sociologie ou les sciences de gestion, la normativité peut être expliquée et légitimée par l'outil institutionnel. Nécessaire à la vie sociale et au bon fonctionnement du groupe, la règle doit être reliée à la place de l'individu au sein de l'institution. L'individu est fondamental à l'institution au point, ainsi que le souligne le professeur CHEVALLIER, que :

"si les institutions ne peuvent exister sans la participation active des individus qui les composent et les animent, les individus ne peuvent vivre à l'inverse, hors du cadre des institutions, qui constituent l'armature de la vie sociale (...). Pratiquée au niveau des individus, l'analyse institutionnelle vise à retrouver les racines, à découvrir les modalités de leur insertion dans l'ordre social (CHEVALLIER, p. 23).

Le rapport qu'entretient l'individu à l'institution n'est, en ce qui concerne notre étude, qu'une forme de rapport à la *Loi*, ainsi pour Pierre LEGENDRE, "les institutions sont des fictions fondées par l'invention et la répétition d'un discours juridique, c'est à dire

normalisant". Les institutions sont alors comprises comme des dispositifs de normalisation, qui s'efforcent d'obtenir de ses ressortissants le respect des règles communes à la vie sociale du groupe.

Si le critère opératoire de l'outil institutionnel nous permet dans un premier temps d'explicitier, d'une part, le caractère nécessaire de la discipline que le groupe social impose à l'individu, il peut, d'autre part, révéler le processus d'institutionnalisation du groupe.

1.2. L'application : l'institutionnalisation de l'entreprise considérée comme un processus permanent

Les théories patrimoniales, contractuelles ou institutionnelles produites par le discours dogmatico-doctrinal ont toutes prétendu fournir un fondement juridique à l'entreprise, lieu d'exercice du pouvoir de l'employeur. Elles se sont heurtées, soit à des élaborations insuffisantes, soit à une incapacité à rendre compte du droit positif, soit à de forts présupposés idéologiques.

L'analyse institutionnelle présente la particularité de ne pas conférer de caractère idéologique à une recherche de théorisation des groupes sociaux, tels que l'entreprise. Au contraire, elle s'attache à comprendre le processus d'institutionnalisation des groupes sociaux. Ainsi que le souligne un auteur, l'analyse institutionnelle est la seule à "combiner le tout (par exemple : le collectif) et des parties (par exemple : l'individu) en transcendant les frontières rigides entre les matières ou les points d'observation" (MILLARD, 1995, p.1).

A cet égard, au lieu de concevoir l'entreprise, à la manière de Paul DURAND, comme une transcription de la société politique ou comme une application de la théorie de l'institution d'HAURIOU, il convient de l'analyser via le spectre de l'analyse institutionnelle. Cette dernière, également plus précise et plus dynamique que la notion floue de paradigme, révèle alors que l'entreprise et le lieu et l'objet d'une institutionnalisation permanente.

Comme le souligne en effet le professeur JEAMMAUD en dénonçant les thèses personificatrices:

"le fait que l'entreprise soit l'objet d'un nombre croissant de dispositions qui la prennent en compte comme une réalité pertinente, la protègent ou prétendent en favoriser l'éclosion, commande certes de reconnaître en elle une catégorie de du droit français, mais n'impose en rien d'y voir une personne juridique singulière" (JEAMMAUD, 1996, p 22).

Il apparaît sans nul doute et sans que le droit la définisse que l'entreprise soit l'objet d'un maillage normatif croissant. Qu'il s'agisse du droit social, commercial, de la concurrence, ou du droit communautaire, l'entreprise constitue un objet important des règles de l'ordre juridique français et communautaire.

La prolifération de ces règles de droit positif exprime la relation qu'entretiennent les divers ordres juridiques (étatique, communautaire) avec l'entreprise. Cette relation révèle ainsi implicitement et à défaut de définition de l'entreprise une institutionnalisation dans le traitement dont elle est l'objet par ces divers ordres juridiques.

Et c'est sur ce point que l'analyse institutionnelle nous permet de saisir et de comprendre le processus d'institutionnalisation en tant qu'il génère également un ordre juridique. De la définition et du rôle de cet ordre juridique vont à leur tour dépendre les relations qu'il entretient avec les divers ordres juridiques (étatique, communautaire), relations qui permettent au final d'éclairer l'assise juridique du pouvoir disciplinaire.

2. L'INSTITUTION GENÈRE UN ORDRE JURIDIQUE

La normativité est, comme nous l'avons vu, essentielle au fonctionnement du groupe social, au point qu'elle constitue un élément constitutif de l'institution. Et l'encadrement par des règles de la discipline au sein du groupe pose par conséquent la question de la normativité des dispositions qui s'y rattachent. Les concepts d'institution et d'analyse institutionnelle sont en effet intimement liés à la normativité.

Dès lors on ne peut manquer de se demander si ces dispositions sont seulement des normes sociales ou si elles constituent des normes juridiques ?

Par ailleurs l'espace au sein duquel elles vont agir et entraîner des conséquences sur l'individu membre du groupe social doit être circonscrit. A cette fin l'analyse en terme d'ordre juridique semble pouvoir constituer une notion explicative, tant de la normativité que de la question du pouvoir au sein du groupe. (1)

Lorsque la notion d'ordre juridique est précisée et délimitée selon la conception que l'on entend lui donner, elle permet d'expliquer de quelle manière le pouvoir de l'employeur se transforme en droit au sein des systèmes juridiques (2).

2.1. L'abstraction : l'analyse institutionnelle et la genèse d'un ordre juridique

Saisir le surgissement du pouvoir au sein du groupe et analyser de quelle manière le droit entend le canaliser est une opération ou un phénomène que la notion d'ordre juridique (1°), d'une part, et la pluralité des ordres juridiques, d'autre part, permettent d'éclairer (1°)

1° La notion d'ordre juridique

260

Les notions et fonctions de l'ordre juridique dépendent de la définition que l'on donne au mot *droit*. Pour les juristes normativistes l'ordre juridique est un système cohérent et logique de règles ou de normes juridiques. Ils se réfèrent alors à l'unité à la cohésion et à l'organisation interne de l'ensemble de ces normes et règles juridiques en leur conférant le caractère d'un tout, donc d'un système ou d'un ordre. Cette idée d'une unité systémique est ancienne et largement dominante chez les juristes français. On peut se risquer à dire qu'elle fait partie de l'idéologie juridique, c'est à dire d'une perception du droit comme on voudrait qu'il soit. Car il n'est pas certain que le droit d'une société donnée réponde à une telle vision idéale, qui semble faire abstraction des contradictions et des carences internes au système, sans compter que cette conception laisse en suspens la question du surgissement du pouvoir au sein du groupe.

On peut cependant admettre cette vision normativiste à des fins heuristiques ou analytiques, comme hypothèse ou encore comme formulation d'un "idéal type". Dans la méthodologie élaborée par Max WEBER, (WEBER, 1971) l'"idéal type" est un ensemble conceptuel construit à partir de matériaux observés dans diverses situations concrètes, mais qui sont agencés de la manière la plus rationnelle possible pour composer un tout cohérent et unifié. L'idéal type porte ce nom, non pas parce qu'il représente un idéal normatif, un idéal à poursuivre mais plutôt parce qu'il est la représentation la plus épurée d'une réalité. Il en résulte que l'idéal type ne se trouve pas comme tel dans la réalité.

La conception de l'ordre juridique telle qu'élaborée par le juriste italien Santi ROMANO (SANTI ROMANO, 1975) est en tout point opposée à la vision normativiste au point que l'on peut qualifier Santi ROMANO d'anti KELSEN, dans le sens, où comme le fait remarquer Ph. FRANCESCATI dans l'introduction à l'édition française de l'Ordre Juridique : "(...) Santi Romano est l'anti Kelsen, en ce sens que, contrairement à lui, il croit que le droit n'est pas normes mais totalité dépassant la somme des normes et contenant encore bien d'autres choses que les normes (...)". (SANTI ROMANO, 1975).

Au point de départ de sa réflexion ROMANO constate que :

"la nécessité de considérer un ordre juridique comme une unité (...) a été maintes fois relevée. Elle est même devenue une sorte de lieu commun des théories de l'interprétation des lois ; mais il est étrange qu'elle n'est jamais été utilisée et poussée jusqu'à ses conséquences logiques pour la définition du droit". (SANTI ROMANO, 1975, p.8).

Ce qu'il appelle les "conséquences logiques" de l'unité de l'ordre juridique consistent en réalité à faire éclater le cadre trop étroit qui réduit le droit aux seules normes et règles juridiques.

261

Pour Santi ROMANO l'ordre juridique se compose bien entendu d'un ensemble ordonné et structuré de normes, de règles de principes. Mais il comprend aussi :

"(...) les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci. En d'autres termes l'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent plutôt donc l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure. Sous certains angles, on peut même dire que les normes apparaissent comme des reflets des traits essentiels d'un ordre juridique". (SANTI ROMANO, 1975, p.10).

Il découle de ce texte que pour ROMANO l'ordre juridique est une totalité institutionnelle comprenant non seulement les règles mais tous ceux qui les "créent, modifient, appliquent font respecter". L'apport de ROMANO à la compréhension de l'ordre juridique porte moins sur les normes que sur l'organisation qui produit et applique ces normes. Lorsqu'il tente de cerner le concept de droit, ROMANO pose, certaines règles:

"Il faut avant tout le rapporter (le concept de droit) au concept de société (...). Le concept de droit comporte nécessairement l'idée de l'ordre social (...). L'ordre social posé par le droit n'est pas celui qui résulte de l'existence de certaines normes de toutes provenances réglant les rapports sociaux : il n'exclut pas ces normes, il s'en sert même, les intégrant à sa sphère, mais il ne les en précède et ne les en domine pas moins. Cela veut dire que droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi même". (SANTI ROMANO, 1975, p.19).

Le deuxième élément de la thèse de ROMANO qui comporte un intérêt particulier pour notre analyse est celui des relations que peuvent entretenir plusieurs ordres juridiques.

2° La pluralité des ordres juridiques

Le professeur CHEVALLIER s'inspirant de ROMANO et de GURVITCH a repris l'idée de l'ordre juridique mais d'une manière différente et originale. En matière de pluralité des ordres juridiques il précise que la "mise en évidence de leurs interrelations (entre les ordres juridiques) est de nature à éclairer les processus de production du droit" tout en précisant que "le pluralisme des ordres juridiques n'est nullement synonyme de dispersion anarchique" (CHEVALLIER, 1984, p 48).

262

Les relations entre ordres juridiques peuvent être analysées selon deux approches. L'une voit l'Etat et son ordre juridique comme l'ordre dominant les autres ordres juridiques présents dans la société ; l'autre conçoit l'ordre juridique étatique comme un ordre juridique sans pouvoir d'autorité particulier existant parallèlement et conjointement avec d'autres formes d'ordre juridiques. La thèse proposée par Santi ROMANO s'inscrit dans cette dernière perspective. Elle ne s'attache toutefois pas à l'idée de séparation entre les ordres juridiques existants. En effet, selon l'auteur italien les ordres juridiques peuvent entretenir des relations diverses entre eux. Et pour analyser et caractériser ces rapports, Santi ROMANO propose le concept de "relevance" qui permet de déterminer la manière dont un ordre juridique tient ou non compte de l'existence d'un autre. Il s'agit d'un concept permettant d'examiner les différents rapports existant entre les ordres juridiques (CHEVALLIER p. 47).

La relevance juridique est le concept selon lequel "l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre (est) conforme aux conditions mises par un autre ordre" (SANTI ROMANO, p. 106). Cette notion permet d'élaborer les différents types de rapports de hiérarchie, de succession, de dépendance, d'influence entre les ordres juridiques. Le concept permet également, à l'opposé, d'analyser les états d'irrelevance entre ordres juridiques. Celle-ci peut être partielle ou totale, réciproque ou unilatérale. Ainsi le droit de l'Etat peut entretenir des rapports non seulement avec des ordres juridiques qu'il considère pertinents (celui des Eglises, des ordres professionnels, des corporations privées) mais aussi parfois sans s'en rendre compte ou sans le reconnaître – avec des ordres juridiques qu'il considère irrélevants (des sociétés secrètes, des groupements révolutionnaires, des groupes mafieux).

Le concept de relevance est d'une grande utilité quant à la délimitation des relations entre les ordres juridiques. Car le maillon faible de l'analyse institutionnelle réside dans la difficulté d'appréhender la dialectique des groupes sociaux (MILLARD, 1995, p. 407).

En effet, chaque individu est dans le même temps saisi par plusieurs institutions et ordres juridiques (Famille, Etat, Entreprise, Syndicat, Eglise), ce qui peut susciter des contradictions. Et ce sont ces contradictions que tend à gommer le concept d'ordre juridique en reconstruisant le statut juridique de ces relations et de ces institutions, qui seront relevantes ou irrelevantes, selon les cas.

Pour autant dans la pratique les ordres juridiques présentent également une autre difficulté qui a trait à leur identification et à leur délimitation. L'ordre juridique étatique est le plus facilement identifiable et ses frontières sont connues. Mais dans le domaine du droit du travail les ordres juridiques qui lui font face peuvent recouvrir divers vocables : autonomie collective ou normative, ordre juridique socio-professionnel, que nous considérerons comme synonymes.

2.2. L'application : les diverses conceptions de l'autonomie normative des ordres juridiques

Les juristes appartenant aussi bien au courant positiviste qu'institutionnaliste admettent et utilisent les notions de pluralisme juridique mais dans des optiques différentes et difficilement conciliables. A l'intérieur même de chacune des catégories (positiviste et institutionnaliste) se créent des tendances différentes et la doctrine de chacune des deux écoles est loin d'être unanime. Il existe un courant de pensée positiviste autour du droit du travail et de l'entreprise qui a recours au pluralisme des ordres juridiques (1°).

De la même manière, le courant du pluralisme juridique institutionnel n'est pas uni. L'utilisation même du terme institutionnel prête très souvent à confusion et est utilisé par des écoles de pensée tant positiviste que sociologique. A cette fin nous emprunterons le vocable de conception constructiviste pour expliquer notre démarche (2°).

1° La conception positiviste de l'autonomie normative

a. La démarche conceptuelle

Le principe de l'ordre juridique tel qu'élaboré par Hans Kelsen semble difficilement pouvoir laisser quelque place à des formes de pluralisme juridique. En effet pour cet auteur, la norme juridique ressort de son assertion dans un ensemble plus vaste, l'ordre

juridique, qui est conçu comme un ordre de prescription de la conduite humaine. Contrairement à d'autres systèmes normatifs le propre du droit est d'être selon KELSEN un ordre de contrainte. C'est-à-dire un ordre capable d'agir par un acte de contrainte aux conduites considérées comme opposées à ses prescriptions.

L'ordre juridique est également dans la vision kelsénienne un ordre dynamique dans lequel la norme n'est pas seulement valable en raison d'un certain contenu mais aussi parce qu'elle a été édictée selon une certaine procédure. Les normes d'un ordre juridique sont intégrées à une pyramide qui fait que chaque norme doit sa validité à une norme supérieure et se trouve en même temps source de validité d'une norme inférieure. Au sommet de la pyramide se trouve la "Grundnorm", norme fondamentale qui confère à l'ordre juridique à la fois son principe d'unité et le fondement de sa validité. Seule la norme fondamentale n'est pas une norme posée mais supposée, elle est "une fiction à laquelle on ne peut pas ne pas avoir recours, si l'on veut interpréter le droit comme droit" (TROPER, 1991, p 197). Elle est une hypothèse permettant de saisir le droit comme un processus ininterrompu d'autocréation d'une logique propre et non pas une norme supérieure prescrivant de se comporter conformément au droit.

Appliquée avec une certaine souplesse au droit du travail par certains de ses disciples, la théorie pure du droit de Kelsen prétend rendre compte de la fertilité des ordres juridiques. Le professeur ALIPRANTIS revendique en effet une utilisation normative ou positiviste du pluralisme juridique. Pour ce faire il prend soin de préciser que "malgré une opinion très répandue KELSEN n'est aucunement partisan du monopole étatique du droit" avant de plaider pour un élargissement du normativisme vers les réalités du droit (ALIPRANTIS, 1994, p. 193).

L'auteur rappelle d'abord en premier lieu le conditionnement des normes comme trait fondamental de la structure de l'ordre juridique pour lequel il existe différentes couches de normes dont les unes conditionnent les autres. Les normes se distinguent ainsi en trois catégories : normes habilitantes (ou de structure), normes de conduite et normes sanctionnatrices. L'auteur précise alors dans un second temps que "ce que Kelsen n'a pas signalé en raison de son optique exclusivement normativiste, c'est qu'à chaque couche de normes, agissent des forces sociales multiples" et que " le passage d'une couche à l'autre et donc le processus de production du droit n'est pas paisible ; des intérêts opposés s'affrontent en vue de déterminer non seulement le mode de création ultérieure mais aussi le contenu des normes de conduite à créer" (ALIPRANTIS , 1994).

Cette adaptation de la théorie kelsénienne aux réalités rend nécessaire l'analyse des "aspects sociologiques (factuels) du droit" ainsi que le "contexte social et politique, les faits institutionnels".

b. Les conséquences

La démarche entreprise par le professeur ALIPRANTIS et d'autres auteurs³ vise à faire de l'entreprise un ordre juridique.

En quête de la norme fondamentale de l'entreprise le professeur ALIPRANTIS conclut qu'elle ne peut être "autre que celle par laquelle l'entrepreneur-employeur s'investit lui-même du pouvoir de poser (créer) des normes collectives et individuelles, abstraites et concrètes; générales et particulières et aussi d'être le coauteur de normes" (ALIPRANTIS, 1994 p 193).

Cette norme fondamentale institue donc l'acte unilatéral patronal et le contrat de travail (acte bilatéral) comme mode de création de normes dans l'entreprise. A la suite de la norme fondamentale, d'autres normes habilitantes ou de structure pourront être créées dans l'entreprise mais sans qu'elles ne soient réellement nécessaires (ALIPRANTIS, 1994 p 195).

A côté de l'acte unilatéral représenté par le pouvoir patronal et de l'acte bilatéral qu'est le contrat de travail, cette démarche positiviste laisse place à des pratiques, encore qualifiées de coutumes. Ce sont en général des normes de conduite "sans que soit exclue l'éventualité de création de normes habilitantes par cette voie" (ALIPRANTIS, 1994, p. 195). Ainsi la pratique peut instituer le contrat collectif comme mode de création du droit dans l'entreprise, sans que la norme fondamentale s'en trouve modifiée.

Enfin après les normes habilitantes et les normes de conduite, les normes de sanction propres à l'ordre juridique de l'entreprise viennent clore le système. Elles se décomposent en deux étapes : la première relève de l'établissement du principe de la sanction (règle abstraite et impersonnelle, tel le cas du règlement intérieur qui prévoit l'échelle des sanctions) et la seconde présente un caractère concret, elle constitue la norme de sanction individuelle prise en application de la norme abstraite préexistante.

2° La conception constructiviste de l'autonomie normative

a. La démarche conceptuelle

L'école de sociologie du droit de l'Université de Montréal, sous l'impulsion du professeur Guy ROCHER, a entrepris depuis de nombreuses années des travaux et recherches autour de la pluralité des ordres juridiques.

En reprenant les analyses de Max WEBER, de Santi ROMANO et de Jacques CHEVALLIER, Guy ROCHER en vient à la conclusion que :

266

"Ce qui fait qu'un ensemble de règles appartient au droit, c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique. Plus précisément c'est qu'elles émanent d'un agent ou organisme autorisé, qu'elles peuvent être soumises à un agent ou organisme habilité à les interpréter, qu'elles peuvent être mises en œuvre par des agents revêtus de l'autorité nécessaire pour le faire".(ROCHER 1986, p.105).

La formulation donnée par Guy Rocher nous semble constituer une démarche convaincante notamment en ce qu'elle tente de rejoindre à la fois les préoccupations des sociologues et celles des juristes. Elle est certes une démarche de sociologie juridique au sens où Renato Treves la définit comme:

"la discipline dont l'objet principal consiste à développer notre connaissance des fondements de l'ordre juridique, du modèle de changement social et de la contribution apportée par le droit à la satisfaction des besoins et des aspirations sociales". (TREVES, 1988, p. 332).

Mais elle est surtout une méthode que l'on pourrait qualifier d'épistémologique et qui ne vise pas, à l'instar de la conception positiviste, à légitimer une théorie à laquelle elle viendrait apporter appui. Cette conception permet ainsi de déceler les conditions d'émergence d'un ordre juridique socio-professionnel et de le mettre en relation avec d'autres ordres juridiques et particulièrement celui de l'Etat.

Nous avons choisi de dénommer cette démarche du vocable de conception constructiviste, car elle est un outil s'attachant à comprendre, à analyser les processus de création de règles au sein des ordres, ainsi que de relations entre les ordres.

b. Les conséquences

En plaidant, comme nous le faisons, pour une approche interdisciplinaire entre la sociologie et le droit, nous constatons avec plus d'acuité que les systèmes normatifs quels qu'ils soient s'apparentent à des constructions sociales. L'histoire des normes telle qu'elle est

enseignée aux Etats-Unis comme discipline propre (*legal history*) nous apprend également que les modes de production de normes sont des constructions sociales (COHEN TANUGI, 1985).

Un sociologue attentif aux modes de production normative en droit du travail remarque ainsi :

"notre système normatif ne se forme pas un ensemble homogène et cohérent, mais apparaît plutôt comme une superposition de production des normes qui se sont greffées les unes aux autres dans des conditions historiques différentes. La cohérence apparente du système est en fait fabriquée par les acteurs, que ce soit les législateurs, les professionnels du droit, qui par le biais de modifications législatives ou d'une manière prétorienne par les juges tentent de rationaliser *a posteriori* les lignes de partage entre les différents modes de production de normes qu'elles soient internes (accords d'entreprise, règlement intérieur, pratiques...) ou externes (lois, conventions collectives...) à l'entreprise". (BONNAFÉ-SCHMITT, 1994).

La stratégie des acteurs des relations professionnelles dans la mobilisation des règles présente une importance particulière au Québec. Les plaintes et recours en contestation, par exemple, d'une sanction disciplinaire sont en effet conduites et acheminées par le syndicat. Si l'employeur estime sa décision fondée, le syndicat pourra alors saisir pour le compte du salarié un arbitre de griefs.

En matière de négociation de convention collective la stratégie des acteurs est encore plus importante puisqu'ils participent à la production normative. L'arbitre de griefs qui aura la charge d'interpréter ou d'appliquer la convention collective n'hésitera pas, en vertu des valeurs de paix industrielle incarnée par la convention collective, à consacrer certaines pratiques en règles coutumières -souvent basées- sur l'équité pour les imposer à l'employeur.

Le risque, existant également dans la conception positiviste, est celui d'un conflit entre l'ordre juridique étatique et socio-professionnel. Le contentieux des tests de dépistage de drogue en entreprise au Québec met particulièrement en relief la démarche constructiviste de l'ordre juridique socio-professionnel québécois. A travers une étude de l'illégalité des tests de dépistage de drogues, Andrée LAJOIE ouvre une perspective intéressante en termes de pluralisme juridique (LAJOIE, 1995). Elle estime après avoir dressé un panorama critique de la jurisprudence arbitrale en ce domaine, qu'il pourrait être détecté dans ce corpus de règles "le produit d'un ordre juridique distinct régissant les relations du travail, en marge du droit étatique (...)" (LAJOIE p. 59).

En élargissant la particularité cette étude, nous soutenons l'hypothèse que la convention collective, l'employeur, les salariés et leurs syndicats et l'arbitre de griefs sont les

acteurs de l'ordre juridique socio-professionnel. L'élaboration, l'application et l'interprétation des règles régissant leurs relations s'y retrouvent jusqu'au point comme l'a démontré Andrée Lajoie d'entrer en conflit avec les règles de l'ordre juridique étatique.

Les normes véhiculées par l'ordre juridique socio-professionnel québécois présentent le caractère des normes juridiques.

A l'évidence si l'on veut tenter de comprendre pourquoi et comment ces normes tendent à ériger la convention collective et ses acteurs en ordre juridique distinct de celui de l'Etat, il nous semble que la réponse dépende de la définition ou de la conception que l'on entend donner au mot Droit.

Pour les juristes positivistes qui ne voient que de production normative dans l'état et ses organes, ainsi que pour une partie de la sociologie juridique qui lui attribue le qualificatif d'infra-droit ou de non-droit (MILLARD, 1995, p.106), ces normes sont des normes domestiques, sociales, mais en aucun cas des normes juridiques. Eric MILLARD évoque à propos des travaux et de la méthode de Jean CARBONNIER et de ses disciples qu'elle tend à couper l'analyse sociologique de l'analyse juridique, et oppose de manière artificielle le droit comme fait social (le non droit) et le droit-Etat (MILLARD, 1995, p. 106).

Pourtant si l'on considère la règle de droit sous le critère de la contestation on peut dire comme l'affirme la professeure Laurence BOY que :

"la doctrine se réfère désormais à la juridicité pour définir l'appartenance au système juridique. C'est donc l'éventualité du recours à un juge ou à un arbitre qui permet d'affirmer que telle norme de fait est en même temps une norme juridique ou ne l'est pas. C'est ainsi qu'un engagement peut être considéré comme purement moral ou, au contraire, être juridicisé par le juge qui acceptera de le sanctionner (...) au regard de la norme juridique opérant ainsi une clôture normative du système" (BOY).

Loin de nous l'idée de prétendre rejoindre une conception postmoderne du droit et tenter de nier la validité ou déclarer le déclin de l'ordre juridique étatique (BECHILLON). L'utilisation du pluralisme juridique nous permet plus adéquatement que la théorie kelsénienne de percevoir dans les relations professionnelles québécoises une construction non encore précisément délimitée et aboutie, mais qui donne un fondement aux modes de résolution des litiges disciplinaires.

Nous avons eu recours au cours de ces développements à des concepts ressortant de la sociologie juridique afin de comprendre le fondement et le fonctionnement du pouvoir et du droit au sein des systèmes juridiques. La démarche adoptée par les positivistes consiste, à l'inverse, à partir d'un raisonnement préétabli (la théorie pure du droit de KELSEN), pour l'adapter au besoin aux réalités en le sociologisant.

L'analyse institutionnelle, épurée de toute scorie idéologique et utilisée comme un critère opératoire, permet de comprendre le surgissement du pouvoir au sein des groupes. Bien entendu, il n'est pas question d'affirmer un pouvoir qui n'emprunterait pas les voies du droit, un pouvoir sans titre ni limite. Mais l'intérêt de l'analyse institutionnelle consiste dans l'inversion de la chronologie du droit. La loi n'est pas le fondement, mais n'exerce qu'une fonction limitative ou procédurale des pouvoirs auxquels prétendent les institutions. Le droit capte et filtre ces pouvoirs originaires pour les intégrer à l'ordre juridique étatique. La légalité s'impose face aux risques de développement anarchique de l'autorité, mais il s'agit davantage d'une légalité-limite que d'une légalité-création. C'est sur ce point qu'il y a désaccord avec la conception positiviste de la pluralité des ordres juridiques telle que proposée par de brillants auteurs (ALIPRANTIS, 1994, ROBÉ).

La conception constructiviste de la pluralité des ordres juridiques permet en effet d'expliquer la relation entre la société et le droit dans la production de ce dernier. Elle permet au juriste d'analyser le système de normes d'un point de vue statique c'est à dire comme système qui se suffit à lui-même. Mais le concept permet également de faire le lien à différents moments entre les divers systèmes normatifs ou ordres juridiques. Ainsi le professeur Guy ROCHER distingue trois temps du droit : celui de son élaboration, celui du discours juridique et celui de sa mise en œuvre (ROCHER, 1986, p.151).

L'évolution perçue chez les partisans d'un "pluralisme positiviste" est intéressante car elle aboutit à la même description que la conception constructiviste, notamment sur les relations entre ordre juridique étatique et entreprise. Mais elle s'en oppose radicalement en ce qu'elle entend utiliser l'ordre juridique de l'entreprise pour légitimer la thèse kelsénienne alors que la conception constructiviste ne revendique qu'une valeur instrumentale et prétend décrire la réalité sans imposer de modèle dogmatique ou sans vouloir élaborer de théorie à caractère universel.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALIPRANTIS, N. L'entreprise en tant qu'ordre juridique, in *Le droit collectif du travail*, Etudes Hélène Sinay, Francfort, éd. Peter Lang, 1994, p.193.

ALONSO, Ch, DURANTHON, SCHMITZ, J (sous la direction), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 712 p.

BECHYLLON. D. La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité, in E. Serverin et P. Lascoumes, *L'Etat la société civil et la production de normes*. op.cit., pp. 47-76.

BEAUD, O. Préface, in Carl Schmitt, *La Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993.

BLANQUER, J-M et MILET M., *L'invention de l'État*. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne, Paris : Odile Jacob, coll. « Histoire », 2015, 394 p.

BONNAFÉ-SCHMITT, J.-P. Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relation de travail, *Droit et Société*, 27, 1994, p. 341.

BOY, L. Normes, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.html>.
Acesso em 11 de novembro de 2015.

CARBONNIER, J. Carbonnier, Gurvitch et les juristes, *Droit et Société*, 4– 1986, p. 429 et s.

CHEVALLIER, J. *L'Institution*, (Travaux du CURAPP), Paris: PUF, 1981.

CHEVALLIER, J. "L'Ordre Juridique" in *Le Droit en procès*, ouvrage collectif du CURAPP, Paris PUF, 1984, pp. 7-49.

COHEN-TANUGI, L. *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1985.

DELEUZE, G e Guattari G, *L'anti-Œdipe*, Paris: éd. de Minuit, 1972.

JEAMMAUD, A, KIRAT, T, VILLEVAL, MC, Les règles juridiques, l'Entreprise et son Institutionnalisation : au croisement de l'Economie et du Droit, *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 1, 1996.

LAJOIE, Andrée, Pouvoir disciplinaire et tests de dépistage de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme, Ed Y. Blais, coll. Relations industrielles, Cowansville, 1995, 91 p.

LOCHAK, D. Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise et dans l'administration, *Droit Social*, 1982, p. 26.

MILLARD, E. Hauriou et la théorie de l'institution, *Droit et Société*, 1995, 30/31, p. 406.

MILLARD, E. Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris : LGDJ, 1995.

OURY, F., e VASQUEZ, A. Vers une pédagogie institutionnelle, Paris: Maspéro, 1967.

ROCHER, Guy, Le droit canadien, un regard sociologique; in I. Bernier et A. Lajoie (sous la direction) *Le droit, la société et l'économie*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, note 47, p. 105.

ROMANO, S., L'ordre juridique, trad. franç. par L. François et P. Gothot, Paris : Dalloz, 1975, 174 p.

SFEZ, L. La contribution du doyen Hauriou au droit administratif français, Bibliothèque de droit public, Paris: L.G.D.J 1966.

TOSQUELLES, F., Psychothérapie institutionnelle, Paris : 1969.

TREVES, R. "Sociologie du droit", in A.-J. Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 382.

TROPER, M, Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen, La force du droit, Panorama des débats contemporains, sous la dir. De P. Bouretz, Paris : Ed. Esprit, 1991, p. 197.

WEBER, Economie et société, vol. 1, trad. franç. de J. Freund *et al.* Sous la direction de J. Chavy et E de Dampierre, Paris: Plon , 1971

¹ Artigo oriundo de uma pesquisa financiada pelo CNPq.

² G. Deleuze, *Instincts et institutions*, Paris, Hachette, 1955. J.P. Sartre, *Critique de la raison dialectique, tome 1 : Théorie des ensembles pratiques*, 1960, Paris, Gallimard, 1960. R. Lourau, *L'analyse institutionnelle*, Paris, éd; de Minuit, 1970.

³ ROBÉ, Jean-Philippe, "L'entreprise en droit", *Droit et société*, 29-1995, pp. 117-136. "L'ordre juridique de l'entreprise", *Droits*, 25, 1997, pp. 163-177.

Artigo recebido em 20 de novembro de 2015 e aceito em 30 de janeiro de 2016
