

VOLUME 3
2014-2015

LES CHANTIERS DE LA RECHERCHE EN DROIT

INTERDISCIPLINARITÉ SAVANTE
ET PRATIQUE PROFESSIONNELLE

REVUE DU
PROGRAMME DE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

ISSN 2292-0544



RETROUVEZ LA REVUE ET SES PRÉCÉDENTS NUMÉROS À
www.violainelemay.ca/leschantiers

CENTRE DE
RECHERCHE EN
DROIT PUBLIC



Faculté de droit

Université 
de Montréal

LES CHANTIERS DE LA RECHERCHE EN DROIT

REVUE DU PROGRAMME DE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

VOLUME 3
2014-2015

FONDATRICE-DIRECTRICE SCIENTIFIQUE

Violaine Lemay

RÉDACTRICES-EN-CHEF

Elizabeth A. Steyn
Marian Kaldas

COMITÉ DE LECTURE

Samia Amor
Julie Biron
Armin Boroumand
Hon. David Cameron, JCQ
Doris Farget
Konstantia Koutouki
Sandy Lamalle
Alexandra Law
Ejan Mackaay
Benoît Moore
Élise Panier
Yan Senechal
Yenny Vega Cardenas
Joao Velloso
Nicolas Vermeys
Sarah Woodley-Charbonneau

MAQUETTE ET MISE EN PAGE

Florian Martin-Bariteau

IMPRESSION

SIUM

ISSN

PAPIER

2292-0544

NUMÉRIQUE

2292-0552

CITATION

(2015) 3 *Ch. rech. droit* ____

AVIS

*Toutes les opinions émises sont
de l'entière responsabilités des auteur-e-s.*

7

Mot de la fondatrice et responsable scientifique

PAR Violaine Lemay

9

Mot des rédactrices

PAR Elizabeth Steyn et Marian Kaldas

13

Entretien avec Jean-François Gaudreault-DesBiens

PAR Violaine Lemay

RÉGULATION DES SOCIÉTÉS, RÉSEAUX ET TECHNOLOGIE

19

**Law as Network and The Matrix:
Over-affection for my subject made the red pill hard to swallow**

PAR Cristiano Therrien

27

**Law in the Network Society:
How to pass through the land of Law riding an interdisciplinary bike**

PAR Fateme Bostani

31

**Methodological Thinking About My Future Project:
Intellectual Property rights securitization in China and North America**

Lei Cao

DROITS HUMAINS, PROTECTION DES PERSONNES PHYSIQUES ET PLURALISME JURIDIQUE

37

**Cyberguerre et applicabilité du droit international public :
Implications méthodologiques d'une ouverture au pluralisme méthodologique**

PAR Karima Smouk

41

**Les réparations pour violations des droits de l'homme :
Eureka des nouvelles libertés de recherche outre-Atlantique**

PAR Pierre Félix Kandolo On'Ufuku Wa Kandolo

49

**Interactions des acteurs intervenant en faveur de la protection des personnes
en situation d'urgence : Une juriste en « crise identitaire scientifique »**

PAR Juliette Defond

55

**The Tao of Traditional Knowledge:
Constructing a new paradigm for the protection of an ancient art**

PAR Elizabeth Steyn

61

**The protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in Law:
Paving the way for an interdisciplinary approach using legal pluralism and comparative analysis**

PAR Ronald Becerra

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT, RELATIONS ÉCONOMIQUES, INTERNATIONALES ET INTERCULTURELLES

71

**Droit international public de l'environnement
et participation des communautés autochtones en République Démocratique du Congo**

PAR Fimpa Tuwizana Twison

79

**Les enjeux économiques des contrats miniers et leurs impacts environnementaux :
Cas d'exploitation et de traitement des mines de métaux dans la zone CEMAC**

PAR Nature de Destin Andosmoui

85

**Pour une nouvelle approche dans la régulation des relations économiques entre le Canada et l'Afrique:
Les tribulations d'un choix de paradigme**

PAR Abikè Yacoubou-Chabi Yo

89

**Power and corruption in the concept of Law: A study of the various effects of the positive law
in different cultures based on a realistic and structured critical inquiry**

PAR Marian Kaldas

95

Apprendre à se méfier de ses réflexes méthodologiques et savants

PAR Mani Allamehzadeh

DROIT ET MORALE & INTERDISCIPLINARITÉ

101

**Le Juge vecteur de la moralisation du droit du travail :
De l'intuition d'un rôle créateur à une connaissance critique**

PAR Djamila Mones

105

**Droit de l'Église et droit de l'État :
Les vertus d'une vigilance critique destinée à articuler des rationalités différentes sans jamais les confondre**

PAR Éric Nassarah

113

**Les pourparlers pré-contractuels :
De l'opportunité pour un doctorant français de s'affranchir du paradigme dominant de type kelsénien**

PAR Sarah Barry

199

Un conte de fées doctoral

PAR Karima Smouk



Mot de la fondatrice et responsable scientifique

PAR

Violaine Lemay,
*professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal
et chercheure au Centre de recherche en droit public*

Qui aurait cru, en 2008, qu'une petite entreprise de pédagogie alternative au 3e cycle, débutée avec trois fois rien à la Faculté des sciences et des arts, deviendrait le vaste projet éditorial que sont aujourd'hui *Les Chantiers*? Maintenant opérationnel dans trois champs de connaissance différents¹, il réunit dans l'action jusqu'à 20 chercheurs de la relève, selon les périodes de chevauchement des stages. Quoi qu'il en soit, il fait hautement plaisir à une fondatrice d'observer qu'avec cette troisième édition des *Chantiers de la recherche en droit*, les équipes de rédaction de notre faculté se démarquent clairement par leur dynamisme, par leur initiative et par la qualité de leur production.

Depuis le début à la barre de ce numéro bilingue, l'excellente **Elizabeth Steyn** rehausse l'oeuvre d'ensemble par ses interventions intelligentes, par son travail soigné et par sa discipline de fer. Sous son mandat, grâce à l'ouverture des nouvelles autorités décanales², l'important travail de rédaction a pu bénéficier d'une reconnaissance institutionnelle accrue³.

S'est jointe à la direction une autre juriste d'exception, Madame **Marian Kaldas**, dont le charisme et le leadership enthousiastes ne tarissent apparemment jamais, au bénéfice de ses collaborateurs. Soulignons, en parallèle, la richesse interculturelle et la plus value que suppose, pour nos communautés de recherche québécoises, l'apport de ces femmes d'exception venues du bout du monde (l'une d'Afrique du Sud et l'autre, d'Égypte) effectuer un doctorat chez nous pour couronner une déjà importante carrière en droit. Nous nous réjouissons de les avoir rencontrées et accueillies, nous ne pouvions rêver meilleures partenaires dans cette aventure.

- 1 En sciences humaines, en santé publique et en droit. La fondatrice remercie chaleureusement le CRDP, dont le soutien initial sans cesse renouvelé est toujours hautement apprécié. Elle remercie aussi profondément les doyens Benoit Moore et Jean-François Gaudreault-Desbiens, pour leur enthousiasme, leur ouverture et leur confiance.
- 2 Nous remercions spécialement la professeure France Houle, vice-doyenne aux études de premier cycle, grâce à laquelle le projet de reconnaissance a pu prendre forme.
- 3 Le stage de rédaction en chef accorde un crédit de scolarité de doctorat. Le rédacteur ou la rédactrice bénéficie aussi de l'assistance d'un étudiant de premier cycle (DRT 3916). La première étudiante de premier cycle à entrer dans l'équipe de rédaction est Madame Irène Ghaly. L'équipe apprécie beaucoup son travail diligent et impeccable.

Sous leur direction, la revue s'est révélée particulièrement soucieuse de soutenir la qualité et la rigueur du processus de révision par les pairs⁴.

En parallèle, ce numéro innove par l'ajout d'un entretien exclusif avec le doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le professeur **Jean-François Gaudreault-DesBiens**. Avec générosité, ce dernier confie aux *Chantiers* la vision de ce qui, selon lui, caractérise aujourd'hui une recherche en droit excellente et adaptée aux nombreux changements sociaux.

Enfin, dans une multiplicité d'objets qui illustrent bien les tendances de l'heure de la recherche doctorale en droit, les auteurs présentent les projets de recherche qui, quotidiennement, soutiennent leur démarche de troisième cycle. Force est d'observer que, d'année en année, dans la présentation des thèmes passionnent toujours les juristes (les droits humains, la protection de l'environnement, le droit des obligations, etc.), les nouveaux auteurs gagnent en maturité et en prudence dans leur approche de la connaissance. Quoi de plus normal. Qui ne connaît pas le vieil adage selon lequel plus on avance en savoir... plus l'on devient conscient de l'étendue de son ignorance? Les nouveaux auteurs gagnent aussi en réflexivité: il deviennent de plus en plus conscients de ce qu'ils font quand ils «font du droit».

Ainsi, si naguère quelques théoriciens ont pu ricaner au sujet de juristes faisant «du droit comme Monsieur Jourdain, de la prose», la blague tombe aujourd'hui à plat. Les nouvelles élites du droit que sont les candidats au doctorat se font clairement conscientes de leurs gestes méthodologiques particuliers. Ils observent leur valeur démocratique et sa nécessité pratique pour l'État de droit. C'est dire qu'avec la conscience méthodologique vient la légitime fierté du droit. Un droit enfin libéré du spectre des accusations, aujourd'hui dépassées, de savoir purement technique inférieur à d'autres approches universitaires. C'est, notamment, cette fierté que se proposent de partager avec vous les auteurs de très beau numéro des *Chantiers de la recherche en droit*.

Bonne lecture !

⁴ Soulignons que le comité scientifique a ponctuellement profité de l'apport du professeur Benoît Moore, à qui nous sommes une fois de plus reconnaissants.



Mot des rédactrices

PAR

Elizabeth Steyn & Marian Kaldas

« [L]a montée du contextualisme a [...] créé une brèche dans ce que nous appellerons l' « omniscience » du droit. Expliquons-nous brièvement. Une des caractéristiques fondamentales du droit dans la modernité est son autonomie absolue ou quasi absolue, selon les théories. Cette autonomie participe même de ce que Peter Fitzpatrick appelle la mythologie du droit moderne. Dans cette vision, le système juridique constitue un univers à part entière, séparé des autres et autoréférentiel. [...] Cette foi en l'omniscience du droit décline, toutefois. »

— Jean-François Gaudreault-DesBiens¹

Il y a dix-neuf ans, notre doyen s'exprimait ainsi dans sa thèse de doctorat... Le temps s'est écoulé et il se trouve maintenant la tête de notre faculté. Voilà de quoi s'inspirait plus d'un d'entre nous. Nous nous sommes aussi interrogées sur l'état des prétentions d'omniscience du droit aujourd'hui? Ont-elle toujours décliné depuis? Voilà la question qui s'est présentée à nous quand nous construisions ce troisième volume de la revue *Les Chantiers de la recherche en droit* : interdisciplinarité savante et pratique professionnelle. Nous y reviendrons.

Dans ce riche numéro, qui dévoile les thèmes des recherches en cours, nos auteurs racontent leurs interrogations initiales, leurs doutes de chercheurs. Avec ces itinéraires savants, ils révèlent ce qui, dans les faits, distingue les excellents praticiens du droit qu'ils étaient des futurs docteurs qu'ils sont en train de devenir. Passons en revue les thèmes traversés par leurs écrits.

¹ *La critique identitaire, la liberté d'expression ou la pensée juridique à l'ère de l'angoisse. Un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique*, thèse de LL.D., Faculté de droit, Université d'Ottawa, 1997, p.22-23 (non-publiée).

RÉGULATION DES SOCIÉTÉS/ RÉSEAUX ET TECHNOLOGIE

Notre premier collaborateur, **Cristiano Therrien**, nous invite à saisir l'univers des réseaux informatiques à travers sa compréhension très fine du film *La Matrice / The Matrix*². Il partage avec nous sa vision de la recherche, qui est à la fois drôle, singulière et touchante.

En matière de réseaux, **Fateme Bostani**, privilégie de son côté un visage humain : elle nous propose sa conceptualisation progressiste de la notion sociopolitique de « société en réseaux / *network society* », conceptualisation où se rencontrent le droit, la sociologie, l'économie et la philosophie.

Ensuite, **Lei Cao** nous ramène au domaine de la technologie. Il propose une réflexion philosophique sur les questions que soulèvent les droits de la propriété intellectuelle et leur « titrisation ».

DROITS HUMAINS, PROTECTION DES PERSONNES PHYSIQUES ET PLURALISME JURIDIQUE

C'est dans la contribution de **Karima Smouk** que la technologie et les préoccupations humaines et humanitaires s'unissent : dans le cadre de son doctorat, l'auteure souscrit au courant *Law and Literature* pour une réflexion sur des questions de droit international en matière cyber, notamment la cyberguerre.

Pierre Félix Kandolo On'Ufuku Wa Kandolo, quant à lui, propose une étude poussée sur l'interdisciplinarité en tant qu'outil de réflexivité critique au service des droits de l'Homme. Il le fait dans une optique de réparation pour rendre justice aux victimes de violations de ces droits.

De même, **Juliette Defond** met en lumière sa passion pour la protection juridique et physique des personnes en situation d'urgence, tout en retraçant dans sa propre histoire, la « crise scientifique » d'une juriste « élevée à la française. ».

Ensuite, la réflexion offerte par **Elizabeth Steyn** s'intéresse à la nature de la passion qui l'allume, ainsi que ses objets principaux et ses racines. L'auteure a pour dessein de repenser le paradigme sur lequel se base actuellement la protection des connaissances traditionnelles des peuples autochtones et elle fait état des bases sur lesquelles elle débute son travail.

Enfin, **Ronald Becerra**, se penche aussi sur le domaine des connaissances traditionnelles, mais il s'y inscrit, quant à lui, plutôt dans l'optique de la biodiversité et du pluralisme juridique.

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT/RELATIONS ÉCONOMIQUES, INTERNATIONALES ET INTERCULTURELLES

La protection des peuples autochtones et la conservation de l'environnement se rejoignent avec la contribution de **Fimpa Tuwizana Twison**. Ce dernier s'intéresse tout particulièrement au droit international public de l'environnement et au droit de l'environnement congolais, dans une perspective de développement durable.

De même, **Nature de Destin Andosmoui** se passionne pour la lutte contre les dégâts environnementaux occasionnés par l'exploitation minière dans les pays en voie de développement, plus précisément en zone CEMAC. Ces articles interrogent le droit établi en le mettant en contexte.

2 Le thème cinématographique de « la matrice » se montre paradoxalement propice à la réflexion en théorie du droit. Ainsi, Gunther Teubner, rangé parmi les juristes les plus influents de la planète, y réfère aussi dans ses analyses. Voir par exemple : G. TEUBNER, « The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by « Private » Transnational Actors », *Modern Law Review*, Vol 69, pp.327-346, 2006.

Pour sa part, **Abikè Yacoubou-Chabi Yo** aborde le thème des relations économiques internationales avec son projet d'analyse du droit des relations économiques afro-canadiennes. Elle souligne l'importance de tenir compte des diversités culturelles existantes lorsque l'on tente d'intégrer les droits de l'Afrique et ceux du Canada.

C'est par ailleurs, le concept de diversité culturelle même qui intrigue **Marian Kaldas** dans sa quête. Elle cherche la raison pour laquelle, en matière de lutte contre la corruption, des dispositions juridiques semblables, au Canada et en Égypte, n'ont pas nécessairement des effets équivalents.

Enfin, **Mani Allamehzadeh**, s'attache à réaliser « une étude lucide sur la culture juridique québécoise », entreprise pour les fins de laquelle il choisit de faire appel aux connaissances de la psychosociologie.

DROIT ET MORALE / INTERDISCIPLINARITÉ

Nos trois auteurs suivants s'intéressent tout particulièrement à la question de l'interrelation entre le droit et les autres champs du savoir. Les deux premiers le mettent en relation avec la philosophie morale. Dans une contribution novatrice, **Djamila Mones** s'interroge sur l'influence potentiellement croissante du recours à la règle morale dans les décisions relatives aux relations d'emploi. Elle s'intéresse particulièrement à l'évolution interne du droit du travail, telle que conceptualisée par le juge.

De son côté, **Éric Nassarah**, prêtre et juriste, se consacre à la problématique du secret sacramentel. En vertu de nouvelles exigences légales de dénonciation, il interroge: La loi étatique fait-elle du prêtre « le complice de ceux et celles qu'il confesse » ? En découle une série de considérations concernant les relations entre droit étatique et droit canonique qui, toutes, doivent faire partie de sa recherche.

Enfin, **Sarah Barry** réfléchit sur la toile de fond que forme sa formation juridique à la française, encadrée de façon assez restreinte par un positivisme classique de type Kelsénien. Elle explore l'ouverture épistémologique, dont elle a pris conscience pendant son parcours doctoral, que lui offrent des études en sol québécois. Finalement, elle constate que, si l'interdisciplinarité offre « un nouvel espace de liberté » aux chercheurs doctoraux, celle-ci n'est pertinente que lorsqu'elle est utile pour répondre à la question choisie par le chercheur: si le chercheur opte pour une question juridique classique, elle n'est pas nécessaire. L'interdisciplinarité est une voie nouvelle, mais ni meilleure ni toujours justifiée. Dans le contexte de sa thèse, elle explique donc pourquoi elle choisit de poursuivre ses recherches en les fondant sur le paradigme dominant (le droit classique) en excluant le recours à l'interdisciplinarité, mais en toute connaissance de cause. Pour l'auteure, il s'ensuit que, face au questionnement qui est le sien, le recours à l'interdisciplinarité n'aurait été qu'une « curiosité intellectuelle ». Sa décision de demeurer dans le paradigme dominant découle dorénavant de choix éclairés.

Pour finir en beauté, **Karima Smouk**, juriste et artiste en parallèle, nous offre son « conte de fée doctoral ». Une sorte de prestation poétique racontant le ravissement de l'étudiante arrivant des continents européens, habituée aux formes rigides du classicisme pur en droit, lorsqu'elle découvre le monde de liberté de recherche qu'offre le doctorat en droit, de ce côté-ci de l'Atlantique.

Comme le constatait déjà avec justesse, il y a vingt ans le jeune Jean-François Gaudreault-Des-Biens en tant que doctorant, le droit ne se regarde plus lui-même comme omniscient: il sait ne pas tout savoir. Il se montre conscient de ses relations de dépendance avec les savoirs externes. Il

est de moins en moins «autiste», voire de plus en plus conscient des juridictions qu'il partage, dans l'implicite, avec d'autres ordres juridiques. En revanche, à travers une interdisciplinarité bien menée, le droit, plus que jamais, revendique son autonomie comme toute discipline universitaire doit le faire: c'est à lui de déterminer les règles de son savoir spécifique.

On sait aujourd'hui que le destin des disciplines n'est pas d'arriver à identifier la «meilleure» d'entre elles, la seule et unique «vraie» connaissance, qui serait basée sur une méthode «parfaite» dans l'absolu et qui devrait s'imposer à tous. Nous sommes entrés dans l'ère des différences méthodologiques. Les procédés de recherche se révèlent aujourd'hui différents, adaptés aux différents projets savants qui les meuvent, d'égale dignité savante, mais complémentaires dans la poursuite de savoirs désormais relatifs. Le savoir du droit n'est pas le savoir des autres disciplines. Les objectifs sur lesquels il s'est historiquement construit lui sont propres: administrer la justice, produire de l'ordre étatique, encadrer l'exercice décisionnel des autorités étatiques habilitées à dire le droit et en empêcher l'arbitraire. Cette discipline, contrairement à celles des sciences naturelles ou humaines, n'est pas assise sur l'objectif d'*expliquer* les phénomènes, mais sur celui de *décider et dire quoi faire*. La connaissance en droit s'ouvre maintenant au dialogue qu'est l'interdisciplinarité. Les articles de ce numéro sont autant d'illustrations du besoin scientifique de recourir aux perspectives externes lorsque l'auteur ressent le besoin d'*expliquer des phénomènes*, et de mettre en relations ces explications lorsque vient le temps de revenir au droit, afin de *dire quoi faire* en étant éclairé par les explications parallèles.

Souvent désireux d'*expliquer des phénomènes inhérents aux objets* de leur thèse, nos auteurs puisent à des savoirs aussi variés que les technologies informatiques, la sociologie, l'anthropologie, la philosophie, les sciences politiques, les sciences religieuses, la psychosociologie et l'économie.

En dernière analyse, l'approche classique du droit tout autant que l'interdisciplinarité se révèlent précieuses à la recherche et d'égale importance en termes de valeur universitaire. Nous, juristes de troisième cycle, sommes maintenant libres de faire le choix entre l'une et l'autre. À nous de le faire pour le meilleur... en évitant les écueils. À vous, chers lecteurs, il appartient d'en jauger le degré de réussite.



Entrevue

AVEC

Jean-François Gaudreault-DesBiens

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal

PAR

Violaine Lemay

Violaine Lemay : Monsieur Gaudreault-DesBiens, on sait aujourd'hui que la scène juridique a changé. On parle de mondialisation, de cyberjustice, de l'ère du travail en équipe multidisciplinaire, etc. Quels sont, selon vous, les nouveaux besoins de la recherche en droit?

Jean-François Gaudreault-DesBiens : Appréhender la question des besoins de la recherche peut se faire à partir d'angles différents. Il y a la formation à la recherche, le financement de la recherche et, évidemment, les débouchés de la recherche. S'agissant de la formation à la recherche en droit, elle concerne tous les juristes, pas seulement ceux ou celles qui décident de faire des études supérieures ou qui décident de s'inscrire à un programme. La recherche constitue certes une composante importante de certains programmes d'études supérieures (LL.M avec mémoire ou doctorat, pour nommer les plus évidents), mais elle constitue aussi une composante importante de la formation des juristes au premier cycle. Où qu'ils soient, quoi qu'ils fassent, les juristes font de la recherche; ils doivent ainsi pouvoir formuler une question et trouver les moyens d'y répondre avec compétence, rigueur et, lorsque nécessaire, une certaine créativité.

Je pense qu'un des premiers défis qui se posent à tous les juristes et qui interpellent leur formation à la recherche, c'est celui de devenir « agile ». Ce mot « agilité » peut être négativement reçu, selon une certaine école de pensée. « Agilité » peut renvoyer à un certain néolibéralisme, à l'employé « agile » qui serait compressible, voire réductible, mais ce n'est pas ce à quoi je fais référence ici. Je fais référence à la capacité d'adaptation des juristes, non pas à des contraintes imposées d'en haut, mais bien aux interlocuteurs avec lesquels ils doivent dialoguer, aux situations au regard desquelles ils doivent intervenir. On parle donc d'une capacité d'adaptation à des contextes différents - contextes culturel, social, politique, économique - de manière à mieux calibrer leurs interventions et à répondre aux véritables besoins de leurs clients ou donneurs d'ouvrage. Pourtant, cette agilité renvoie à une certaine forme d'intelligence culturelle, la culture étant ici envisagée dans une perspective large. Il peut par exemple s'agir des cultures disciplinaires. Le juriste d'aujourd'hui (qu'il soit avocat, notaire, ou même quand il n'agit pas dans un cadre professionnel) doit, comme bien d'autres acteurs sociaux, nécessairement être en mesure d'établir un dialogue fructueux avec des professionnels qui arrivent d'autres horizons disciplinaires. Il ne s'agit pas de s'ériger en spécialiste des autres disciplines, mais de dialoguer et d'en arriver à se comprendre

pour optimiser nos interventions. Dans cette optique, les juristes doivent faire des efforts pour participer à la construction d'un langage commun, intelligible de part et d'autre. Ils n'assument pas seuls ce fardeau, mais ils ont la responsabilité de se décharger de la part qui leur revient. Au final, je préfère cette idée d'intelligibilité parce que elle ne suppose pas de renoncer à ce que l'on est, loin de là. Elle suppose de faire un effort pour adapter son discours à d'autres, pour qu'il soit compris, et réciproquement.

VL: Rester qui on est au plan disciplinaire, j'aime bien, car c'est très important dans une interdisciplinarité bien menée, mais on y reviendra. Quand vous parlez d'agilité... j'observe que vous référez à celle qui permet notamment de se mouvoir aisément d'un univers disciplinaire à un autre...

JFGD: Non seulement d'un univers disciplinaire à un autre, mais aussi d'une compétence de base à une autre. Je parle de la compétence qui est présente même dans la perspective strictement juridique d'une avocate qui, par hypothèse, doit se poser des questions quant à l'administration de la preuve dans une affaire quelconque. De plus en plus, le droit, quel que soit le champ, se déploie en s'appuyant sur ce que l'on appelle des savoirs externes, ou sur des preuves d'experts qui viennent appuyer tel ou tel argument. Le problème qui se pose, pour les juristes, est que, souvent, ils ne sont pas suffisamment outillés pour séparer le bon grain de l'ivraie. On le voit avec les débats relatifs à la qualité de l'expertise, au-delà même de sa recevabilité dans telle ou telle cause. Cela renvoie à des questions épistémologiques très importantes, mais cela aiguille également l'attention sur la capacité que devraient avoir les juristes de développer de bonnes intuitions, de poser de bonnes questions pour mesurer le sérieux de celui ou celle qui se prétend expert.

Prenons l'exemple des débats relatifs au droit dans ses relations avec la psychiatrie. Plusieurs auteurs ont récemment écrit sur le sujet, dont la pertinence s'est révélée à l'envi dans des procès récents extrêmement médiatisés. Je pense notamment à l'affaire Turcotte. D'une certaine façon, on peut avoir l'impression que le droit accepte d'être colonisé par des sciences externes, le tout sans avoir les moyens intellectuels de faire la part des choses entre les propositions que lui font ces sciences externes, propositions qui ne sont souvent rien d'autre que des « lectures », généralement contentieuses, de telle ou telle situation. De tels enjeux renvoient à la formation à la pensée juridique et à la formation à la recherche. Bref, à la formation fondamentale du juriste.

VL: Vous avez employé un mot fort et nécessaire, le mot « colonisé » par les autres disciplines. Il est clair que, actuellement, notre discipline fait face à un risque de colonisation. Elle est dans une dynamique de recherche d'équilibre entre la conservation des valeurs sûres en droit — dont une certaine base classique qui ne s'enseigne qu'en faculté de droit, qui en définit la spécificité comme discipline et la valeur propre —, et l'ouverture aux autres savoirs qui, peut-être, actuellement en faculté de droit, va trop loin. Tant lorsque vous référez à la nécessaire agilité du juriste contemporain que lorsque vous référez aux débats sur l'expertise, il y a aussi cette idée de recherche d'équilibre... Ce qui m'amène à vous poser une question... En quoi, à votre avis, la recherche contemporaine à l'UdeM a la particularité de conserver cet équilibre entre la conservation des valeurs sûres et l'ouverture aux besoins contemporains et au changement? Croyez-vous qu'il y a un bon équilibre, actuellement, dans notre faculté?

JFGD: Je pense que, empiriquement, la recherche qui se fait à l'UdeM s'appuie toujours sur un socle très solide, qui est celui de la connaissance que le droit lui-même génère, une connaissance interne. Elle ne le fait plus en vase clos comme ce fut jadis le cas dans toutes les facultés de droit. Ça fait longtemps qu'on a dépassé cette manière de voir, et ce dans toutes les disciplines ou dans toutes les sphères ou branches du droit. Je pense qu'il y a une conscience aiguë, chez les chercheurs/professeurs de l'UdeM, du fait que le droit se produit en société. Tous métabolisent à différents degrés l'ancrage du droit dans la société. Le droit influe sur la société et la société influe sur le droit. C'est un fait établi, connu. C'est un acquis même dans les travaux classiques doctrinaux, où l'on évoque des perspectives de réforme en mettant en lumière certaines dissonances ou certains problèmes qui découlent d'une absence de correspondance entre le droit et la société — encore que le droit n'a pas à « correspondre » entièrement à la société, du fait de sa nature foncièrement normative. Mais, comme on le sait, la distinction entre fait et valeur, que recoupe celle entre fait et droit, n'est pas exactement étanche...

VL: Le droit a une autonomie?

JFGD: Le droit a une autonomie et celle-ci s'arrime à sa vocation normative. C'est du reste ce qui indispose tant de personnes oeuvrant dans les sciences sociales! Le droit est un savoir décisionniste; il doit tracer la ligne à un moment donné. C'est vrai pour le droit de l'État; c'est également vrai pour d'autres types de droits, comme les droits religieux. La question, et c'est là que l'ouverture à certaines disciplines devient intéressante et nécessaire

(et dangereuse, aussi, si l'on ne reconnaît plus d'autonomie au droit), est de savoir en quoi le droit se différencie des autres disciplines. À un moment donné, ce n'est pas un rapport de «véridicité» que le droit établit, mais bien un rapport d'autorité. Le mode d'exercice de ce rapport peut être plus ou moins consensuel; ses modes de légitimation peuvent varier, mais l'autorité - et la reconnaissance de celle-ci par les destinataires des normes - est une dimension constitutive du discours juridique. Pour toutes sortes de raisons contextuelles sociales, politiques, économiques, un État ou une organisation décide de telle manière plutôt d'une autre. L'autre manière était peut-être aussi envisageable ou valable, mais il est décidé d'aller dans un sens plutôt que dans un autre: cela renvoie aux choix politiques effectués par le législateur ou l'autorité décisionnelle légitime. Ces choix politiques sont transformés en normes reconnues comme contraignantes et appliquées comme telles. La décision, dans ce cadre, renvoie selon moi à un processus qui repose aussi sur un examen rationnel des faits devant inévitablement intégrer ce qu'on appelle les faits «désagréables», soit des faits qui ne correspondent pas à l'idéologie que l'on veut mettre de l'avant. Je ne peux m'empêcher de faire un clin d'œil au juge Louis-Philippe Pigeon, qui disait que «le droit est la politique dans ce qu'elle a de plus stable» — ou quelque chose du genre. Il avait raison. Le droit est précédé de choix. Des politiques publiques sont mises en avant, elles sont stabilisées. Elles pourront être changées dans cent ans, ou même dans dix ans, peu importe. Tant qu'elles ne sont pas changées, elles sont là, établies par l'ordre étatique... Et, surtout, l'État de droit présuppose qu'on ne peut les changer de manière arbitraire ou sans respecter un certain processus.

VL: Bien dit! Si vous le permettez, revenons maintenant au chercheur de la relève, à ce chercheur au bénéfice duquel sont tout entiers consacrés *Les Chantiers*. Le chercheur de la relève se montre bien conscient de cette spécificité normative du droit. On la lui enseigne maintenant. S'il opte pour l'interdisciplinarité, quelquefois, c'est au nom de l'avancement de cette discipline normative. Par exemple en ajoutant des forces argumentaires supplémentaires à celles du droit, qu'elles soient philosophiques ou scientifiques. Par contre, s'ouvrir aux autres savoirs, vous l'avez dit tout à l'heure, ça peut être dangereux. Il faut s'assurer de garder cette spécificité du droit, même en le quittant sporadiquement pour voyager dans les savoirs non pas normativistes ou performativants, mais objectivants, comme les sciences humaines. Nos jeunes chercheurs sont-ils prémunis contre ce danger?

JFGD: Je pense d'abord que, dans les cours, les étudiants sont exposés à des professeurs qui eux-mêmes sont des chercheurs qui oeuvrent de manière très utile et très légitime dans plusieurs types de recherches. Nous avons une faculté que je qualifierais de libérale au sens philosophique du terme. On trouve de tout, mais de tout très bon. Deuxièmement, la recherche est extrêmement valorisée par le milieu. Il y a des centres de recherche, des chaires de recherche, et des professeurs qui rayonnent individuellement au bénéfice de leurs étudiants et de leur institution. Les étudiants de tous les cycles, même du premier, sont appelés à faire de la recherche. Ils sont incités à faire acte de candidature comme assistants de recherche. Ils s'intègrent à des équipes, à des projets. Ils tissent des liens avec d'autres étudiants qui, eux aussi, mènent un projet de recherche. Notre milieu offre un soutien, il permet des échanges d'idées, il permet de construire des réseaux. Inévitablement, il y a une part d'angoisse pour le jeune chercheur ou la jeune chercheuse qui entre dans le milieu de la recherche. C'est un saut dans le vide... Il y a une question sans réponse, il y a quelque chose qui nous tarabuste et on veut aller plus loin, on veut essayer de trouver une réponse valable... et de dire «voilà, nous pensons que telle réponse, dans cet éventail de réponses, est la meilleure.» Cela n'est pas facile. Le fait de se retrouver dans un milieu où il y a plein d'autres personnes qui se retrouvent dans la même situation que nous, avec qui on peut échanger, c'est déjà absolument formidable.

VL: Et, dans la carrière de l'universitaire en herbe, comment évaluez-vous l'importance pour lui de publier, de se construire un CV?

JFGD: Je pense qu'il faut ici distinguer l'étudiant en situation « usuelle », qui fait de la recherche dans le cadre d'un programme d'études, du jeune chercheur qui ultimement espère intégrer le milieu universitaire comme professeur. Ce n'est pas la même chose. Évidemment, les conseils que je donnerais aux seconds ne s'appliquent pas nécessairement aux premiers... Cela dit, je pense que la question de la publication et du rayonnement devient très importante. Il y a une dimension très pragmatique à cela. Il y a de moins en moins de postes de professeur, pas simplement en droit, mais partout. La plupart des universités ne sont pas en mode de croissance, elles sont en mode de stagnation sur le plan budgétaire. Mais cela fait quand même longtemps que les ouvertures de postes sont peu fréquentes. Il y a eu la période des trente glorieuses, où il y a eu une croissance exponentielle des ressources professorales des universités. En droit, on a assisté à un changement de dynamique. Les professeurs de carrière se sont in-

tégrés aux universités alors que, pendant longtemps, l'enseignement était surtout effectué par des juges et autres professionnels du droit, généralement chargés de cours. Il y a donc eu une période où l'on a beaucoup embauché et cela s'est grosso modo terminé à la fin des années 80. Après cela, il y a eu une stagnation, voire une décroissance. Depuis, les universités, surtout au Québec, sont en quelque sorte contraintes de vivre une dynamique perpétuelle de « montagnes russes », si l'on peut dire. Il existe donc des enjeux certains quant aux possibilités d'accéder à une carrière universitaire par le truchement d'un poste menant à la permanence. Un phénomène d'entonnoir a ainsi émergé. Alors que les postes sont peu nombreux, le nombre de docteurs en droit est croissant - car il faut maintenant un doctorat pour devenir professeur de carrière en droit, ce qui, en Amérique du Nord, n'était pendant longtemps pas le cas - tout cela dans un contexte où de plus en plus de programmes sont offerts, et où la concurrence s'exprime à l'échelle mondiale. Cela fait en sorte qu'il y a de plus en plus d'excellents candidats au professorat qui, malheureusement, ne trouvent pas de travail, du moins sur une base permanente. En pareil contexte, pour toute personne qui aspire à une carrière universitaire, tant en droit que dans d'autres disciplines, il faut penser de manière stratégique. Il faut essayer de contrôler les variables que l'on peut contrôler. Parmi les variables, il y a

celles du rayonnement et des publications. On peut essayer de trouver les moyens, pendant ses études, de faire des conférences, de se faire connaître comme auxiliaire de recherche, de publier dans de bonnes revues et cela est très important. En revanche, tout est une question de dosage. On veut que la thèse avance assez vite; on ne peut donc passer trop de temps à préparer des articles. Mais il faut tout de même le faire de manière raisonnable. Il n'y a pas de recette magique, mais il est clair que le fait de se donner à voir, au moment de faire acte de candidature, avec des résultats identifiables, notamment quelques bonnes publications, est important. Cela participe de ce qui va faire qu'un dossier va se retrouver en haut de la pile plutôt qu'en bas de la pile....

VL: Dans les circonstances, je crois qu'on peut conclure tous deux à l'effet que l'opportunité qu'offre *Les Chantiers de la recherche en droit*, avec l'accès au stage de rédaction en chef, avec l'opportunité d'expérimenter le processus de révision par les pairs et, ne serait-ce qu'avec l'invitation précoce à publier, est une excellente opportunité pour nos doctorants...



**RÉGULATION DES SOCIÉTÉS,
RÉSEAUX ET TECHNOLOGIE**

Law as Network and *The Matrix*

Over-affection for my subject
made the red pill hard to swallow



CRISTIANO THERRIEN

Cristiano Therrien (LL.B. Universidade Federal do Ceará) (LL.M. Universidad Complutense de Madrid). He has worked as a lawyer and lecturer in Information Technology Law in Fortaleza, Brazil since 2001. He is currently an LL.D. candidate (Université de Montréal) under the supervision of Professor Pierre Trudel, and a doctoral researcher at the Centre de recherche en droit public (CRDP).
» cristiano.therrien@umontreal.ca

ABSTRACT

The present article develops a parallel between the symbolic elements of the movie *The Matrix* and the elements of methodological awareness necessary for doctoral research, focusing on the process of choosing to see through different realities or paradigms conducted between the characters Morpheus and Neo as a metaphor for the reflexivity that the doctoral candidate is challenged to perform himself.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	20
1. "Follow the white rabbit"	20
2. "...Feeling a bit like Alice, tumbling down the rabbit hole?"	21
3. "How deep the rabbit hole goes..."	23
Conclusion	25

Introduction

This article constitutes an external record of an exercise of reflexivity about my legal reasoning, which started in a thesis seminar of the doctoral law program at Université de Montréal, and it will still echo through my thesis development. This reflexive exercise involved an “academic self-assessment analysis” that demanded me to write in a first person perspective, thus avoiding an impersonal approach that would be almost impossible to succeed. For the sake of making this (sometimes shocking, sometimes boring) personal process even more involving and illustrative, I related the challenge of facing my unconscious paradigms to imagery from the movie *The Matrix*,¹ revealing more elements about my thinking than I had expected to find.

The first part of the text/exercise is dedicated to my academic and professional background, in order to understand key elements of my identity and the choices that took me up to that moment. The second part focuses on the epistemological values and methodological approach that I adopted by default, from where I departed in the reflexive process. The third and final part addresses my thesis project, especially old and new interdisciplinary concepts and perspectives that emerged from discussions and readings in the doctoral seminar. Each part starts with references taken from the pop science-fiction action movie, which contextualize and directly relate to the three main acts described with reference to my academic non-fiction (drama?) task: “Wake up, Neo...”²

1. “Follow the white rabbit”³

During a doctoral seminar focusing on methodology, after many exercises of critical thinking and self-examination of the reasoning processes, a striking imagery came to my over-Hollywood-exposed mind: *The Matrix*, by the Wachowski brothers. Apart from being the first DVD I ever bought, this iconic movie comes from a time

when the Internet was still a recent subject of study in law, yet it displays symbolism that is useful to represent individual and collective “virtual constructs” of reality that could also be called “paradigms”.

In this movie the nature of reality, what constitutes the so-called Matrix, the ways to perceive it, and how to face and live in its different dimensions, constitute the major theme of the two main characters “Neo” and “Morpheus”. Neo is frequently described as the one, the eon, the neophyte who seeks Morpheus, searching for answers to fundamental questions, whatever it takes; Morpheus, named after the mythical god of dreams and linked to enlightenment, looks for Neo to reveal to him that the answers depend on a choice of paths, with very different perspectives. In many ways, this plot resembles the implicit and explicit choices inherent in a doctoral thesis.

Consequently, if I choose to responsibly interfere in the specific realities of my thesis research, I have to consciously understand the virtual constructs and/or paradigms related to my doctoral subject, knowing that this will include (the idealized image of) myself, because a researcher is not only an observer but part of the picture and part of the mirror. So, just as Morpheus induced Neo, “know thyself”.⁴

“A man who accepts what he sees because he expects to wake up”.⁵ If any interested person or analytic machine tries to summarize my profile (“to google me”), based only on information available on the main social networks, he/she/it might easily find that I became a legal thinker/technocrat, with a computer geek and social activist background. Such a hybrid profile began on the doorstep of university, facing my doubts in choosing between computer science, sociology, or law courses for purposes of an initial formation – a time when I was a young man looking for knowledge/power to change the world. I somehow still carry these doubts.

During my undergraduate course of law at Universidade Federal do Ceará (Brazil) in the pre-Internet era, my main concerns as a student, computer lab trainee and research assistant focused on the use of Information Technology (IT) to improve legal procedures and

1 *The Matrix*, prod. by Joel Silver (1999; Warner Brothers, 2000 dvd).

2 Silent message in Neo’s computer, which causes him to wake up from sleeping on his desk.

3 Another message in Neo’s computer, implicitly referring to the white rabbit character (from the work of Lewis Carroll, *Alice’s Adventures in Wonderland* (Dayboro: Emereo Pub, 2012) who attracts Alice to Wonderland).

4 Ancient Greek aphorism inscribed in the temple of Apollo at Delphi, used by many authors throughout human history, and written over the Oracle’s kitchen door in *The Matrix*.

5 Morpheus describing Neo, just before explaining to him that the world was not limited to what he knew up to then.

courts management. My Master's degree in IT law, completed at Universidad Complutense de Madrid (Spain), created a significant change in my thinking, combining a technological framework with a positivist understanding of personal data protection in the context of disruptive technologies changing society.

During the next 12 years, working as a lawyer specializing in technology, and as a cyber law professor, I had to face many distinct and contradictory cases where my clients and students helped me to find intriguing gaps between the "virtual facts" of the legal provisions of civil codes and the "new facts" that arose from the adoption of IT in most areas of human activities. Working on the emerging legal boundaries of the network society, frequently in courts and in contracts, I had no other choice in cases of non-existing and flawed national laws other than to look abroad, appealing to international law (always under the dominant/authority paradigm⁶ of law), and even to authors in other areas of knowledge. From this practical (and consequently, theoretical) need to look beyond the vertical structures of Brazilian law that I had learned to accept at the law school, I found, even at that time, my reasoning intertwined with other forms of understanding law, in approaching law as a network, something that would make more sense later within the framework of my doctoral program.

Adding one more professional layer to that period of continuous learning, my proximity to IT public themes brought me to work closely with the municipal administration of Fortaleza, where I was responsible for a technology district law. Later, incidentally, I became a sort of Chief Information Officer (CIO) of the City Hall - the main person responsible for all technological infrastructure, systems and IT policies of the town - and I spent the next four years trying to forge the foundations of a smart city project. While my ambitious City Hall objectives were only partially achieved, my efforts were more successful in forging an amalgam of contents and abilities, as well as formulating many questions about IT law and urban challenges that would be useful afterwards as a doctoral candidate.

After a fairly long interval between my Master's degree and the commencement of my doctoral studies, the cumulative knowledge and sensitivity derived from those experiences led me to believe that an inescapable need existed for interdisciplinary analysis and solutions to

6 Geoffrey Samuel, "Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists?", *Journal of Law and Society* 36, no. 4 (2009), 431.

almost any kind of problem, and left me with many concrete questions that became the subject matter of my doctoral research. Yet no practical experience, intellectual grounding and/or strong goodwill would prove sufficient for the main epistemological task ahead.

2. "...Feeling a bit like Alice, tumbling down the rabbit hole?"

In the thesis seminar at the Faculty of Law, a powerful and precise image⁸ from *The Matrix* instantly came to mind when I was challenged by our professor to make a reflexive analysis of my methodological choices in approaching the realities/paradigms that formed part of my initial thesis problematic: the well-known scene in which Neo chooses between the "blue pill" and the "red pill".

The blue pill represents unconscious conformity, uncritical acceptance and psychic continuity of the dominant paradigm of reality: in other words, believe only in what you already know, think whatever you want, and remain there comfortably. The red pill represents acceptance of doubt, risk of the unknown and a change of view about the reality that you have been told: Neo will follow Morpheus and "stay in Wonderland"⁹, knowing that there will be no turning back, and possibly facing a demanding revelation. In the film, the specific moment of the choice is represented by the dual reflexive images of Neo in Morpheus' glasses, which reminds us of the doctoral student's image of him/herself under the inquisitive look of his/her thesis director or methodology professor.

The duality of Neo and Morpheus may serve as a metaphor for a student and professor, as well as for many other dualities: left and right brain hemispheres, consciousness and unconsciousness, super-ego and id, *Gaia* and *Aether*, *Yin* and *Yang*, *Shiva* and *Shakti*, *Anima* and *Animus*, thinking and intuition, etc. Even if those dualities are partial and insufficient to enable comprehension of the whole process of questioning and de-

7 Morpheus asks how Neo feels, using another reference to Lewis Carroll's best-known work, *Alice's Adventures in Wonderland*. Neo agrees.

8 Maybe because it felt amusing to summarize the whole process in a pop culture image, or because it was part of my geek paradigm, or maybe for both reasons.

9 Where Alice's adventures take place with unpredictable outcomes.

termining methods of understanding reality, they also represent the limitations and boundaries of language, culture and knowledge that the doctoral researcher is expected to surpass and expand.

Despite the vigilant company of my self-critic, it took much work and patience (of mine and others) to recognize that my own reasoning, the combining result of my academic and professional trajectories, insisted on me taking the blue pill. Fortunately, practicing reflexivity – this article being part of it – would end up breaking me out of my comfort zone.

“The Matrix is the world that has been pulled over your eyes”¹⁰. A fascinating epistemological challenge came right at the beginning of the new doctoral phase of (my) life: to provide a solid methodology and an appropriated research approach to the objectives of the thesis subject. In order to do so, it came with the demanding price of ceasing to focus on an over-affection for the thesis subject matter, and focusing instead on the good and tough questions that needed to be asked. An open mind needed to obtain the appropriate methods that the thesis demanded. Otherwise, my research would have been in danger of using only the same old paradigms that I was conditioned to take, and finding only the same old answers that I already knew to be insufficient. It was time to analyze the intellectual framework that was always pulled over my eyes and that I had learned to accept as the only one possible.

In the first place, due to my early choices of formation, I always used to look to national law when in need of any answers to legal phenomena; as IT still represents a recent field of legal reasoning, laws and jurisprudence tend to be scarce, and legal doctrine lags behind fast technological development. Traditional sources of law therefore frequently turn out to be insufficient for purposes of my positivist reflex as a pragmatic lawyer and law professor, although they still provide me with enough material to minimally deal with and render (more or less) legal solutions to concrete cases. In any case calling for a jurist, he/she is expected, one way or another, to provide the legal reasoning of the dominant paradigm of positivism, and I am fully aware that this is a valuable and appropriate epistemological part of my work.

¹⁰ Morpheus also tells Neo that no one can really be told what the matrix is; Neo will have to see it for himself.

However, the desire for a better understanding of my subject matter constantly lead me to look for comparative law, but not only to compare laws as such¹¹, but to compare facts and how they related in different legal systems, therefore moving away from the Kelsenian model. In this sense, Horatia Muir-Watt points out that “the comparison is thus committed against dogmatism, against stereotypes, against ethnocentrism, that is to say, against the widespread belief”,¹² making comparative law an opportunity to bring other methods of analysis to the discussion. After all, “[a]ny kind of comparative law that seeks to investigate culture and mentality must therefore by its very nature be interdisciplinary”.¹³

An interdisciplinary understanding of law is a basic requirement for any jurist who deals with technology, as all my academic peers, in many peculiar ways, undeniably practice. As with many of my colleagues, it was through the force of necessity,¹⁴ and of inevitable paradigmatic identity that I came to conceive of law as a network, with gateways and layers of interconnected and complex systems – not only legal, but in all areas of knowledge – drawing a very distinct geometry from the normative pyramid of the dominant paradigm of law. Nevertheless, “[w]e know that technology does not determine society: it is society”,¹⁵ so “the needs, values, and interests of people who use the technology”¹⁶ must be taken into account in any legal reasoning of how society shapes and rules technology.

¹¹ Geoffrey Samuel, “Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences” in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. Mark Van Hoecke (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004), 35.

¹² Horatia Muir-Watt, “La fonction subversive du droit comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 52 (2000), 506 [own translation].

¹³ Samuel, *supra* note 11, 37.

¹⁴ “Necessity is the mother of invention”, states a proverb, but also “imagination is the mother of invention”, as well as, “imagination is the mother of knowledge”. So, logically, necessity may also be (one) mother of knowledge.

¹⁵ Manuel Castells, “The Network Society: from Knowledge to Policy” in *The Network Society: from Knowledge to Policy*, eds. Manuel Castells and Gustavo Cardoso (Washington, DC: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2006), 3.

¹⁶ *Ibid.*

Law, as a moral-practical branch of rationality that has struggled through the last two centuries to be seen as a form of science, always paid great (even too much) respect to the knowledge produced by the natural or “hard” sciences in the contemporary occidental sense. In many ways, both legal science and natural sciences use and share some of the same methods or schemes of intelligibility - “virtual facts”¹⁷ as an example - so these sciences should be capable of intercommunicating, instead of one just conceding to the other. A legal thesis involving technological subjects must necessarily include a scientific approach and adequate “high tech” concepts subjected to legal analysis - fortunately, I perhaps have enough experience to accomplish (most of) this task - particularly because part of the public targeted for the evaluation of this thesis comes from a technological background.

As the proposed thesis will deal with normative elements of public regulations and best privacy technology practices, I may have to work with concepts of legal pluralism that are capable of communicating facts and legal reasoning as a “frontier culture”¹⁸ between different traditions of law and socio-economic contexts. This leads me to the conclusion that sociological research methods will be necessary to provide epistemological consistency when gathering data in the field. “Jurists, it would seem, once did the work of sociologists”,¹⁹ then we spent a long period denying the mutually beneficial relationship between law and sociology. Fortunately this research comes in an auspicious time-space - not shocking as would have been ten years ago, especially in the context of freedom of research extended by law schools such as Université de Montréal. In this time and space I am therefore allowed and well supported to do so.

Despite the fact that I am free to use all these tools - the necessary legal comprehension, the technological blueprints, the sociological grounding - combining three fields of knowledge is not only difficult but very risky for a thesis if I am not able to maintain compatibility and coherence between them. So, the (almost ironic) solution for this was precisely to assume an intellectual framework that has “risk” at its core, a paradigm that

can inseparably bind together all these complementary dimensions and motivations, while still retaining law as a main vector. “Legal risk management”,²⁰ as described by Pierre Trudel, is an “under construction” theory with a high potential of juggling multiple aspects and presenting different perspectives that can be very valuable for our era of deep socio-technological changes:

Dans la postmodernité, le risque apparaît comme une composante majeure de la reconfiguration des processus délibératifs associés à la production du droit. Les perceptions diverses ou convergentes au sujet des risques, leur existence ou leur ampleur contribuent à construire les légitimations sur lesquelles se fondent les règles de droit. L’anticipation, la gestion et la répartition des risques figurent parmi les grandes préoccupations des systèmes juridiques.²¹

The adoption of legal risk management as a guideline for my thesis represented a major turning point for me, as it was a conscious act done after much reflection, not only about the initial characteristics of this theory, but also about my personal beliefs and the conditions under which I could commit myself to it. At the end, to my surprise, this choice was a step toward uncertainty, a clear sign that reflexivity had finally accomplished its goal in my reasoning. I do not really know where it will take me, but I am confident it will be quite an enlightening ride. The red pill is kicking in.

3. “How deep the rabbit hole goes...”²²

One of the reasons why *The Matrix* movie makes a long-lasting impression on most of its audience is that the proposed choice of perceiving other forms of reality is one of the ultimate challenges for every one (or eve-

17 Samuel, *supra* note 6, 43.

18 Boaventura de Souza Santos, “Modernidade, identidade e a cultura de fronteira” *Rev. Sociol. USP* 5 (1993) [own translation].

19 Geoffrey Samuel, “Is Law Really A Social Science? A View From Comparative Law”, *The Cambridge Law Journal* 67 (2008), 297.

20 Until then, I had knowledge of some of the works of Ulrich Beck on risk society, but not of the legal theories related to it. The doctoral seminar on Information and Communication Law conducted by Prof. Pierre Trudel coincided with the thesis seminar and helped to build the operative framework for my thesis.

21 Pierre Trudel, “Le risque fondement et facteur d’effectivité du droit”, in *Gouvernance et risque les défis de la régulation dans un monde global*, ed. Karim Benyekhlef (Montréal: éditions Thémis, 2013), 250.

22 Morpheus promises to show it to Neo, in case he chooses the red pill. *Alice’s Adventures in Wonderland* is recurrently referenced in *The Matrix*, also in subtle ways in many scenes and characters.

ry Neo) of us. The world as we know it (our paradigm), may not be the only one, even if other ones look very confusing and hardly acceptable at the beginning, as the references to *Alice's Adventures in Wonderland* in *The Matrix* clearly suggest. However, we have much to learn from those strange parallel realities (or other fields of knowledge) that may even appear as incomprehensible as a dream at first contact, but that get more logical, meaningful and beautiful the longer we live them.

Morpheus (the god of dreams) will share his worlds with Neo and this doctoral candidate if both choose the red pill (of reflexivity), so that they will no longer wake up in their beds²³ of comfortable ignorance or denial. Where the rabbit hole might take them, whether they are going to succeed in finding what they are looking for - the plot provides no answers to these at this moment. There is an indication that the path ahead will be profound and not easy, though.

“There’s a difference between knowing the path and walking the path”.²⁴ My initial doctoral research proposition consists of a comparative analysis of normative treatments of open data and personal data in Big Data applications, aiming to identify legal potentialities and limitations in the risk management of technological innovation for smart cities.

In the “network society”²⁵ one of the major debates²⁶ centers on the risks and benefits of the convergence of information technologies through mobile/interconnected devices, constituting an “Internet of Things”(IoT) that would lead a synchronisation of people and data to an “Internet of Everything”. The destiny of the “data about everything” resides in a combination of the technologies of cloud computing - enabling high availability, accessibility, capacity of databases and systems, overcoming geographical and infrastructural locations - and Big Data, processing and analyzing huge masses

of structured and unstructured data and converting them into the most varied and unexpected applications for public and private initiatives.

The new potentialities provided by Big Data find a privileged *locus* of exponential growth in cities that are already undertaking a process of “creating profiles of the users of various public or private services, in order to obtain large amounts of information via data-mining techniques”²⁷ that enable innovative applications which are very useful for the development of “smart cities”. Governments, as owners of huge databases of open information with increasing availability of access “for a wide range of commercial and civic uses”,²⁸ play a large role in “smart cities”, providing many opportunities for the improvement of city dwellers’ lives, especially when properly combined with the most valuable commodity of our network society: personal data.

The well-known dangers of privacy intrusion account for the greatest opposition to the use of Big Data and cloud computing in smart cities, as it involves individual concerns and national legislation for the protection of personal data, raising a challenging socio-economical, political, technological and legal debate. Among other difficult and urgent debates of our time, jurists, IT professionals, sociologists, economists and politicians have no simple answers to the strong attractiveness of a “post-privacy era” and resistance to new digital forms of “totalitarian democracy”. Interdisciplinary research from an international perspective represents the only way to (possibly) find better answers.

Much has changed since the moment when I first proposed my thesis project, even if it was once convincing enough to take me and my family to Canada, far from our easier (and warmer) life in Brazil, in order to study at Université de Montréal, where I expected to find a “newly emerging scholarly identity, focused on interdisciplinarity”²⁹ in pursuit of my research. Precisely because I was lucky enough to find that, I discovered in

23 At least, not in a bed in the same sense.

24 Morpheus’s explanation to Neo, who was intrigued that the events turned out differently from what had been predicted.

25 Manuel Castells, *The Rise of the Network Society* (Oxford:Blackwell Publishers, Inc.,2000).

26 Omer Tene, “Privacy and Big Data: The Biggest Public Policy Challenge of Our Time?” *Privacy Perspectives*, https://www.privacyassociation.org/privacy_perspectives/post/privacy_and_big_data_making_ends_meet (accessed 30/05/2014).

27 Dylan Tarín, “Privacy and Big Data in Smart Cities” *SC Smart Cities*, <http://www.smartscities.com/en/privacy-and-big-data-in-smart-cities.html> (accessed 30/05/2014).

28 Rob Russell, “Open Government Data: the Road to Innovation” *Legal Solutions Blog*, <http://blog.legalsolutions.thomsonreuters.com/government/open-data-as-an-engine-of-economic-growth/> (accessed 30/05/2014).

29 Violaine Lemay, “La propension à se soucier de l’Autre: promouvoir l’interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile” in: *Au miroir des disciplines/ Im Spiegel der Disziplinen. Réflexions sur les pratiques d’enseignement et de recherche inter-et transdisciplinaires*, dir.

the doctoral seminars that my previous idea of interdisciplinary studies had been based on a very authoritarian and colonial form of comparative law, strongly based on the dominant legal paradigm, and limited to the meaningless exercise of comparing formal legal rules.³⁰

Geoffrey Samuel captured the sense of interdisciplinary work that I am now hoping to pursue:

Comparative lawyers, if they are to say anything meaningful, must work within a spirit of inquiry rather than authority, for the exercise of comparison – if it is to do anything other than merely *dégager* some trans-national ‘science’ (an exercise that often results in legal imperialism) – cannot be conducted in terms of authority. Comparative legal studies is obliged, in other words, to be interdisciplinary and this implies that comparatists must be social scientists and not ‘theologians’.³¹

With due respect to modern theological thinking that uses a comparative approach, I believe that the legal thinker must avoid being a “theologian” who considers dogmatic legal positions, as well as supposedly scientific-technological affirmations to be expressions of non-debatable truths. There is already too much political/economic interest in smart city debates that complicate free thinking and limit perceptions. Thus I should not allow false epistemological hierarchies to interfere when facing the tricky interdisciplinary path that I already have ahead of me.

Finally, after long (and sometimes painful) reflections about cognitions and collisions between my wishes and concerns, I find it stimulating to face this new scenario that requires an interdisciplinary agenda with innovative legal views and practices corresponding to current paradigms of scientific and technological development. It will be no easy task to meet the high expectations of the academic environment and the hungry interests of the digital industry, or my personal hope of safeguarding individuals and social movements against potential storms that may arise from stormy uses of computing clouds overloaded with masses of sensitive data. It calls to mind the digital and green “data raining” –

Frédéric Darbellay and Theres Paulsen (Berne: Lang, Peter, AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2011), 44 [own translation].

30 Samuel, *supra* note 19, 292.

31 Samuel, *supra* note 19, 314.

the first/frequently used scene of the movie – that Neo would finally see though once he is able to follow Morpheus’ main advice: “free your mind”³².

Conclusion

I admit that initially the quest for reflexivity seemed as unusual and vague as the question, “What is Matrix?”³³, and I wasn’t sure that I really needed more methodology skills after all the academic efforts I had undertaken prior to commencing with the doctoral program: I thought that being a well recognized teacher and IT law attorney back home was enough. But then again, Neo was once convinced that he was only an unknown hacker in a day-job disguise, until he found out that all his activities were integrated into an unperceived network, that even his subversive hacking was part of a system, that only by knowing his purpose in the Matrix he could transcend his condition. So, it was useful to review my previous paths in life, to understand a little better where I stand in the (law as a) network, and then to put my epistemological tendencies/choices under the digital microscope.

At first, the next stage of analysing my own lens of comprehending legal phenomena was quite disconcerting: perhaps it was the way Neo felt in the white room of virtual reality where Morpheus put him to understand that all his previous perceptions of reality had been mediated by the Matrix. In my case, the matrix is a paradigm: a system of concepts, values, patterns, practices, model problems, and solutions that my legal academic peers agree on. My legal reflections/reflexes of decoding reality depend on the context, conditions and historical time of my paradigm. For the sake of my thesis, an interdisciplinary approach of the research object will be necessary; however, the necessary methodology may be significantly distinct from what I had in mind before swallowing the bitter red pill of reflexivity.

As in the main virtual reality in *The Matrix*, my doctoral research is enclosed in the symbolic limits of a (smart) city that processes the data of its citizens – a subject that I enjoy as much as the movie. Over-affection for my thesis’ subject matter could limit my analysis to only the comfortable views of the blue pill: had I chosen to stay

32 An exercise that Neo would start in the dojo and (fail in) the jump scenes.

33 The main question that Neo poses to Trinity in their first “conscious-physical” encounter in the Matrix.

with the same reasoning instruments and the “perfect” legal statements and solutions already planned for the thesis, I would have avoided any hard questions and discordant sights that could have appeared later, for instance in the comprehensive exam or in the defense of my thesis. Without a broader vision and some appropriate analytical tools for the subject matter, it would not have been possible to dodge any valid and divergent questioning like in the bullet-time³⁴ of *the Matrix*: in order to mitigate this serious risk, the adoption of legal risk management for my thesis was very much appreciated as a secondary effect of the red pill.

For the reader who has persisted in reading up to these last lines, possibly looking for an extra clue for the sake of his/her own doctoral quest, I kept the best advice from *The Matrix* metaphors for a last reflection: “there is no spoon”.³⁵ But figure it out for yourself.

34 “Bullet time” is a trademark of Warner Brothers, related to the slow effect used in *The Matrix*, as the scene where Neo dodges bullets fired by an agent.

35 Scene of Neo and a kid at the Oracle’s house.

Law in the Network Society

How to pass through the land of Law riding an interdisciplinary bike



FATEME BOSTANI

Fateme Bostani (LL.B. Shahid Beheshti University, Iran) (LL.M. Allameh Tabataba'ii University, Iran). She has conducted a variety of interdisciplinary research over the course of her studies, ranging from political philosophy to ethical approaches to law. Having worked as a human rights journalist in Iran, she has also cooperated with UNICEF on an educational project. She is currently an LL.D. candidate working on a socio-legal thesis under the supervision of Professor Violaine Lemay.
» fateme.bostani@umontreal.ca

ABSTRACT

This article is a short review of the methodological path of a research project that intends to explore the network society—the society proper to the information age (which follows on the industrial age) and, instead of being ruled by an upcoming authority, society is ruled by power that is fragmented into a complex network of communities and institutions. Therefore, the project regards the main question: What happens to the concept of law in such a relation-oriented society?

For purposes of such a project question as a researcher I need to take off my jurist's coat and start to walk in my research area wearing a new outfit called, interdisciplinary suit. This article will show how a purely juridical point of view shifts to an interdisciplinary paradigm insofar as the nature of the research questions is concerned.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	28
1. The researcher's background - or - who was the first role-player in the story?	28
2. Being reflexive in a thesis: to be or not to be?	28
3. The methodology of my research project: being reflexive	29

Introduction

Every research project is a story full of straight and twisted roads. In this story, the first role is played by the researcher who needs to be aware of the path ahead. Undertaking a Ph.D. project already poses a sophisticated journey in which one could be lost if one does not know the way. Therefore, the most important and fundamental part of a thesis that clarifies the way for the researcher is methodology. In this piece I seek to demonstrate my road from the beginning of seminar (*Thesis Methodology and Interdisciplinarity*) to its end, a process that helped me learn both the significance of methodology and the different types of methodology. Hence I try to answer the following question in this paper: how can I be reflexive about the subject of my research project and what will my methodology be?

Thus, in the following essay I will tell the story of a researcher who used to look like a stranger at the Faculty of Law and was on the border of getting lost in the land of her research until she got familiar with the various methodological paradigms and took an interdisciplinary bike, this being the vehicle that would best fit her interests and also the nature of her project.

1. The researcher's background – or – who was the first role-player in the story?

I am a Ph.D. law student from Iran and all of my prior education took place in Iran. I hold a Bachelor of Laws and a Master of Public Law. I have always been interested in other fields of study in the human sciences, such as sociology, philosophy, literature, etc., and I used to believe that law had nothing to say without help of these fields. So I was never a real lawyer in the sense that everybody expects from a Law student, as I never joined the lawyer's bar and I had to answer the questioning eyes of my family who asked me, "So why are you studying law?"

At Master's level, I was adamant to continue studying public law and I wrote my thesis on an ethical subject, "*Virtue Ethics and the State*". This led me to read and explore many sources on political philosophy, moral philosophy, psychology and literature. And, predictably, once again everybody would ask me, "Are you studying in a Faculty of Law?"

Forming part of a Faculty of Law in such an atmosphere meant just observing and memorizing the laws and becoming a lawyer or a judge who only considered codes and procedure. Therefore, I always thought that something was wrong with me if I had a tendency to mix philosophy, science and law! Then the moment came when I decided to do my Ph.D. in Canada and I was wondering whether the atmosphere there would be the same. I sent my proposal with an interdisciplinary subject to the Faculty of Law of Université de Montréal and fortunately it was accepted!

2. Being reflexive in a thesis: to be or not to be?

When I started my Ph.D. here at Université de Montréal, the first and most attractive point for me was that the Ph.D. of Law was not divided into branches such as public law, civil law, criminal law, etc., and that the only subject matter to be taught here is methodology in different fields of law—the course that I had never had in my previous years of study. I had passed many courses in various fields of law such as international law, criminal law, civil law, philosophy and sociology of law, but I had never experienced a course on Methodology. Therefore I had a great amount of knowledge without having seen any research method. So first of all I realized that a Ph.D. program is based on a methodological study process.

Because I was not aware of the importance of methodology in legal research, I was always judged as a weird kind of law student who did not know what the law is. "You are a jurist when you think only in terms of the legal framework. If you are always leaving this area and searching in sociology, philosophy, etc., then you cannot not call yourself a real lawyer!"—is what the educational society kept telling me. But through attending this seminar I realized that the method I used to follow in my prior studies was the dominant paradigm, which is only one of the possible approaches in legal studies (called the Kelsenian paradigm), but there also is an alternative paradigm for legal research that is called the interdisciplinary paradigm.

As Professor Lemay taught us the different paradigms and methods for studying law in her course, *Thesis Methodology and Interdisciplinarity*, I slowly got familiar with different points and methodological approaches in the legal field of study. I started to look differently at the subject of my Ph.D. program. I understood that I

had to be reflexive in all of the steps of my project, from the beginning to the end, so I started asking questions about my subject, my method, my way of thinking up to then and I observed my changing idea of the law and research in this field.

I learned that a Ph.D. program is not a reading project but a writing project. And the distance between reading and writing is the process of thinking and being reflexive. I could mirror my project problematic and just show the facts, but I could also be like a key to solve the problem and try to open a lock, which in this case is my thesis question.

I have to start asking questions about my project and try to classify the nature of my questions. Naturally I should have a main question for my project and when I do the plan for my thesis, I have to ask some smaller related questions that draw the sections and chapters of the thesis. I should determine exactly what method is needed to answer every question. It may be a scientific question to be researched using a scientific and experimental method, or a philosophical question to be solved strictly by a thinking process or a purely legal question that can be answered by considering codes, jurisprudence, procedure, etc.

But I have to remember at all times that every paragraph of my thesis has to have an answer to the main question of my project, because I should never forget the main purpose of my research, which is trying to answer a question coming out of a problematic context.

3. The methodology of my research project: being reflexive

During my public law studies, I confronted a new topic and I discovered that along with the day to day changes in societies and societal aspects such as economies, cultures, and communications, it now seems to be the time to move on from modern society, which could be termed the *industrial society*, and to enter a new society, called the *information society*, *post-modern society* or *network society*, which arrives in the information age (after the industrial age). The information age will cause the elimination of separation between the public and the private, could terminate the concept of the modern state and lead to the removal of boundaries, so that the structure of power and sovereignty changes from a vertical to a horizontal form—instead of being ruled by an

upcoming authority, society is ruled by a power fragmented into a complex network of communities and institutions.¹

In such a society where we face the sovereignty of relations, the role of law will be enhanced significantly and it may become a kind of collective morality. What is thus so attractive for me to explore in such fundamental and conceptual changes ahead, is the role and nature of law in the network society.

Therefore, to apply what I have learnt in this seminar I put my main question at the top of my thesis pyramid:

- What is the status of law in Network Society?

And I tried to continue asking related questions to do my thesis plan. So I thought of two main sections in which the first will answer questions about economic, cultural and social features of the network society. As I need to use descriptive observation for this part, I will utilize the scientific method to simply describe this society. However, legal observation could be done by contemplating the laws and legal systems as well.

In the second section where I will concentrate on exploring changes in the nature and role of law in the network society, I need to have a philosophic method to think about these questions: whether the form of government will change or not and whether the origin, nature and form of law will be modified or not, and, if so, how?

Depending on the type of questions one wants to answer and one's own interest and capacities, one may decide either to stick to traditional monodisciplinary research, possibly with heuristical or more substantial input from another discipline, or to adopt a multidisciplinary or an interdisciplinary approach. It creates more room for innovation when a legal scholar turns to another discipline for inspiration. In this case, the source discipline is used as a heuristic device for generating new insights from which the target domain—the legal science—may profit. The second legal research method, interdisciplinary research, aims at integration

1 To read about the network society and its features, see: Manuel Castells, *The Rise of the Network Society*, 2nd ed., (Wiley-Blackwell, 2010); Michael Hart and Antonio Negri, *Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 2000).

of disciplines. This approach offers the best opportunity for exchanging knowledge. However, each approach has its limits and possibilities.²

Now if I refer to the term “interdisciplinary” that is applied within education and training pedagogies to describe studies that use methods and insights of several established disciplines or traditional fields of study and if interdisciplinarity is said to involve researchers, students, and teachers with the goal of connecting and integrating several academic schools of thought, professions, or technologies -along with their specific perspectives- in the pursuit of a common task, then I have to classify my project as forming part of the interdisciplinary paradigm. Because I could not use solely the dominant (Kelsenian) method when doing deep research on social, cultural and economic phenomena, I will be mixing methods ranging from a Kelsenian and scientific (sociologic, economic, etc.) to a philosophic method in a project undertaken at the Faculty of Law.

Actually, having an interdisciplinary view helps to enrich any field of study, especially legal research, because law cannot improve its capacities by itself and it needs the help of other fields. I would even say that at the Ph.D. level, where the researcher is supposed to come up with a new idea, it is, most of the time, inevitable for him/her to work in an interdisciplinary paradigm. I end by saying that the most important gift that this seminar has given me is that now when I go back to my country and I enter the Faculty of Law, I will say that I AM A LAWYER, but one who is passing through the land of law riding an INTERDISCIPLINARY bike!

2 Barn van Klink and Sanne Taekema, “Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research into Law” in *Interdisciplinary Research in Jurisprudence and Constitutionalism*, eds. Stephan Kirste et al (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012) 13-30.

Methodological Thinking About My Future Project

Intellectual Property rights securitization in China and North America



LEI CAO

My name is Lei Cao. I completed my Bachelor's degree at the East China University of Political Science and Law (ECUPL). I obtained my Master's degree in the Business Law in a Global Context program of the Université de Montréal. I am a researcher in the Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) and in the Centre de recherche en droit public (CRDP).

» lei.cao@umontreal.ca

ABSTRACT

After David Bowie issued the first securitization of musical royalties as bonds in 1997, Intellectual Property Rights Securitization (IPRS) became more popular and was declared a “new trend” in 2000 by the World Intellectual Property Organization (WIPO). The author has been perplexed for a long time about how law should regulate or shed light on this “new trend” in order to make it work efficiently in society. This is why the author has chosen it as a Ph.D. research subject. Before taking courses about legal theory and legal methodology, the author was concerned by how should build up this Ph.D. project and what appropriate methodology could be used to underpin it. In this article, the author will try to shed some lights on these questions with reference to courses taken during the first two semesters, which have changed his way of thinking on the project.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	32
1. Motivations and Thesis	32
2. Methodology	32
3. Interdisciplinary	33
Conclusion	34

Introduction

After I obtained my master degree and considering applying for a Ph.D. program, I encountered IPRS for the first time. I did not precisely understand why I wanted to work on this tough subject, what I wanted to achieve, and how I would proceed. However, I still started my research proposal based on a positivist methodology I had learnt in the course of my precious law schooling. I combined everything I could find from the traditional law sources in China, Canada and the United States, although information I required was missing in most of these sources, then shaped what I now recognize to have been a shallow application proposal. Fortunately, I was admitted. Nevertheless, my problems remained and I still did not know how to structure my project. Luckily, I met Professor Violaine Lemay and her course - *Legal Methodology and Interdisciplinary Approach*. Taking this course, I gradually realized what I would like to achieve in my Ph.D. and why I chose the IPRS as my topic. I also learnt what methodology would be appropriate for my future thesis and how I could transform a subject into a project.

1. Motivations and Thesis

After painstaking contemplation along the semester, I finally realize that my choice of subject deeply relates to my personality and life philosophy.

I love challenge and adventure. Since I was 11 years old, I started travelling alone. All these years exploring of life tells me how to face challenge and not give up. After 8 months learning French, I began my Ph.D. in law at Université de Montréal in French. Facing tremendously hard *théorie du droit* class and *méthodologie du droit* course, I told myself to hang on. It was quite a challenge to me, however, I finished all courses with an excellent academic record. It is the same when I chose this thesis subject. Although I knew nothing about the financing market, however, I would like to spend years to become an expert on finance and law. This will not only complete my life, but also gives me a chance to contribute to society. How to get duly financed is always a challenge for companies, especially for micro-enterprises, small and medium sized companies. In China, the government provides some resolutions to this problem. For example, special loan programs. However, they are not effective. I believe that securitization can really be another option to solve this problem. Bluntly, my person-

ality, life philosophy and my thinking on the function of law have a direct, profound and significant influence on my choice of topic and focus on my project.

My Question. My Ph.D. project will focus on the issue of whether IPRS requires regulation and, in particular, whether *modest legislation model* will be better than an *intrusive legislation model* to China in relation to IPRS. “Modest legislation model” refers to maintaining the existing legal system while modifying certain aspects to adapt to new issues, while “Intrusive legislation model” refers to creating a new specific regime. Under Chinese government’s propaganda about financial reform, securitization has become a hot issue. Due to cautious character in Chinese culture, most of the public will support new special regulation simply because IPRS is risky. However, as has been seen, China’s finance regime has been government central since the first day. It might be time for government to be modest in regulating IPRS. I aim to cool down the “heat” of intrusive regulation and assist them think about whether it is necessary to regulate IPRS and what legislation model should China follow?

2. Methodology

General discussion about the methodology. Having focused in my previous studies on substantive justice theory, I frankly did not really appreciate the importance of methodology. However, after facing numerous obstacles during my first year of research and taking a course on methodology, my attitude changed. I now understand methodology as a lighthouse in the darkness, which will not only help me refine my research question, but also assist me with understanding my thoughts on, and objectives for, my project.

An appropriate methodology will properly guide my thinking in the course of my project and lead me to the best solutions to the questions asked. In her lectures, Professor Lemay kept asking me to think about the following questions: What is my topic? Why am I interested in the topic? What is my question or concern about the topic? What assumptions do I make about the research? What type of questions can the chosen approach answer? What are the benefits or shortcomings of the approach?

This methodological thinking exercise or conscious reflection will assist me to be more “self-aware”,¹ to deeply understand my initial motivation to, my interest in this subject and guide me to follow my intellectual map to structure my project, and as a result, to produce better research in my proposed project.

How to choose the methodology? After this semester, I realized that the purpose of designing a methodology for my thesis is to identify the “best suited” apparatus to address and answer the questions raised.

As explained by Fisher *et al*, the research questions one follows; the data, knowledge or information that one relies on to answer them; and the methods one chooses to analyze the question need to be in a supportive ‘triangular’ relationship with one another.² Hence, method and questions must support each other. As I understood from Professor Lemay, a Ph.D. project should have clearly articulated research questions, pursue through appropriate methods and use appropriate data.³ The choice of research questions is critical and very personal. It reflects our professional and personal goals. Over time, I became aware of how the methods I relied on originally informed and restricted the types of questions that I think are interesting or worthwhile. As Cryer *et al*: explain⁴:

Thus there is no question of simple application of an approach to a question. The questions that a legal scholar is interested in are already based in the theoretical approaches that will help that...to help ascertain which methodology/ies or approach (es) would best help them answer those questions....

3. Interdisciplinary

What determines method is the nature of the research question. Understanding this could be one of my biggest achievements during the semester. When the research question relates to the external effectiveness of the legal system, then quantitative and qualitative empirical non-legal data and information are necessary. In the proposed project, my research question focus on the

intertwisting relationship between law, finance and society. Consequently, an interdisciplinary paradigm will serve my project better than the purely positivistic paradigm, which limits legal research within a close system of norms.

My first methodology list. Based on my leading question, my hypothesis is that IPRS should be legislated and China should follow a modest legislation model. Research method to be deployed for my project is, in particular, “Law and Comparison”.⁵ Why I choose law and comparison is because it will, through comparison, prevent me from simply transplanting IPRS to China without analyzing its exotic ideology, social culture and legal soil. It will lead to a proposal that help Chinese society to selectively absorb IPRS and appropriately adopt it.

Cautiousness? My research on IPRS will be the first time for me to use a non-positivistic approach to undertake a proposed project. As Schrama warned, the first thing to be done in constructing a research project with interdisciplinary methodology is to clarify the nature of the interdisciplinary research methodology. Using non-legal data to test law and regarding them merely as a context are different. The former requires much more rigid methodological conditions⁶ and the later requires less stringent ones.⁷ With regard to my proposed project, my purpose of using methods from other disciplines is to test the efficiency of the current legal system in terms to IPRS. This requires stringent scientific empirical research, which could lead the following challenges identified by Sharma in the course of my project⁸:

1 See Robert Cryer, Tamara Hervey, Bal Sokhi-Bulley and Alexandra Bohm, *Research Methodologies in EU and International Law*, 2011.
2 *Ibid.* 8.
3 *Ibid.* 8.
4 *Ibid.* 9.

5 The heading is taken from J Penner *et al*, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2005), who splits the textbook into two parts, part I (The main Jurisprudential Approaches) and Part II (Extension and Negations).
6 See the typology in five different categories of interdisciplinary research in general: Y. de Boer *et al.*, *Building Bridges; Researchers on their experiences with interdisciplinary research in the Netherlands*, RMNO, KNAW, NOW en COS Report, 2006.
7 See L. Epstein & G. King, ‘Rules of inference’, *U. Chi. L. Rev.* 69 (2002) 1 at 7-8.
8 Here I use what Wendy Shrama proposed in the research paper ‘How to carry out interdisciplinary legal research-Some experiences with an interdisciplinary research method’ directly, because I think it is a very considerable list.

- Understanding other disciplines and finding my way in them, including the risk that I might understand another discipline wrongly;
- The credibility of the non-legal data I rely on;
- The difficulties of translating legal concepts into the corresponding social reality;
- The problem of integrating the empirical results with the legal theory.

Two of these challenges, discussed further below, should be draw attention. First, Law & Comparison is my main research method and will require me deal with data and even mathematics. Take analyzing financial data as an example. However, as a law school student, I have never been trained on how to collect and analyze large-scale data outside of the legal discipline. It is possible that the relevant data or statistical find will be unreliable or— worse— not be available at all. Second, since I am applying interdisciplinary method to a Ph.D. project in law, non-legal empirical data will be essential in order to formulate and respond to the relevant arguments. The transformation of empirical data or information into legal terms and norms is normal recurring problem for research that integrates legal and socio-empirical datasets. For instance, if I use the financial market theory to analyze the market impact of IPRS, I will need to determine how to integrate the relevant data into a legal framework? This needs further thinking. To be honest, I never thought of writing a Ph.D. thesis would be such complicated and exhausting work. Step by step, I will need to be cautious all the time. However, it is instructive to be enlightened by my predecessors and improve myself through learning, comparing and introspection.

Conclusion

The core value of this paper is about *change*. My understanding is to challenge our formed knowledge of law and to break our shackles of defining and analyzing the law, even though we need to face the unfamiliar, the confusing and accept the uncomfortable. This is what I experienced in this methodology and law course. It not only taught me what legal methodology is and why it is significant to legal research, but also profoundly and extensively changed my way of thinking and seeing law. I used to think, as a professional law school student, that the only questions I had to answer were: what are the facts, what is the issue, and what does the law say? With such a restricted understanding of what

legal scholarship entails, I can easily understand why I kept facing insurmountable obstacles in writing my first research proposal to apply for the Ph.D. and in carrying out my research at the beginning of the first year. I understand that all those confusions I had and pain I suffered resulted from the wrong way I was approaching issues rather than not being diligent enough. I realize that traditional positivism is not the only way to approach a project and interdisciplinary paradigms are also available. I realize a good thesis should at least include: a question, theories, methodologies, results and discussion. I also realize that the methodology best suited to my project is dependent on the research questions and what I am really interested in or where I come from. I realize that I should train myself as independent thinker rather than a good student. Being properly critical, reflexive, cautious, open-minded and diligent is the qualification a Ph.D. student should have. In the end, I would like to quote an old Chinese saying to conclude this paper: “The way ahead is far and long; I see no ending, yet high and low, up and down, I’ll search with my will unbending”.⁹

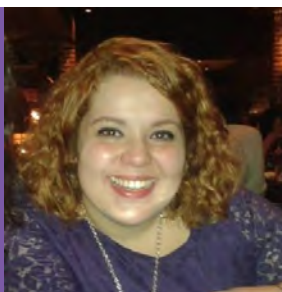
⁹ See Qu Yuan, Poem Li Sao, main inspiration of Chuci collection, in kingdom of Chu.



**DROITS HUMAINS,
PROTECTION DES PERSONNES PHYSIQUES
ET PLURALISME JURIDIQUE**

Cyberguerre et applicabilité du droit international public

Implications méthodologiques d'une ouverture au pluralisme méthodologique



KARIMA SMOUK

Karima Smouk est candidate au doctorat en droit (LL.D.) sous la supervision du Pr. Karim Benyekhlef, Directeur du Laboratoire de cyberjustice à l'Université de Montréal, en cotutelle sous la supervision du Pr. Philippe Achilleas, Directeur de l'Institut du droit de l'espace et des télécommunications à l'Université Paris-Sud (France). Son projet doctoral est axé sur l'utilisation militaire des technologies de l'information et de la communication sous l'angle du droit.
» karima.smouk@umontreal.ca

RÉSUMÉ

Au XIX^e siècle, la guerre se faisait à coups d'épée et de canons dans un champ où se faisaient face deux camps ennemis. Depuis le milieu du 20^{ème} siècle, on assiste à un développement technologique et numérique spectaculaire qui s'accompagne de mutations importantes dans le domaine de la guerre. Des termes comme Malware, cyberattaque, drones armés etc. raisonnent un peu partout et en particulier dans le milieu militaire. Dès lors la question se pose de savoir quelles sont les règles de droit international notamment humanitaire qui régissent cette évolution et de leur efficacité en la matière. Afin de tenter de répondre à ces questions, j'ai choisi d'adopter plusieurs approches méthodologiques. En ce sens, tant le paradigme juridique dominant que l'interdisciplinarité rythmeront chacun leur tour la construction de ce projet de recherche.

TABLE DES MATIÈRES

1. La genèse d'un choix de vie	38
2. L'étape réflexive ou la route vers la clairvoyance méthodologique	38
3. L'aventure continue...	39

Raconter son histoire doctorale semble chose aisée à première vue. Pourtant, expliquer la genèse d'un choix de vie, le cheminement qui en découle, et les résultats escomptés relève en réalité d'une introspection complexe pour une étudiante française issue comme moi d'une tradition romano-germanique dont les impacts dans le quotidien universitaire se traduisent par un système relativement conservatoire avec une approche assez classique de l'enseignement universitaire.

Alors pour parvenir à raconter mon histoire doctorale, le choix de la forme a été vite fait. Mon attrait pour la littérature et la poésie m'est d'une particulière utilité dans cet exercice. En effet, je conçois sans trop de difficulté que la littérature a des atouts que n'ont certains écrits universitaires. À ce titre, je rejoins la pensée du courant *Law and Literature*¹.

Pour comprendre l'état de la construction de mon projet de recherche, il faut dans un premier temps vous raconter la genèse de celui-ci. Cette genèse expliquera les contours du bilan actuel de mon projet, ce qui me permettra ensuite d'établir un agenda méthodologique et prospectif de mon projet doctoral.

Il convient maintenant de faire le point sur les origines de mon projet et sur son devenir.

1. La genèse d'un choix de vie

Quelques années en arrière, une fois le diplôme de Maîtrise en droit international en poche, je pouvais désormais prétendre au statut de juriste junior spécialisée en droit international humanitaire et droits humains. Mais voilà, je faisais face à l'incertitude de mon projet professionnel. Le doctorat n'était alors pas encore dans mon esprit. Ce n'est qu'en expérimentant comme stagiaire l'univers du consulting en intelligence économique que l'idée de poursuivre un projet doctoral a émergé. En effet, la découverte de l'absence de doctrine sur les questions de droit international en matière cyber m'a poussé à prendre la décision de tenter ma chance comme doctorante, choisissant ainsi d'établir

1 James Seaton, « Law and Literature: Works, Criticism, and Theory. » *Yale Journal of Law & the Humanities* 11 no. 2 (1999) 479 : « Literature has the potential to broaden and deepen the individual's understanding of ethics, politics, and human relations in general. », <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol11/iss2/8>.

un projet de thèse (document requis pour une inscription en doctorat en France) portant sur l'applicabilité du droit international, incluant le droit humanitaire, au cyberspace.

Une fois la direction trouvée et mon inscription dans une université française effectuées, je débute mon parcours doctoral en France. Le commencement fut quelque peu aléatoire. Après avoir finalement établi une cotutelle, je réalise que le programme vu par les universités québécoises va me demander de replonger dans les entrailles de ma réflexion méthodologique. J'entendrais alors pour la première fois qu'il faut - pour mener dans les meilleures conditions un bon projet doctoral - que je sois « réflexive ».

2. L'étape réflexive ou la route vers la clairvoyance méthodologique

Le langage méthodologique ne semble pas être de la même teneur dans les universités françaises et québécoises. Parler de méthodologie dans le premier cas revient à donner les éléments schématiques et l'organisation logique d'un texte scientifique. Dans le second cas, cela revient à faire un exercice qualificatif du questionnement et du mode de réponse. Il est vrai qu'au départ je voyais la méthodologie comme un outil de forme s'attardant sur le contenant. Or, à l'heure actuelle, je comprends qu'il s'agit de se pencher sur les questions que je me pose dans mon parcours doctoral, notamment celle de savoir si le droit international est adapté aux évolutions technologiques dans le milieu militaire. Cela relève davantage d'une étude intrinsèque des problématiques soulevées que de l'organisation de ma réponse.

Si l'issue de mon raisonnement demeure imparfait et requiert la poursuite de ma réflexivité, il est possible d'établir un premier bilan méthodologique.

L'objet de ma recherche porte sur la cyberguerre. Je m'intéresse plus particulièrement aux règles de droit international humanitaire applicables en l'espèce si tant est qu'elles existent.

Il est dès lors assez évident que la première question posée dans mon parcours est de savoir quelles sont les règles existantes dans le domaine que ce soit en matière humanitaire ou militaire. Cette question de type juridique amène un mode de réponse issu du paradigme dominant à savoir le positivisme kelsénien. En effet, cet exercice se contente de récolter la norme par une re-

cherche neutre d'information. À ce stade, ni mon besoin d'interprétation ni mon désir de critique ne rythmeront mon travail.

Il semble inopportun dans la construction de mon projet de se limiter à cet exercice. En effet, la matière étudiée et le contexte choisi impactent depuis le début le raisonnement envisagé dans mon projet de recherche.

Je m'intéresse aux différentes faces du droit humanitaire et en particulier je me penche sur l'aspect militaire. De ce fait, j'ai déjà pu constater que le simple exercice positiviste ne suffira pas à répondre à mes questionnements. D'une part, je choisis d'étudier l'aspect militaire de la matière. Je souhaite en effet analyser la réception des normes juridiques dans le milieu militaire, mais également le système normatif militaire en tant que tel. C'est dans le cadre très particulier de la guerre que je choisis de la faire. À ce titre, je porte un intérêt certain sur les théories de stratégie militaire et les politiques de défense. Avec cet exercice, il me semble inévitable d'utiliser la science militaire et les sciences politiques.

La matière cyber, quant à elle, m'intéresse dans son aspect contextuel et sociétal. En effet, l'impact des technologies numériques dans l'univers de la guerre est de plus en plus conséquent. Imaginer un monde futur sans le cyber relève désormais de la fiction. D'un point de vue sociologique, l'étude de ce phénomène et de son influence sur l'art de la guerre nourrit dès lors davantage mon projet de recherche. C'est en cela que l'usage de la sociologie me sera aussi d'une grande utilité.

Avoir conscience de la différenciation méthodique et méthodologique qu'amène la typologie de questions de recherche me permet de comprendre qu'il semble invraisemblable dans mon cas de demeurer dans un exercice purement juridique. Dès lors, cette prise de conscience m'amène, comme un épanouissement réflexif, à comprendre que mon projet de recherche s'inscrit dans un cadre interdisciplinaire. Je me libère ainsi du carcan de juriste « pré-formaté » par une méthodologie et épistémologie unique qui ne conçoit par l'opportunité et la clairvoyance que peuvent apporter d'autres sciences à son raisonnement.

Pour autant, il ne s'agit pas de faire un usage homogène de ces différents outils méthodologiques. En effet, je garde à l'esprit que les sources de connaissance dont j'envisage l'usage doivent être utilisées avec parcimonie, modestie et sans confusion des genres. Tout en respectant mon âme de juriste, je me garderai de prétendre devenir experte dans chacune de ces sciences. Il est certes intéressant et utile de lire mon objet de recherche à

travers ces différentes matières. Il n'en demeure pas moins que mon expertise reste juridique. Il faudra prêter une attention particulière à ne pas confondre les genres et mélanger les outils afin d'éviter le risque de construire un projet de recherche indigeste. Il s'agira en réalité de danser une « sorte de ballet intellectuel aux mouvements dont la grâce effective dépendra de [ma] capacité de jugement »².

3. L'aventure continue...

Une fois le cheminement méthodologique démêlé, il ne me reste plus qu'à mettre en pratique les connaissances acquises lors des différents séminaires de méthodologie.

D'une part, les balises de mon cadre théorique sont posées. Mon projet sera interdisciplinaire et fera appel autant au positivisme juridique, qu'au pluralisme normatif et aux théories de la gouvernance, ainsi qu'à la science militaire. D'autre part, le cadre méthodologique sera ajusté au besoin en fonction des disciplines utilisées dans l'analyse de mon objet de recherche.

Ainsi, je peux débiter la construction d'un projet de recherche plus complet et plus adéquat, projet dont les fondements seront présentés plus tard dans mon examen de synthèse.

La nature de chacune de mes questions entraînera l'utilisation de différents outils de réponse dès lors qu'ils sont adaptés.

Partant de ce postulat, il me faut maintenant déterminer les contours de mon projet doctoral. Cela commence par la recherche et la collection des normes en matière cyber impactant le domaine militaire. L'analyse, l'interprétation et la critique, s'il y a lieu, de ces normes préexistantes s'ensuivront alors. Je peux d'ores et déjà constater l'existence d'un flou juridique qui permet aux acteurs du domaine de prétendre à une certaine marge de liberté d'action et d'interprétation des règles minimales. Je m'intéresse au cadre juridique de la cyberguerre. Je me penche dans mes recherches sur les règles de droit des conflits armés et étudie leur applicabilité aux méthodes de guerre cybernétiques ou autrement dit à l'utilisation du cyberspace à des fins militaires. Il s'agit notamment d'analyser les règles minimales ré-

² Ibid.

gissant les opérations militaires, telles que la condition de proportionnalité, et de les confronter aux nouvelles méthodes impliquant le cyberspace.

À chaque étape de la construction de ce projet, je m'attacherai à appliquer telle ou telle méthodologie, et ce toujours en adaptant la méthode à la nature de la question.

L'objectif initial de mon choix de poursuivre en doctorat est de démontrer l'inadéquation et l'insuffisance des règles juridiques préexistantes lorsqu'il s'agit d'une application dans l'univers numérique. Il se peut que cet objectif évolue, voire s'inverse. Dès lors, je choisis d'avancer dans la construction de ce projet progressivement en établissant les paliers marche après marche de mon projet doctoral. J'essaierai alors de suivre le cheminement méthodologique expliqué en amont tout en continuant à le perfectionner et en restant réflexive tout au long.

Ce ne sera qu'à la réalisation de mon projet que je pourrais déterminer l'objectif réel et réalisable de mon doctorat. Je m'assurerai seulement de respecter mes valeurs ainsi que les conditions optimales et interdisciplinaires qui me rapprocheront de la meilleure thèse possible.

J'ai réalisé au cours de mon expérience lors de ces séminaires que mon projet était dès sa genèse interdisciplinaire. Il mêle depuis le début des questions de nature différente. Inconsciemment, j'avais dans mon raisonnement doctoral en nageant, parfois à contre-courant, dans différents bassins de connaissance. Pouvoir les nommer et en avoir pris conscience permet de reprendre la nage en gardant le souffle et sans cette impression de nage à contre-courant.

La découverte de l'interdisciplinarité a eu pour conséquence de m'ouvrir l'esprit sur une évidence : mon projet est interdisciplinaire. Il fait appel à différentes sources de connaissances et différentes méthodologies qu'elles soient juridiques, scientifiques ou philosophiques. Pour reprendre les termes de Pierre Noreau, « *l'interdisciplinarité exige moins la définition d'un même objet - d'un même point de jonction, supposé unidimensionnel et pareillement compris par chaque spécialiste - que d'un « espace partagé » capable d'intégrer la perspective de chaque discipline* »³.

Ainsi la combinaison des regards au travers des différentes sciences choisies pour étudier mon objet de recherche devrait me permettre de mieux appréhender cet objet et ainsi répondre aux différentes questions qu'il soulève.

3 Pierre Noreau, « Voyage épistémologique et conceptuel dans l'étude interdisciplinaire du droit », *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, dir. Pierre Noreau (Montréal : Thémis, 2007), 186.

Les réparations pour violations des droits de l'homme

Eureka des nouvelles libertés de recherche outre-Atlantique



PIERRE FÉLIX KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO

Détenteur d'un DEA en droit de l'Université de Lubumbashi (Congo, Rd.), de deux Masters dont l'un en droit international et européen des droits de l'Homme à l'Université de Nantes et l'autre, en droits de l'Homme, spécialisation en droits économiques, sociaux et culturels au Collège universitaire Henri Dunant de Genève. Il détient également deux diplômes de Licence en droit et plusieurs certificats. Après une longue carrière d'Avocat de Conseil inscrit auprès de la CPI et d'assistant à l'Université de Likasi, il poursuit son doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal où il est chercheur-doctorant au CRDP.
» pierre.felix.kandolo.onufuku.wa.kandolo@umontreal.ca

RÉSUMÉ

Cet article ambitionne de démontrer comment le mélange de l'approche juridique avec d'autres approches est nécessaire pour mener des recherches et répondre aux questions qu'elles soulèvent. Même si le recours au positivisme juridique paraît prioritaire pour le juriste, la réflexivité critique oblige le chercheur à adopter une deuxième voix qui consiste à recourir à un paradigme alternatif en vue d'enrichir et compléter sa recherche. Dans cette analyse, je pars de mon cas personnel pour expliquer la nécessité d'adopter cette seconde approche au cours d'une recherche doctorale sur la réparation des victimes de violations des droits de l'Homme.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	42
1. Mon passé en recherche : positivisme juridique, seule approche méthodologique en droit ?	42
2. La recherche en droits de l'Homme, une remise en question du positivisme juridique ?	44
Conclusion	47

Introduction

À propos de la naissance et du développement du nouveau paradigme en science, François Ost, s'inspirant de la pensée de Thomas Kuhn¹, écrit ce qui suit :

(...) durant les périodes de « science normale », les chercheurs appartenant à une discipline ou sous-discipline adhèrent à un cadre théorique commun qui, « pour un temps au moins, leur fournit des problèmes-types et des solutions »². L'accord se fait autour d'un paradigme qui, à la manière d'une carte ou d'une boussole, oriente les recherches et suggère les voies de solution. Un jour cependant se produiront des *anomalies*³ - des faits d'observation qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif - qui, si elles se multiplient, provoqueront la mise en cause du paradigme dominant. Non sans résistance cependant : dans un premier temps, « hypothèses ad hoc » et « obstacles épistémologiques » tenteront de refouler l'intrus et de restaurer la prééminence du modèle inquiété. Il est pourtant vraisemblable que, l'esprit critique caractéristique de la démarche scientifique l'emportant finalement, se poursuive la recherche d'une théorie plus englobante - c'est le stade pré-paradigmatique de la « guerre des écoles » - et que triomphe enfin, au terme d'une « révolution scientifique », un *nouveau paradigme*⁴ instaurateur d'une nouvelle période de science normale⁵.

Ce nouveau paradigme, pour être intégré dans mes recherches, est celui que je découvre à travers les nouvelles libertés de recherche Outre-Atlantique qui caractérisent aujourd'hui les universités nord-américaines.

Au cours des recherches qui ont abouti aux trois différents travaux scientifiques de Maîtrise et différents ouvrages et articles sur les droits de l'Homme, j'ai pré-

1 La pensée se trouve également dans Charalambos Apostolidis, *Doctrines juridiques et droit international. Critique de la connaissance juridique* (Paris : Eyrolles, 1991), 218.

2 Thomas S. Kuhn, « La structure des révolutions scientifiques » (Paris : Flammarion, 1972), 10, par François Ost, *La thèse de doctorat en droit : du projet à la soutenance* (texte de la Conférence prononcée le 17 février 2006 à l'occasion du séminaire d'ouverture de l'École doctorale en sciences juridiques de la Communauté française de Belgique, 2006), 14 (non publié).

3 C'est moi qui souligne.

4 C'est moi qui souligne.

5 Ost, *supra* note 2, 15.

senté d'un point de vue théorique l'étude des mécanismes à mettre en œuvre au sein de l'État pour permettre aux victimes d'actes de violation de ces droits d'obtenir réparation. Aujourd'hui, autour du titre de la thèse doctorale - « *La réparation des victimes de violation des droits de l'homme : problématique et perspectives pour une évolution du droit congolais* » - je fais le même plaidoyer avec cette différence que la question est approfondie et se place au-delà des précédentes recherches. Ici, je voudrais étudier le sort et les démarches des victimes d'actes de violation des droits de l'Homme pour aboutir à leur réparation. Ce qui est intéressant demeure la manière épistémologiquement permise de procéder au questionnement et de mener la recherche pour obtenir une réponse scientifiquement prouvée, approuvée et acceptable. Pour y parvenir, je divise ce texte en deux parties : celle qui démontre mon identité savante, c'est-à-dire mes origines et mes antécédents qui influent sur la façon dont je choisissais mes questions de recherche (I). Et celle consacrée à la direction désormais prise, c'est-à-dire à mes réflexes méthodologiques et savants, à travers une remise en question de la normativité monologique (II).

1. Mon passé en recherche : positivisme juridique, seule approche méthodologique en droit ?

Au cours de l'itinéraire que j'ai emprunté pour me retrouver en études doctorales à l'Université de Montréal, je dois avouer m'être forgé une place en tant que chercheur-juriste. Au travers de cet article, j'opère le choix non arbitraire et sans gêne ni complexe, celui de décrire mes origines de la « pratique de recherche » (A) parce que je découvre d'autres réalités auparavant inimaginables, consciemment ou inconsciemment inconnues. Le positivisme juridique constituait pour moi l'unique approche dans une recherche en droit (B).

Les origines de mes recherches en droits de l'Homme : une voie, une solution. Les études de droit que j'ai faites dans des universités des pays de droit romano-germanique, jointes à la pratique professionnelle d'avocat, m'ont conduit sur une seule voie, sur un seul chemin, celui de considérer sans réfléchir que la seule démonstration applicable aux recherches en droit doit se faire à l'aide d'une seule et unique démarche, *le positivisme juridique*. Cette façon de procéder a développé en moi, bien innocemment, un manque de *réflexivité critique* sur toute recherche, même nécessitant un recours aux autres disciplines. Par-là, je tombais dans le

piège de l'une des faiblesses du positivisme juridique où « la logique de l'explication se réduit à la description du simple rapport que la vision établit entre les faits juridiques »⁶. Or, « sous l'apparente continuité du discours positiviste (...) se cache une omission méthodologique, c'est-à-dire un manque d'explication qui transforme les présences inaperçues en absences réelles »⁷. Toutes les questions que je me proposais et les réponses que j'obtenais tournaient autour de « prescriptions légales », éliminant de la sphère juridique « tout ce qui ne répond pas strictement à sa définition ; tous les éléments qui lui sont étrangers⁸ » : *quel droit ou quelle norme juridique appliquer en droits de l'Homme en cas de violation ? Existe-t-il une norme juridique nationale, compatible avec les normes régionales et internationales, protégeant les victimes et permettant celles-ci à réclamer et à obtenir les réparations ?* Certes, lorsqu'on doit examiner les droits de l'Homme sous l'aspect de l'ensemble des règles juridiques qui visent la protection de la personne en tant qu'être, on est certes sur le terrain du positivisme juridique, qui est d'essence et qui domine en droit. Il n'y a donc pas de raison à s'en passer dans le cadre de ma thèse.

La réparation en droits de l'Homme : l'appui du positivisme juridique. La compréhension véritable des droits de l'Homme dans leur globalité n'est pas seulement une démarche théorique. Elle a aussi une grande portée pratique [que ce soit] du fait de sa fonction de régulation de la légitimité des systèmes politiques et des ordres juridiques ou parce qu'elle représente, pour de nombreuses personnes, une garantie de leur dignité, et un chemin, le chemin principal, vers la liberté et l'égalité⁹. Ils ont pour particularité que, détachés de la philosophie, de la morale ou du droit naturel, ils ne sont concevables que lorsqu'ils sont consignés dans un acte, appelé « loi » et appliqué par le pouvoir public à travers des organes légalement établis (cours et tribunaux), qui ont pour mission de rendre justice par les décisions qu'ils prennent (jurisprudence) pour l'exécution, la consolidation et le respect de la règle de droit qui protège l'être humain et son patrimoine. C'est cet ensemble des textes légaux (nationaux, régionaux et internationaux) qui fait des droits de l'Homme un droit positif. Comme l'écrit Hans Kelsen, « le droit est seulement un

système de normes auxquelles les hommes se conforment ou ne se conforment pas¹⁰ ». Delà, il y a à dire que le *positivisme juridique* est une méthode qui « tourne autour de la doctrine juridique, qui, inévitablement, engendre elle-même le concept de *positivité juridique*. Seul le droit positif ou « posé »¹¹ est susceptible de traitement scientifico-positif¹². Il implique donc « le rejet de toute causalité métaphysique et de tout appel à l'essence des choses. Seules existent les régulations observées dans l'expérience et constituées en lois »¹³. Il « ne voit pas » que la règle de droit est le produit d'un rapport des forces « socialement acceptable dans le moment présent »¹⁴ et qui fait appel au juridique pour se consolider¹⁵.

Pris sous cet angle, « Les droits de l'Homme sont aussi juridiques que tout autre secteur du droit. Lorsqu'une méthodologie se déclare incapable d'expliquer leur jeu, loin de les anathématiser, elle ne fait que reconnaître son impuissance à rendre compte de la réalité juridique »¹⁶ en présence. Dans cette logique de la dynamique juridique, la positivité apparaît comme un préalable, pleinement achevée dans la norme par excellence : *la loi*. Son usage correct implique une application technique, soumise à des mécanismes logiques, exempte de toute manipulation qui affaiblirait le droit positif. Aujourd'hui, tant au plan national, régional qu'international, les droits de l'Homme trouvent une audience légaliste incontestée. Sans entrer dans les détails, je me limite à constater, à titre illustratif et sans compter les règles éparses, d'abondantes dispositions contenues dans la Constitution de la R.D. Congo du 18 février 2006 (57 sur 229 articles) traitant des droits fondamentaux¹⁷. Certains pays ont carrément décidé de les soustraire de la Constitution pour en faire des Chartes

6 Apostolidis, *supra* note 1, 218.

7 *Ibid.*, 219.

8 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, traduit de l'allemand par Henri Thévenaz (Neuchâtel : Baconnière, 1953), 15.

9 Gregorio Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux* (Paris : L.G.D.J., 2004), 21.

10 Kelsen, *supra* note 8, 40.

11 René Quan Yan Chui, *La pensée juridique ou le droit et son enseignement selon Léon HUSSON* (Marseille : Presse universitaire d'Aix-en-Provence, 1998), 110.

12 Andrés Ollero-Tassara, *Droit « positif » et droits de l'homme* (Tassa : Bière et Andrés Ollero-Tassara (Esp.), 1997), 11.

13 Auguste Comte, « Cours de philosophie positive », 1830-1842 (Paris : Garnier, 1926), 44-45, cité par Jean-Michel Berthelot, *La construction de la sociologie*, 3^e édition, Que sais-je ? (Paris : Presses universitaires de France, 1991), 27.

14 Monique Chemillier-Gendreau, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *Revue belge de droit international* (1981-1982), 526.

15 *Ibid.*, 527.

16 Ollero-Tassara, *supra* note 12, 57.

17 *Constitution de la République démocratique du Congo*, JORDC, 2011, art. 11-67.

ayant une valeur constitutionnelle indiscutable¹⁸. L'intervention du législateur dans ce domaine déplace cette discipline des civilisations morale et philosophique qui l'ont caractérisé depuis des siècles vers un droit positif constamment établi.

Mais lorsque j'entame mes études doctorales en droit, les séminaires doctoraux de « Philosophie du droit » et de « Méthodologie du droit et interdisciplinarité » m'ont amené à découvrir d'autres réalités que celles qui, auparavant, étaient ancrées en moi comme seuls modes de progression de recherche en droit. Des expressions du genre « interdisciplinarité savante », « réflexivité critique », « épistémologie juridique », « paradigme dominant », « paradigme alternatif », etc. entrent dans ma tête en tant que nouveaux mots dont je dois désormais rechercher le contenu et les contours. De toute évidence, et pour répondre aux questions que se pose le chercheur, le positivisme juridique, bien que paradigme dominant en droit, a besoin de s'appuyer sur d'autres approches issues de disciplines externes.

2. La recherche en droits de l'Homme, une remise en question du positivisme juridique ?

Comme candidat au doctorat, avec projet de thèse entre mes mains, je me suis vu invité à une plus grande liberté de recherche qui envahit les Facultés de droit au Québec et j'ai fait le constat, à travers la littérature juridique québécoise à ma portée (ouvrages et articles confondus), de l'explosion des nouvelles façons de procéder, toutes potentiellement égales en dignité savante.

À partir de ce constat, il faut remarquer que la science juridique est aujourd'hui « confrontée à une crise de ses paradigmes dominants (légaliste, étatiste et positiviste), et cela tant à l'échelle du droit tout entier que de ses branches particulières »¹⁹. Et, bien qu'en sciences humaines, et donc aussi dans les sciences du droit, on n'ait jamais constaté le « solide consensus » et la recherche « hautement convergente » caractéristique de l'adhésion à un paradigme incontesté, on ne peut nier que le modèle hiérarchique (étatiste, positiviste, monologique) caractéristique du sens commun des juristes soit aujourd'hui fortement remis en cause et que, de

tous côtés, on observe des tentatives de formuler des théories alternatives. On est donc bien dans une période de crise caractéristique de la transition d'un paradigme à l'autre²⁰. Le mode de [raisonnement] positiviste est totalement axé sur la logique judiciaire²¹. Par là, le raisonnement juridique acquiert une dimension « pathologique »²². C'est pourquoi, aujourd'hui, « (...) Il n'est plus intellectuellement adéquat ni scientifiquement crédible [pour un candidat au doctorat] d'emprunter un paradigme majoritaire [dominant] par simple réflexe, sans avoir sciemment réfléchi aux choix idéologiques et méthodologiques que cette voie de recherche suppose, sans comprendre ni connaître l'existence et la valeur complémentaire des autres choix de recherche possibles »²³. Il faudra désormais intégrer la *réflexivité critique* dans son raisonnement.

Certes, il ne m'est pas facile, après de longues années de pratique de droit, d'intégrer la réflexivité critique dans un raisonnement épistémologiquement juridique. Toutefois, je me pose la même question que s'est posée Christian Comelieu, celle de savoir « (...) si, la réalité humaine et sociale étant ce qu'elle est, les travaux de recherche universitaires (et en particulier les thèses) qui la prennent pour objet de réflexion et d'analyse, peuvent échapper à ce caractère interdisciplinaire ? »²⁴. Loin d'y croire ! Car comment serait-ce possible d'expliquer la logique du système juridique - ici des droits de l'Homme - par sa propre logique ? Pour comprendre le fonctionnement réel du droit des droits de l'Homme par exemple, il faut, comme l'écrit Michel Miaille, « proposer une autre logique, différente de celle qui agence les diverses parties de l'édifice juridique et qui servira de base à un raisonnement explicatif »²⁵. De ce fait, je me vois obligé de *déconstruire* mes traditions de recherche, car peu de bonnes recherches en droit se limitent à la

20 *Ibid.*, 14.

21 Bernard et Jacques Dehaussy, *La coutume internationale* (Juris-Classeur de droit international I), 13B, cité par Charalambos Apostolidis, *supra* note 1, 225.

22 *Ibid.*

23 Violaine Lemay, Séminaire de « Séminaire de thèse - Méthodologie du droit et interdisciplinarité, » Université de Montréal, Faculté de droit, Hiver 2014.

24 Christian Comelieu, « Thèses interdisciplinaires : Amateurisme ou exigence fondamentale ?, » dans *Devenir chercheur. Écrire une thèse en sciences sociales*, dir. Moritz Hunsmann et Sébastien Kapp (Paris : Éditions de l'ÉHESS, 2013), 81.

25 Michel Miaille, « Une introduction critique au droit » (Paris : Maspéro, 1982), 202, cité par Apostolidis, *supra* note 1, 223.

18 *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11.

19 OST, *supra* note 2, 13.

neutralité axiologique, au repérage des sources formelles ou à l'analyse du droit établi, sans avoir besoin de la complémentarité d'autres disciplines comme la sociologie, l'histoire, la pédagogie, la philosophie, la médecine, l'économie, etc. Je me permets donc, par cette occasion, d'établir une interaction entre « le droit des droits de l'Homme et les autres disciplines » pour trouver solution aux questions que je me pose dans le cadre de mes recherches doctorales (A). Le recours au seul positivisme juridique fausserait les objectifs de recherche. Il me faut trouver des outils au-delà du droit (B).

L'interdisciplinarité : un outil de réflexivité critique au service des droits de l'Homme. De l'avènement de la période de crise et de la transition d'un paradigme à l'autre, je deviens finalement conscient de l'existence des « anomalies » et « pathologies » en droits de l'Homme au regard du paradigme pyramidal. Ainsi, l'approche interdisciplinaire à laquelle je recourais va m'aider à anéantir lesdites anomalies et pathologies qui apparaissent à l'intérieur de ce que Hofstadter qualifie des « objets juridiques non identifiés »²⁶ [que j'associe personnellement dans ce qui forme la « *normativité sociale* »] qui risqueraient d'être écartés de mes recherches au profit de l'extrême normativité juridique dont Jean-Guy Belley invite à diluer dans la « solution » de la régulation sociale globale²⁷.

Une explication purement juridique des faits juridiques ne peut manquer de laisser échapper tout ce qu'ils ont de spécifique, c'est-à-dire de social. Le « système de vue » formaliste ne voit pas la connexion très étroite entre les rapports sociaux et les normes juridiques²⁸. L'étude des notions juridiques en dehors d'un contexte social précis - lequel reste d'ailleurs subordonné à la technique juridique - aboutit à ce que les idées deviennent le fondement de la réalité²⁹. Ce mécanisme intellectuel, qui valorise indûment les idées, ne peut pourtant maintenir son autonomie qu'à l'intérieur de limites très étroites et pour autant seulement que la tension entre le fait et la

norme ne dépasse pas un certain maximum³⁰. En s'en tenant à l'analyse logique, le positivisme perd pied avec les réalités et devient spéculatif.

Toutefois, en recourant au paradigme alternatif ou à l'interdisciplinarité, « (...) il ne s'agit nullement de proposer une analyse cloisonnée de diverses composantes de la réalité humaine et sociale, en *juxtaposant* des approches empruntées à diverses disciplines (un chapitre sur l'économie, un autre sur la sociologie, un troisième sur la science politique, un autre encore sur l'histoire et ainsi de suite) : l'enjeu de l'inter ou du transdisciplinaire est plutôt (...) de *croiser* les approches, et donc de *multiplier les questions adressées par une discipline à une ou plusieurs autres*. Il faut partir, au contraire, des objectifs de la recherche entreprise : il s'agit non pas de mettre en valeur les outils de telle ou telle discipline et d'en faire ressortir les mérites par rapport à d'autres disciplines, mais d'analyser au mieux un ou plusieurs aspects de la réalité sociale concrète, pour mieux comprendre chacun d'entre eux en les rapportant aux ensembles de faits auxquels ils se rattachent, et éventuellement pour mieux agir sur cette réalité dans un sens jugé souhaitable. Les disciplines scientifiques utilisées pour atteindre ces objectifs ne sont alors que des outils (...) »³¹. Et pour l'utilisation de ces outils, Margarida Garcia formule trois propositions épistémologiques dont le chercheur doit se servir, considérées comme des stratégies et que je retiens comme un itinéraire à suivre : le « décentrement du sujet », l'entretien qualitatif conçu comme « entretien réflexif » avec le système³² et « désubstantialiser des catégories juridiques », condition nécessaire pour pouvoir développer un regard *externe* sur le droit et rendre possible la recherche multidisciplinaire dans ce domaine³³. Cette dernière stratégie est essentielle en vue de permettre au chercheur qui veut observer le droit (d'un point de vue externe) de contrôler ses observations et de les distinguer des observations produites par le point de vue interne. Ainsi compris, voudrai-je partir d'une proposition épistémologique qui favorise

26 D. Hofstadter, « Goder, Esther, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle », traduit par J. Henry et R. French, (Paris : Interédition), 799, cité par Ost, *supra* note 2, 15.

27 Jean-Guy Belley, « Une métaphore chimique pour le droit, » dans *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'inter-normativité*, dir. Jean-Guy Belley (Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996), 7.

28 Evgueny Pasukanis, « La théorie générale du droit et le marxisme », (Paris : Études et documentation internationales, 1976), 76, cité par Apostolidis, *supra* note 1, 226.

29 *Ibid.*, 49-50.

30 *Ibid.*, 138.

31 Comelieu, *supra* note 24, 81.

32 Alvaro P. Pires, « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ? », dans *Sociologie pénale : système et expérience. Pour Claude Faugeron*, dir. Dan Kaminski et Michel Kokoreff, (Ramonville Saint-Agne : Érès, 2004), 173, cité par Margarida Garcia, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et «substantialiser» les catégories juridiques », *Les Cahiers de droit* 52, n° 3-4 (2011), 417.

33 *Ibid.*, 417.

un dialogue (tête à tête) entre les droits de l'Homme et les autres sciences sociales, en l'occurrence, la sociologie, proposition qui provient de deux façons distinctes d'observer le droit : le regard interne (positivisme, déjà développé ci-dessus) et le regard externe (inter, pluri ou transdisciplinarité). Cette dernière approche me conduit à réfléchir sur le décentrement des problèmes à la base des violations des droits de l'homme et les solutions afférentes aux réparations des préjudices subis par les victimes : il s'agit d'une approche sociologique.

L'approche sociologique : une négation à la normativité juridique monologique. En tentant de répondre à la question de savoir « *pourquoi les victimes de violation des droits de l'Homme n'ont-elles pas un accès facile à la justice en vue de bénéficier des réparations pour les préjudices subis ?* », il y a lieu de constater que le rapprochement de la sociologie du droit à la recherche des solutions juridiques s'avère indispensable. En effet, les droits de l'Homme sont infiniment inhérents à la nature humaine et sociale et sont inséparables des faits sociaux. Mais les juristes positivistes négligent délibérément cet aspect de la « dynamique des rapports sociaux dont ils constituent l'expression³⁴ », « ils parlent beaucoup des textes, ils ne font jamais beaucoup parler les textes »³⁵ et « [ils] ne reconnaissent rien de juridique en dehors de ce que des tribunaux peuvent accepter comme tel »³⁶. Le droit en soi est regardé par les sociologues comme *les savoirs de sens commun*. Le sens commun qui, lui, est l'« ensemble hétérogène de savoirs communément partagés – composé de mythes, de légendes urbaines, de sagesse ancestrale, de traditions, de culture médiatique, de vulgarisation scientifique, etc. – dans lequel nous puisons dès que nous approchons une question sans avoir pris au préalable connaissance de la position des scientifiques »³⁷. Toute recherche qui puise ses arguments de l'un des éléments de cet ensemble hétérogène fait référence à l'approche sociologique.

Ainsi, en vue de répondre à toutes les questions posées ci-dessus, il conviendrait de s'intéresser à trois groupes d'acteurs sociaux : les créanciers (les victimes), les débiteurs (les responsables) et les institutions ou organisa-

tions des droits de l'Homme. Pour le premier groupe, il faudra pénétrer au sein des différents groupes de la population, victimes de violations des droits de l'Homme qui n'ont pas bénéficié de réparation ; le deuxième est constitué principalement de l'État, qui a l'obligation et le pouvoir régaliens de protéger les citoyens contre tout acte illicite émanant des tiers ou de lui-même. Il répond des faits commis par ses préposés et même, dans une certaine mesure, par des personnes qui habitent sur son territoire³⁸ ; le troisième est constitué de toutes les institutions gouvernementales et non gouvernementales chargées de promouvoir et de protéger les droits de l'Homme au sein de l'État. Je pense aux institutions judiciaires, aux commissions, aux institutions nationales des droits de l'Homme, aux organisations non-gouvernementales et/ou à la société civile. Mon intérêt de recherche auprès de ces acteurs est de comprendre le fonctionnement des mécanismes des droits de l'Homme au sein de l'État, d'obtenir les pensées et les visions de la société et des victimes sur la politique à mettre en œuvre aux fins de réparations, de connaître les raisons qui empêchent les victimes à les obtenir. Cela me sera possible à l'aide d'un entretien compréhensif, sur le modèle que propose Jean-Claude Kaufmann, selon lequel « le chercheur commence par explorer le terrain sans d'idées préconçues, juste « le sentiment que quelque chose est à comprendre ». Il part des pratiques ordinaires (...), laisse « flotter » son attention, produit, affine et organise petit à petit ses questions et ses réponses »³⁹, le tout dans une « proximité » entre l'intervieweur et l'interviewé.

Pour ne parler que du Congo, comment pourrais-je parvenir, sans recourir aux autres disciplines, à proposer des mécanismes juridiques et institutionnels, ainsi que la réforme judiciaire en faveur des victimes dans un État qui vient de passer plusieurs années en guerres et sous un régime dictatorial ayant entraîné plusieurs victimes et qui, de surcroît, ne dispose pas encore de mécanismes appropriés, permanents et complets pou-

34 Philippe Braud, *La science politique*, Que sais-je ? (Paris : Presses universitaires de France, 1982), 98.

35 René Girard, Jean-Michel Oughourlian et Guy Lefort, *Les choses cachées depuis la fondation du monde* (Paris : B. Grasset, 1978), 457.

36 Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les cahiers de droit* 29, n° 1 (1988), 91-120, <http://id.erudit.org/iderudit/042870ar> (consulté le 19/11/2014).

37 Lemay, *supra* note 23, 109.

38 Voir à ce propos la responsabilité que doit assumer l'État pour fait de ses organes et des personnes habitant sur son territoire qui posent un acte illicite, dans Nations Unies, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (2005), <https://www1.umn.edu/humanrts/instreet/Fwrongfulacts.pdf> (consulté le 03/09/2015).

39 Jean-Claude Kaufmann, *L'entretien compréhensif*, (Paris : Nathan, 1996), 23. Voir également Jean-Claude Kaufmann, Recension de *Entretien compréhensif*, par Dominique Cordon, *Réseaux* 14, n° 79 (1996), 177-179, http://www.persee.fr/doc/reso_0751-7971_1996_num_14_79_3789 (consulté le 23/09/2015).

vant répondre aux réclamations et besoins des préjudiciés ? En effet, pour ce pays, on rapporte qu'il y a eu 6,9 millions de morts entre 1996 et 2004⁴⁰ alors que d'autres rapports énumèrent 782 incidents majeurs ayant provoqué, entre 1993 et 2003, la mort de centaines de milliers, voire de millions, de personnes. Rares ont été les civils, congolais et étrangers, vivant sur le territoire, qui ont pu échapper à ces violences. Ils ont été victimes de meurtres, d'atteintes à leur intégrité physique, de viols, de déplacements forcés, de pillages, de destructions de biens ou de violations de leurs droits économiques et sociaux⁴¹. Parlant des responsabilités, l'Association africaine de défense des droits de l'homme (ASADHO) rapporte que depuis le 30 juin 1960, tous les Gouvernements qui se sont succédés au Congo ont les mains couvertes de sang [humain]⁴². Or, comme l'écrivent Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, « depuis déjà plusieurs années, le sort des victimes d'actes criminels [et d'actes de violation des droits de l'Homme] est un sujet de préoccupation de plus en plus vif. Celles-ci sont, en effet, souvent laissées sans véritable secours et donc sans moyen efficace d'obtenir [la] compensation pour le préjudice qu'elles ont subi »⁴³. Il me faut donc aller vers les victimes et vers ceux qui les dirigent afin de proposer une approche qui inclura tous les paramètres pour leur satisfaction.

40 IRC, « Violations des droits de l'homme en République démocratique du Congo », *Rapport de l'International Committee sur la République démocratique du Congo* (2006), <http://www.agoravox.fr/actualites/international/article/rdc-des-millions-de-morts-un-138851> (consulté le 29/09/2014).

41 Nations Unies, « Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo (2010) », <http://www.ohchr.org/fr/Countries/AfricaRegion/Pages/RDCProjetMapping.aspx> (consulté le 20/06/2014).

42 Jean-Claude Katende et Association Africaine de Défense des Droits de l'Homme en R.D. Congo, « Situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo de 1960 à 2010. "Tous les Gouvernements ont les mains couvertes de sang" », *Périodique des Droits de l'Homme de l'ASADHO*, n° spécial (2010), 38.

43 Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, (Cowansville : Yvon Blais, 1998), 589.

Conclusion

Lorsqu'une étude est menée en sciences sociales, le chercheur doit satisfaire à quatre impératifs à la fois irréductibles et interdépendants⁴⁴ : un *impératif empirique*, celui d'observer et de décrire la réalité ; un *impératif explicatif*, celui de mettre en œuvre, autant que faire se peut, le principe de causalité ; un *impératif compréhensif*, ou *herméneutique*, ou encore *dialogique*, qui enjoint de traduire les causes en raisons, en motifs ou en sens ; et enfin un *impératif normatif*, celui de contribuer à une plus grande réflexivité critique et normative.

Issus de la morale, de la philosophie, de la politique et de la sociologie, les droits de l'Homme, qui veulent dénoncer les inégalités et proposer les voies de répression et de réparation, obéissent à ces impératifs. Mais pour arriver à atteindre les objectifs de recherche dans pareille discipline, il faut comprendre les faits sociaux (les raisons humaines) qui sont à la base des violations récurrentes et permanentes, pour proposer des changements sociaux par la direction que vont donner les nouveaux textes et les nouvelles institutions. La poursuite de cet objectif à travers ce mécanisme justifie le rôle que joue la sociologie dans une étude en droit, celui de fournir : - une connaissance des faits sociaux concernés, des pratiques sociales en cause, des opinions, des attitudes, des représentations sociales, en rapport avec le fait de société en question ; - une évaluation du décalage entre norme sociale et norme juridique, des problèmes qu'il pose, des limites des substituts fonctionnels mis en place par les pratiques judiciaires ou les pratiques sociales ; - une analyse du fonctionnement de l'institution judiciaire en quête de nouveaux modes de régulation⁴⁵. Ainsi, éviter de recourir à l'approche sociologique serait l'aveu implicite d'un refus d'atteindre les objectifs que l'on s'assigne pour aboutir à de bons résultats de recherche.

44 Alain Caillé, « Engagement sociologique et démarche idéaliste-typique », *Revue sociologie du travail* 41 (1999), 317.

45 Jacques Comaille, « Esquisse d'analyse des rapports entre droit et sociologie. Les sociologies juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1 (1982), 9.

LES CHANTIERS DE LA RECHERCHE EN DROIT

INTERDISCIPLINARITÉ SAVANTE
ET PRATIQUE PROFESSIONNELLE

Interactions des acteurs intervenant en faveur de la protection des personnes en situation d'urgence

Une juriste en « crise identitaire scientifique »



JULIETTE DEFOND

Juliette Defond est candidate au doctorat en droit (LL.D.) à l'Université de Montréal, sous la direction de Violaine Lemay, en cotutelle avec l'Université Aix-Marseille III (France) sous la direction de Marie-Josée Domestici-Met. Juliette Defond a effectué sa scolarité en France, en Allemagne et au Canada. Elle est titulaire d'une Licence en droit de l'Université Lumière Lyon II (France), et d'un Master II en droit de l'Université Aix-Marseille III (France).
» defond.juliette@gmail.com

RÉSUMÉ

Cet article a été rédigé dans le cadre du séminaire de méthodologie et d'interdisciplinarité dispensé au 3ème cycle de doctorat de la faculté de droit de l'université de Montréal en 2014. Il retrace le parcours universitaire d'une juriste française en « crise identitaire », ponctué de doutes, ralenti par les errances, qui quitta le Vieux continent pour le Nouveau monde, en quête de pairs scientifiques et idéologiques pour accueillir son projet de thèse. Du sentiment de rejet et d'imposture à l'euphorie suscitée par la découverte de l'approche interdisciplinaire, l'auteure raconte son apprentissage de la réflexivité et les conséquences bénéfiques de la conscientisation d'une identité scientifique propre.

TABLE DES MATIÈRES

1. Juriste recherche famille : l'histoire d'un sentiment de rejet	50
2. Découverte du paradigme alternatif : la fin, tumultueuse, d'une crise identitaire	52
3. Retour à une rigueur scientifique : qu'est-ce que la connaissance?	53

Il y a presque un an, j'apprenais, à ma grande (et bonne!) surprise que ma candidature et mon projet de recherche - les interactions des acteurs intervenant en faveur de la protection des personnes en situation d'urgence - avaient été acceptés par la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Comment avaient-ils pu retenir l'attention de juristes? Était-il possible de traiter cette thématique, éminemment politique, géostratégique, militaire, voire même sociologique, du point de vue du droit? Depuis quelques semaines, je peux enfin répondre sereinement « oui ».

Cet article est une chance pour moi : celle de raconter mon histoire scientifique, une histoire que j'ai enfin comprise, que je peux aujourd'hui raconter. Je retrace ici le chemin de mon parcours universitaire que j'ai arpenté guidée par la flammèche de ma passion - la protection, juridique mais aussi physique, des personnes en situation d'urgence¹. Il s'agit de comprendre comment s'est construit petit à petit le sentiment de rejet et d'imposture né de mes premières années de droit (1), qui me mena à l'errance disciplinaire, puis comment, finalement, l'approche interdisciplinaire m'a ramenée au droit (2) et à sa rigueur scientifique (3). Il s'agit de retracer l'histoire d'une « crise identitaire scientifique » d'une juriste élevée « à la française ».

1. Juriste recherche famille : l'histoire d'un sentiment de rejet

Mes origines disciplinaires, le droit, confrontées à mes intérêts intellectuels, l'humanitaire et la protection des personnes, m'ont conduite à un double sentiment de rejet : le premier, scientifique, le second, idéologique.

Sous l'emprise d'un « non-dit ». J'entrais à l'université sans projet professionnel. Le choix de suivre à la fois les enseignements de première année de droit et ceux de première année de psychologie illustrait alors

1 Ici, je fais référence, d'une part, aux règles de droit international qui forment une « bulle juridique protectrice » autour des personnes confrontées à des situations particulièrement graves, telles que les conflits armés internationaux ou non internationaux, en leur octroyant des droits spécifiques (ex : les conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels), et d'autre part, aux règles de droit qui prévoient et encadrent la mise en œuvre d'interventions, armées ou civiles, à but humanitaire, qui visent à faire cesser la violation des droits fondamentaux de ces personnes, et/ou encore, à soulager les souffrances causées par ces situations d'urgence.

mes envies a priori dispersées : poursuivre un idéal de justice, et comprendre et aider autrui. Alors que les premiers érigeaient pas à pas les murs d'une pensée scientifique unique de laquelle je ne devrai plus sortir, les seconds me poussaient à l'inverse à sortir de moi et m'adapter à la pensée de l'autre. Cela contribua-t-il peut-être à alimenter ma frustration de juriste française... En première année, je suivais le seul et unique cours d'histoire et de théorie (au singulier!) du droit, qui me fut dispensé durant mon expérience universitaire. Ainsi, sans contester, j'apprenais qu'il n'existait qu'une histoire, qu'une théorie du droit : celle de Hans Kelsen². Trop jeune alors pour me permettre de mettre en doute la toute puissance kelsenienne, mais trop curieuse pour m'en tenir aux faits établis, mes questions en cours de droit interrogeaient bien trop souvent l'efficacité et l'opportunité des textes de loi étudiés, m'attirant régulièrement les foudres de mes professeurs : « Laissez ces questions à vos voisins de science politique, contentez-vous d'appliquer les textes après en avoir vérifié la validité. ».

Pendant des années, de nombreuses questions sont donc restées sans réponses, n'ayant pas leur place en faculté française de droit. Bâillonnée et frustrée, et inconsciente alors de la véritable origine de cette sensation, je me sentais rejetée par mes pairs scientifiques, et méprisaient les juristes, révoltée par leur entière dévotion à la science politique, par leurs œillères et leur manque d'ouverture. Il aura fallu attendre l'arrivée des séminaires doctoraux de l'UdeM sur la méthodologie, pour mettre enfin un nom sur l'auteur de cette strangulation et me ramener sur le droit chemin : le positivisme kelsenien, paradigme dominant en droit. Leurs enseignements me faisaient prendre conscience de l'existence de différents types de positivisme d'abord, de paradigmes alternatifs ensuite. Plus encore, les débats et échanges entre doctorants de nationalités différentes mettaient en lumière les particularités de l'enseignement que j'avais reçu. Dans l'un de ses articles, l'une de nos professeurs soulignait d'ailleurs que « les juristes ont pris l'habitude de ne plus discuter de méthodologie, tant le positivisme kelsenien est inconsciemment reçu comme l'unique façon valable et possible de « faire

2 Cherchant à faire du droit une science axiologiquement neutre, le théoricien du droit Hans Kelsen élabore, entre autre, la théorie dite de la pyramide des normes qui repose sur une vision hiérarchique des normes juridiques (les normes inférieures doivent respecter les normes supérieures). Dominée en son sommet par une norme fondamentale (par ex : la Constitution), cette pyramide garantit la cohérence du système de droit.

du droit ». »³. Cela est parfaitement exact pour la France : les facultés françaises en général, et celles que j'avais fréquentées en particulier, formaient des professionnels, des futurs praticiens, privilégiant ainsi et depuis des générations l'approche positiviste kelsenienne, parfaitement adaptée à notre système juridique romano-germanique. Sous l'emprise d'un non-dit, des générations de juristes se succédaient, parfois sans même avoir conscience que le droit existe aussi hors les pyramides...

Le juriste, cet être dénué de libre-arbitre? Un rejet par mes pairs idéologiques. Après avoir subi 4 années de formation de droit « à la française », j'avais enfin identifié mon projet professionnel, le maintien de la paix et l'humanitaire, et me réjouissais de mon entrée en master 2 pluridisciplinaire. Des médecins, militaires, professeurs de droit, d'anthropologie, etc., défilaient dans ma salle de cours et enseignaient à une promotion très hétérogène : professeur de langue en reconversion, maïeuticien, ingénieur, logisticien, etc., et quelques jeunes juristes. Si l'hétérogénéité des professeurs et des étudiants était fort enrichissante, elle ne cessait aussi de me ramener à mes origines disciplinaires, déjà peu assumées. Les non-juristes, majoritaires, s'interrogeaient sur la place et l'efficacité du droit dans le monde humanitaire : nos capacités et notre utilité étaient mises en doute. Au mieux, nous suscitons l'interrogation, les moqueries, et au pire, la suspicion, puisque nous étions considérés comme les petites mains des pouvoirs étatiques et des grandes institutions. Déçue par l'attitude de mes camarades humanitaires, j'avais quand même réussi haut la main mon année, acquis de nombreuses connaissances dans des domaines souvent éloignés du mien, et reçu les encouragements de mon jury pour poursuivre mes recherches sur les relations entre militaires et humanitaires œuvrant en faveur de la protection des personnes. Pourtant, la juriste mal assumée que j'étais, continuait de déchanter...

Fraîchement diplômée, j'entrais pour quelques mois au Bureau ONU du Ministère français de la Défense, à la Délégation aux affaires stratégiques. Entourée de professionnels expérimentés issus de science politique, j'exaltais : je m'imaginai leur ouverture d'esprit et leur liberté d'expression qui n'avaient pas été bridées par le droit, et, au regard de leur expérience professionnelle,

laquelle avait manqué à mes camarades de promotion, j'espérais que l'on me reconnaîtrait enfin à la hauteur de mon origine disciplinaire. Si ce fut le cas pour nombre d'entre eux, d'autres attendaient avec un certain scepticisme mon premier travail : on me demandait une note de synthèse, un exercice classique en science politique, mais absolument méconnu de la juriste que j'étais. J'avais travaillé des jours et des nuits pour apprendre la méthodologie, pour faire mes recherches, et pour adopter un esprit le plus synthétique possible. Le papier final m'attira pourtant de cruelles critiques : je n'étais pas assez concise, mon vocabulaire n'était pas assez « simple », les notes de bas de page, beaucoup trop nombreuses, et, disaient-ils, j'étais incapable de prendre position! Je peux désormais expliquer cette réaction, grâce aux séminaires doctoraux et notamment à notre professeure Violaine Lemay, qui constate que « le juriste moderne est [...] généralement méconnu et mal aimé, ses gestes savants sont incompris et, en conséquence, bêtifiés et délégitimés », et que « hors faculté de droit [il] se fait systématiquement réduire aux formes les plus rudimentaires, voire les plus éculées du savoir juridique »⁴; mais à cet instant, j'étais anéantie, découragée. Toutefois, bien déterminée à aller au bout de cette expérience, je m'employais petit à petit à me défaire de mes habitudes méthodologiques pour en acquérir d'autres, celles de science politique. Cette formation accélérée et en autodidacte me permit de m'adapter au travail demandé, mais gardait toujours une empreinte juridique, ce que certains ne manquaient pas de me rappeler : hors de ma faculté, j'étais une immigrante, « sans cesse victime de préjugés et d'archétypes [...] »⁵.

Ainsi, je me sentais doublement rejetée : au sein de la faculté de droit, mes questions me mettaient en marge de mes camarades, et à l'extérieur, cette étiquette de « juriste » semblait me réduire à une machine, une technicienne, capable d'appliquer une mécanique mal connue et crainte par tous, mais absolument dépourvue de libre-arbitre. J'errais tristement entre deux disciplines et m'interrogeais sur la nature de mon projet de recherche de doctorat. Je fis mon choix : la liberté d'expression, apparente, des professionnels de science politique m'ayant séduite, je reniais mon identité scientifique, et candidatais en 3ème cycle, non pas en droit, mais en science politique! Bien sûr, avant même que ma candidature ne soit étudiée, l'administration de la faculté me signifia que je n'avais pas ma place chez

3 Violaine Lemay et Benjamin Prud'homme, « Former l'apprenti juriste à une approche du droit réflexive, critique et sereinement positiviste: l'heureuse expérience d'une revisite du cours 'Fondements du droit' à l'Université de Montréal », *Les Cahiers de Droit* 52 (2011), 581, à la page 603.

4 *Ibid.*, 594.

5 *Ibid.*

eux, et me redirigea en faculté de droit, pour mon plus grand désespoir d'abord, mais pour ma plus grande joie aujourd'hui.

2. Découverte du paradigme alternatif : la fin, tumultueuse, d'une crise identitaire

Alors que les premiers séminaires doctoraux dispensés à l'université de Montréal m'avaient progressivement donné les outils pour commencer ma thèse, le séminaire consacré à l'approche interdisciplinaire, quant à lui, me ramena vers le droit, et du même coup, me réconcilia avec mon identité scientifique.

Une juriste assumée mais débridée. Violaine Lemay, professeure de droit et enseignante du séminaire dédiée à l'approche interdisciplinaire, milite en faveur d'« [...] une formation capable de [...] guider [les étudiants] vers une interdisciplinarité féconde les prédisposant à d'avantage de distance critique, mais aussi et surtout à une urgente sérénité positiviste »⁶. Une « urgente sérénité positiviste »... voilà ce qu'elle nous offrait. Un nouveau langage, une approche interdisciplinaire, crédible et audible par mes pairs scientifiques, et dont la découverte se traduisait chez moi par l'apaisement de cette rancune accumulée depuis 5 ans, et un retour au bercail disciplinaire. Avec ce séminaire, j'apprenais à utiliser les outils qui me permettraient de rédiger ma thèse de doctorat en droit, tout en ayant recours aux connaissances d'autres disciplines. J'apprenais à m'interroger sur ma manière de penser, à prendre conscience de mes réflexes scientifiques et à les débusquer aux moments où ils n'étaient pas opportuns. Pensant être déjà ouverte à l'« Autre disciplinaire »⁷, et après avoir travaillé, suffisamment je le pensais, ma réflexivité, je m'attelais à l'élaboration de mon projet de recherche. Au regard de mon objet d'étude et de la multitude des disciplines qu'il sollicite, je m'interrogeais sur les valeurs épistémologiques dont j'étais imprégnée, inconsciemment jusqu'alors, et « qui distingue[nt], à la racine, une disci-

pline d'une autre [...] »⁸. Quelles sont celles de ma discipline et quels sont ses objectifs? Quel est mon projet de recherche et à quoi voudrais-je aboutir? Puis, quelle est la nature de telle question et quelle discipline sollicite-t-elle? Les réponses que j'apportais me guidaient dans la construction des fondations théoriques et méthodologiques de mon projet de recherche. Mon objectif est d'améliorer le mécanisme global de la protection des personnes en situation d'urgence, du point de vue des relations qu'entretiennent les intervenants. En effet, si la décision d'intervenir dépend avant tout d'une volonté politique puisque, sauf exception, elle relève la plupart du temps de la compétence du Conseil de sécurité des Nations Unies, une fois décidée, l'efficacité de l'intervention à but humanitaire reste largement tributaire de la bonne coopération et de la bonne collaboration des acteurs de terrain que sont les militaires et les humanitaires. Or, ajoutés à des réalités de terrain déjà complexes, leurs moyens d'action et leur régimes juridiques radicalement différents rendent leurs relations et interactions peu aisées, voire dangereuses. Afin de faciliter ces relations, et donc, de renforcer l'efficacité de l'intervention, il s'agira donc de proposer des mesures juridiques cohérentes avec le système déjà en place, conformes aux normes juridiques qui leurs sont supérieures, mais aussi efficaces, et acceptées à la fois par les acteurs intervenant, les autorités compétentes, et les populations bénéficiaires. Dans la mesure où il me faut jongler entre des normes de droit étatique et interétatique, et des normes de droit mou, et dans la mesure où cette thématique sollicite d'autres disciplines que la mienne, il me faudra adopter, en plus d'une approche positiviste, une approche interdisciplinaire. Concernant cette dernière, je réfléchissais ainsi : « je vais utiliser telle discipline pour démontrer tel point, puis j'utiliserai celle-ci pour démontrer tel autre, puis j'adopterai une approche comparative pour prouver que tel système étatique est plus efficace pour régler et prévenir tels types de problème, etc. ». J'étais lancée et, jonglant avec une apparente facilité entre les différentes approches, l'élaboration de mon projet de recherche allait vite. Très vite. TROP vite en fait pour que cela n'interpelle pas mon humilité.

Expérimentation des dangers de l'approche interdisciplinaire.

In short legal scholarship borrows and transforms what it receives from other disciplines and converts it into persuasive arguments about legal norms. That which cannot be so used in disfavored, forgotten, or

6 *Ibid.*, 586.

7 Violaine Lemay, « La propension à se soucier de l'Autre: promouvoir l'interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile » in *Au Miroir des disciplines. Im Spiegel der Disziplinen: Reflexions sur les pratiques d'enseignement et de recherche inter- et transdisciplinaires. Gedanken Über Inter- Und Transdisziplinäre Forschungs- Und Lehrpraktiken*, dir. Frederic Darbellay, (Berne: Peter Lang, AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2011), 25-47.

8 Lemay et Prud'homme, *supra* note 3, 592.

transformed until it can be so employed. When it comes to interdisciplinarity, law is truly Procrustean bed. It welcomes visiting disciplines to serve its own ends, and then cuts or stretches their work to fit law's normative template⁹.

La lecture de ce passage eu l'effet d'un coup de tonnerre, mettant en branle les bases de mon projet et mettant en lumière les défauts du juriste que je reprochais tant aux autres : l'ethnocentrisme, les « ornières cognitives »¹⁰, la sensation de toute puissance et le mépris pour les autres disciplines. Ainsi, Jack M. Balkin et Sanford Levinson, qui, plus tôt dans l'article, font remarquer le dillettantisme des juristes empruntant des connaissances aux autres disciplines, soulignent cette fois la perversion ou la prostitution de ces dernières par le juriste afin de servir ses propres intérêts et objectifs. Balkin et Levinson me rappelaient à l'ordre : mes réflexes intellectuels me ramenaient encore une fois à mon identité scientifique, et le manque d'humilité dont j'avais fait preuve me faisait prendre conscience des dangers de l'approche interdisciplinaire, et notamment de mon manque de réflexivité.

La thèse de doctorat est un travail de recherche qui part, certes, d'une première « intuition », mais dont le résultat final ne peut pas être connu à l'avance. « *Lawyers are rhetorical opportunists and pragmatists : they are always looking for new ways to impress and persuade their audiences, and to bestow authority and legitimacy on themselves and on the institutions and practices they seek to defend.* »¹¹. C'était exactement cela : je m'étais servie des autres disciplines, piochant uniquement dans les connaissances qui arrangeaient mon propos, et pour servir un objectif que j'avais déjà fixé. En bonne juriste, j'étais, inconsciemment, à la recherche d'autorités compétentes et légitimes pour fonder la structure argumentaire d'un plaidoyer en faveur d'une intuition!

Deux constats s'imposaient à moi : mes réflexes intellectuels étaient ancrés en moi bien plus profondément que je ne le pensais, et mon projet n'était donc pas viable, car construit sur des fondations théoriques et méthodologiques bancales. La formation en droit que j'avais reçue dès la première année m'avait inculquée qu'il n'y avait qu'une seule bonne méthode pour répondre à une question : établir le problème de droit,

identifier l'objectif ou l'intérêt poursuivi (celui du client, de l'administration, ou, ici, le mien), puis construire un argumentaire convainquant en sollicitant des normes juridiques allant dans ce sens, en s'appuyant sur des sources et des autorités compétentes et légitimes. Je me rendais compte à la lecture de cet article que si j'étais arrivée à me départir d'un certain nombre de mes réflexes méthodologiques, la rhétorique me collait quant à elle à la peau et constituait un obstacle particulièrement difficile à franchir pour moi : la sensation de rejet que j'avais sans cesse vécu jusque-là, avait fait de la rhétorique mon arme de prédilection. D'abord, pour justifier ma place en faculté de droit auprès de mes pairs scientifiques, tout en traitant mes objets d'étude à l'aide d'autres disciplines, et, ensuite, pour justifier l'utilité du droit, et donc ma place, auprès de mes pairs idéologiques issus de champs scientifiques différents du mien.

Mes réflexes intellectuels m'avaient conduite à « ces inadéquats mouvements entre rationalités savantes différentes [devenus], dans les « faits », une source de dérapages »¹², ici, méthodologiques.

3. Retour à une rigueur scientifique : qu'est-ce que la connaissance?

Prenant conscience que les biais cognitifs nés de ma formation étaient bien plus ancrés que ce que je pensais, je recherchais un moyen d'éviter de reproduire ce que je venais de vivre comme un échec, de libérer ma pensée de ses automatismes. « De la réflexivité, [le juriste positiviste] ignore le nom et même l'existence »¹³: notre professeure nous alertait des conséquences méthodologiques de nos réflexes intellectuels, et nous proposait des textes pour en prendre conscience. Alors que je m'interrogeais sur les moyens de développer ma réflexivité qui me mènerait, je le croyais, à la connaissance « pure » d'une réalité « objective », c'est le texte d'Ernst Von Glaserfeld que je retiens.

Il complète la notion de réflexivité en s'appuyant sur le processus de production de la connaissance. Je comprends alors que ce que je considère comme « connaissance », repose sur ma perception de la réalité, une construction mentale inconsciente, concernant « [...] exclusivement la mise en ordre et l'organisation d'un

9 Jack M. Balkin et Sanford Levinson, "Law & the Humanities: An Uneasy Relationship", *Daedalus* 135, no. 2 (2006), 178.

10 Lemay et Prud'homme, *supra* note 3, 606.

11 Balkin et Levinson, *supra* note 9, 184.

12 Lemay et Prud'homme, *supra* note 3, 585.

13 *Ibid.*, 599.

monde constitués par [mon] expérience. »¹⁴. Il met en perspective la profondeur de mes automatismes intellectuels et conclut à l'impossibilité de produire une connaissance objective.

Alors qu'avec Balkin et Levinson je réalisais que j'avais perverti l'Autre disciplinaire pour atteindre mes propres objectifs, avec Ernst Von Glaserfeld, je me rendais compte qu'au regard de la précision méthodologique et du niveau de connaissance qu'il me fallait atteindre dans chaque discipline, tout en faisant preuve d'un haut niveau de réflexivité, il fallait abandonner l'idée de réaliser une étude complète des interactions des intervenants en faveur de la protection des populations, et devenir plus réaliste. Alors comment procéder? Après avoir fait naître le scepticisme, voire le découragement, Glaserfeld m'offrait ensuite une piste de réflexion fort intéressante :

Si, cependant, comme Alcméon l'a déjà suggéré, l'activité humaine de connaître ne mène jamais à une image du monde qui soit certaine et vraie, mais seulement à une interprétation conjoncturale, alors on peut comparer cette activité à la fabrication de clés dont l'homme se sert pour ouvrir des voies vers les buts qu'il choisit d'atteindre. [...], l'efficacité d'une clé ne dépend pas du fait de trouver une serrure à laquelle elle convienne : la clé doit seulement ouvrir le chemin qui mène au but précis que nous voulons atteindre.¹⁵

Pour reconstruire les bases de mon projet, qui constituera plus tard la colonne vertébrale de ma thèse, il me faut revenir à mes objectifs de recherche et aux buts que je poursuis, sans retomber dans le plaidoyer, et en faisant le deuil de ma thèse idéale. Mon objectif est de contribuer, par le droit, à améliorer l'efficacité de la protection des personnes en situation d'urgence, sous l'angle des interactions des acteurs intervenant. Il implique donc au préalable qu'aient été faits une présentation puis un bilan du système juridique actuel encadrant ces intervenants, en mettant en lumière les failles existantes. Or, si elle m'est indispensable pour présenter le système juridique actuel, la seule approche juridique est loin d'être suffisante. Étant à la recherche d'une efficacité réelle sur les terrains d'intervention, il me faudra solliciter des sciences plus empiriques, et je pense ici plus précisément à la sociologie, laquelle sera aussi pro-

bablement indispensable pour appuyer mes recherches d'élaboration de mesures d'amélioration. Concernant ces propositions visant à améliorer l'efficacité du cadre juridique préexistant, le droit sera là encore absolument indispensable, mais devra nécessairement être complété par des connaissances pointues en science politique. La question des méthodologies et du niveau de connaissance à atteindre reste encore à trancher, mais il est certain que la science politique occupera une place très importante, si bien que j'envisage très sérieusement de compléter mon cursus universitaire par un master 2 dans ce domaine, axé sur les thématiques de la défense, des sciences militaires et de la diplomatie. Le choix de limiter mon approche interdisciplinaire à deux autres disciplines complémentaires m'apparaît désormais viable et raisonnable.

Je commençais le doctorat en septembre dernier, motivée et passionnée par mon projet de recherche, mais aussi perdue et angoissée sur la question de savoir comment mon objet d'étude si particulier serait réceptionné par mes pairs scientifiques. Depuis, je n'ai pas ou peu avancé sur mes recherches et mon cadre méthodologique, mais je comprends, en faisant la rétrospective de mon parcours universitaire, que la thèse de doctorat n'est pas et ne doit pas être une course contre la montre : elle doit être construite sur des fondations théoriques et méthodologiques solides. Cela implique de savoir qui l'on est, pour savoir ce que l'on fait.

Il y a 9 mois, je râlais un peu contre ces séminaires obligatoires du programme de doctorat que je considérais alors comme une perte de temps. Aujourd'hui je souris de ma bêtise et constate mon inconscience : sans cela, j'aurais passé 3 années à construire une thèse médiocre car bancale. Il m'aura fallu 9 mois pour comprendre cela. 9 mois pour que Violaine Lemay m'enseigne la conscience de la pensée, que Balkin et Levinson m'apprennent l'humilité, et que Glaserfeld me fasse faire le deuil de la thèse idéale et me ramène à une rigueur scientifique. Et plus encore, ces 9 mois m'ont poussé à l'introspection, m'ont permis de retracer mon histoire universitaire, la comprendre, et d'accoucher, enfin, d'une identité scientifique propre et sereinement assumée. Je repars de zéro, certes, mais sans angoisse ni rancune, et désormais munie d'une boîte à outils adaptée à la construction que je souhaite ériger.

¹⁴ Ernst Von Glaserfeld, « Introduction à un constructivisme radical », dans *L'invention de la réalité - Comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, dir. Paul Watzlawick, (Paris: Editions du Seuil, 1998), 20.

¹⁵ *Ibid.*, 28.

The Tao of Traditional Knowledge

Constructing a new paradigm for the protection of an ancient art



ELIZABETH STEYN

Elizabeth Steyn is an LL.D. candidate under the supervision of Dean Jean-François Gaudreault-DesBiens at the Centre de recherche en droit public (CRDP), Université de Montréal. Originally from South Africa, she has attained her LL.B., LL.M. and a Graduate Certificate, all cum laude. She gratefully acknowledges the financial support of the FRQSC in respect of a doctoral scholarship of several bourses d'excellence awarded by the Faculty of Law and the Faculté des études supérieures et postdoctorales (FESP) of Université de Montréal.
» ea.steyn@umontreal.ca

ABSTRACT

The article presents a very personal reflection on the construction of a doctoral research project designed to find an innovative way of protecting Traditional Knowledge from exploitation without due compensation. Part I traces the author's journey towards the acquisition of critical reflexivity and reflects on the impact that this has had on the construction of her research project. Part II traces the objective origins of the project and Part III treats its proposed methodological structure. It concludes with the author's reflections on the practice of interdisciplinarity and her appreciation of the crucial role that critical reflexivity plays in this regard.

TABLE OF CONTENTS

Prologue	56
1. With identity comes insight	56
2. Tracing the roots	57
3. Taking flight	58
Epilogue: Reflections on interdisciplinarity	59

“Quand nous comprenons nos propres jugements, nous devenons nous-mêmes plus libres à leur égard.”

Karl Jaspers¹

Prologue

The winter of 2014 was a coming of age for me. Brutally cold, agonizingly long, far removed from the beloved African sun, it marked my first complete winter in Montreal. A bleak season, thus, it became the snow-white canvas against which I learnt how to *think*.

Naturally, I believed that I knew how to think already. I am enrolled for a doctorate in law, after all. But in *Séminaire de thèse: méthodologies du droit et interdisciplinarité* I met up with a second force of nature in the form of Violaine Lemay, law professor, interdisciplinary practitioner, master of methodology.

Having undergone an altogether exemplary positivist legal training in South Africa, this meeting occasioned somewhat of a culture shock for me. At the very first seminar she challenged us to observe our thoughts, speaking to us of cookbooks and choices instead of legal tracts. It was disorienting and disconcerting, destabilizing to say the least. At the second seminar, she displayed a memorable monkey slide show to present the concept of a paradigm.² The third seminar featured a workshop on chocolate, a concrete demonstration of the relativity of epistemological values.³ The handcuffs came out at the next seminar, graphically restraining us from retreating to the safety of our thesis topic.

I did not quite know how to deal with this total onslaught on my dogmatic, positivist world. I tried to compensate by playing the good law student, reading not only the prescribed but also the recommended readings – only to be told that I was doing it all wrong: the readings needed to be read in relation to the objectives

1 *Initiation à la méthode philosophique* (Paris: Petite Bibliothèque Payot, 1966), 79.

2 Available at <http://fr.slideshare.net/sbedard55/dfinition-dun-paradigme>.

3 See Violaine Lemay and Benjamin Prud'homme, “Former l'apprenti juriste à une approche du droit réflexive, critique et sereinement positiviste: l'heureuse expérience d'une revisite du cours 'Fondements du droit' à l'Université de Montréal”, *Les Cahiers de Droit* (2011) 52, 581 at 589.

as stated in the syllabus. Backed into a corner, I had no option but to open up my mind. Thus began a process of reflection and deep introspection that would be my constant companion throughout the cold winter months.

1. With identity comes insight

One of the first questions Professor Lemay pitched at us was “Why?” Why this specific research question? What does it mean to you? What does it say about you?

I was a bit dumbfounded at first. Frankly, I thought, I have managed to identify a gap in the legal sphere where I can make a scientific contribution – and isn't *that* what a doctorate in law is all about? But then, bearing in mind the old Aristotelian quote, “It is the mark of an educated mind to be able to entertain a thought without accepting it,” I took my first tentative steps towards self-exploration and reflexivity.

It was a radical process, not so much a soft, slow tumble towards self-awareness and conscious choice as a vertiginous fall. Sometimes fragments flew me in the face; at other times I had to pull on my mental gumboots and go underground mining. I never came up empty-handed.

Human rights and the fundamental right to human dignity – explaining those was easy. My South African heritage guarantees a predisposition. I grew up during the worst days of Apartheid, can see P.W. Botha's wagging finger if I close my eyes. I came of age along with the new South Africa. The Constitution⁴ is my bow, the entrenched Bill of Rights my arrow.

The origins of my interest in culture (and thus traditional knowledge as a cultural right) were a bit closer to home. I was raised by broad-minded parents in a narrow-minded society, exposed to literature, music and arts. I value culture highly; it represents a haven of sorts.

My interest in minority groups and the concept of oppression by a majority turned out to be more complicated than I had thought. I started counting all the minority groups that I belong to: White, leftist, Afrikaans-speaking woman in South Africa; gay and lesbian rights activist on the homophobic African continent; immigrant in Canada; allophone in Quebec. Indigenous law no longer strikes me as an axiologically

4 Constitution of the Republic of South Africa, 1996 [South Africa].

neutral choice. I am still reflecting on the implications of identification: is this dangerous? Inevitable? Acceptable so long as I remain aware of it?

The one that took me most of winter to unravel was my insistence on the need to create a new legal paradigm for the protection of traditional knowledge. Why, I wondered, am I so adamant that the existing paradigm is wrong? After all, I currently have no more than a hypothesis to go on. And yet the words of Christoph Eberhard resonated deeply with me:

Continuer à creuser un puits à un certain endroit où il apparaît de plus en plus clairement qu'il n'y a pas d'eau n'est pas raisonnable. Même si c'est plus facile car toute l'infrastructure est déjà en place, le lieu défini, le travail entamé, etc. Il faut avoir le courage dans certaines conditions d'aller creuser ailleurs pour avoir une chance de tomber sur de l'eau - et ce choix n'est pas uniquement un choix intellectuel. Il est existentiel, vital.⁵

Ultimately, I believe that the answer to this is tied up with my very identity. It has to do with the South African struggle against the *status quo*; it is about being raised differently; it is a minority view trying to make its voice heard against the deafening current of the majority. The dominant paradigm does not work for me because it will never work for me. Once uncovered, this knowledge is a double-edged sword: I walk on the thin edge of creative perspective, careful not to plunge over to the side of aimless rejection.

2. Tracing the roots

Having deconstructed my subjective motivation in construing my doctoral research project, I became curious to trace its objective origins. My doctorate diverges sharply from the course set by my Master's degree, which focussed on competition law and energy law. Yet the roots are there: competition law sparked my interest in intellectual property law; intellectual property law forms the dominant paradigm for the protection of traditional knowledge. It is this very paradigm that I am seeking to substitute.

On a more concrete note, I was reading up on intellectual property law when I stumbled across a reference to the San-*Hoodia* debacle. Intrigued, I researched further.

5 Christoph Eberhard, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*. (Paris: Éditions des Écrivains, 2002), 15.

The San's story appealed to me on all the levels:⁶ it is about a minority group whose basic human rights were trampled on, first by the old and then the new South African governments, in that they were stripped of an aspect of their culture so fundamental that it impacts on their identity, thus infringing their fundamental right to human dignity. However, this is my terminology. The legal version of their story replete with intellectual property rights, licencing fees and royalty agreements. This was hailed internationally as a victory for Indigenous peoples over biopiracy, yet a licensing fee of GBP 6.5 million paid by Unilever ultimately translated into a net benefit of less than USD 70,000 for the San.⁷ Furthermore, the intellectual property rights in question vested not in the San but in the CSIR, the South African government's state research agency who had misappropriated the San's traditional knowledge without their permission or awareness. It was jarring to my sense of justice and proved to be the beginning of a path that led me ever onwards to the realization that the intellectual property rights paradigm for the protection of traditional knowledge is utterly wrong and that another solution needs to be found.

Since my primary scholarly type is that of pragmatic philosopher, I revel in the power of ideas to transform the world while wanting something workable in the real world that can make an actual difference to people's lives. There is an inherent contradiction here: the pragmatist wants to get things done while the philosopher is captivated by the beauty of ideas. Yet I believe that it is also a symbiotic relationship, in that each needs the contributions of the other to make a complete whole.

To summarize, then: as scholar I had identified a problem, as philosopher-scholar I had constructed a theoretical research project around it and as pragmatist-scholar I wanted to find a concrete, implementable solution to the problem. I had no idea how I was going to do this.

6 For a comprehensive overview, see Rachel Wynberg and Roger Chennells "Green Diamonds of the South: An Overview of the San-*Hoodia* Case" in *Indigenous peoples, Consent and Benefit Sharing. Lessons from the San-*Hoodia* Case*, eds. Rachel Wynberg, Doris Schroeder and Roger Chennells, (Dordrecht: Springer, 2009), 89.

7 See Rachel Wynberg et al., "Sharing Benefits Fairly: Decision-Making and Governance" in *Indigenous Peoples, Consent and Benefit Sharing. Lessons From the San-*Hoodia* Case*, eds. Rachel Wynberg, Doris Schroeder and Roger Chennells, (Dordrecht: Springer, 2009), 231 at 245.

3. Taking flight

It was in the fifth seminar that I saw the metaphorical light. The topic was thesis methodology and interdisciplinarity: Professor Lemay drew the classic research triangle, explaining the various parts and their fit. In a typical vivid demonstration, she proceeded to portray classic Kelsinian positivist legal questions by donning an advocate's gown. Questions of another type (i.e. questions where another discipline comes into play) brought forth a white doctor's coat. A concept so simple on paper and yet momentous in its impact. I returned home in a state of semi-shock: I understood what I needed to do and how to go about it!

My research question, then, is as follows: Could a new approach founded on international human rights law help us win the fight against the misappropriation of the genetic resource-based traditional knowledge of Indigenous peoples?

This breaks down into five distinct sub-questions, with the nature of each such question determining the method(s) that would be most appropriate to deal with the question in point.⁸ Thus, for instance, it would be inappropriate to use a legal method to respond to a question that is not purely positivist in the Kelsinian sense: such a question points to an external approach and necessitates that a discipline other than the law be employed.

In practice, this translates as follows within the scope of my research project: the first question considers the status quo, viz: Where are we in the fight against the misappropriation of the genetic-resource-based knowledge of Indigenous peoples and what is the impact of this misappropriation? Having recourse to a positivist methodology is not satisfactory as this is not a strictly legal question. Hence it calls for an external approach that considers sources outside of the formal legal ones. I accordingly propose a “desktop study” that will draw from social science disciplines ranging from anthropology and sociology to psychology and eco-

nomy. Its method is empirical observation due to the fact that it is scientific in nature.⁹ Because of the comparative law exercise that I will perform for purposes of question two, my research will focus on Canada, French Polynesia and South Africa. I anticipate the greatest difficulties to arise around the availability, applicability and translatability of data sets; however, I opt for this route as I have had training in neither the collection of data sets nor in qualitative methods.¹⁰

The second question deals with the dominant paradigm: *How does the law currently deal with this problem?* This is a purely legal question, calling for an internal perspective that relies solely on the formal sources of law, i.e. it calls for typically Kelsinian research methodologies and epistemological values.¹¹ In my methodological framework I therefore propose a survey of international instruments, as well as a comparative law exercise comprising a blend of legal systems: Common Law (Canada), Civil Law (French Polynesia) and Mixed (South Africa). The purpose of this blend is to ensure that I obtain a bird's eye view of the different configurations inherent in the various systems.¹²

The third question links the first two questions: Is the current legal paradigm appropriate for dealing with the problem of the misappropriation of the genetic resource-based traditional knowledge of Indigenous peoples? This question has both empirical and philosophical components and will therefore dialogue with both the social sciences and philosophy, in addition to having recourse to the formal sources of law. It thus implies the use of interdisciplinary legal theory.¹³

8 Wendy Schrama, “How to carry out interdisciplinary legal research. Some experiences with an interdisciplinary research method” *Utrecht LR* (2011) 7:1, 147 at 149; Fons Coomans, Fred Grünfeld and Menno T. Kamminga “A Primer” in *Methods of Human Rights Research*, eds. Fons Coomans, Fred Grünfeld and Menno T. Kamminga, (Antwerp: Intersentia, 2011), 11 at 15; Todd Landman “Social Science Methods and Human Rights” in *Methods of Human Rights Research*, eds. Fons Coomans Fred Grünfeld and Menno T. Kamminga, (Antwerp: Intersentia, 2011), 19 at 20.

9 See, e.g., Jean-Michel Berthelot, *La construction de la sociologie*. (France: PUF, 2001), 47-49 on the historical origins of sociology as scientific program.

10 See Schrama, *supra* note 8, 152-153.

11 See Violaine Lemay et al., “L’interdisciplinarité comme instrument d’efficacité accrue en matière de protection des minorités par le droit: jeunesse chômeuse et femme musulmane face aux périls du sens commun” in *La mobilisation du droit et le pluralisme communautaire*, eds. Eugénie Brouillet and Louis-Philippe Lampron, (Québec: Les Presses de l’Université Laval, 2013), 2.

12 Horatia Muir-Watt, “La fonction subversive du droit comparé” *RIDC* (2000) 3, 503 at 506 emphasizes the importance of enlarging the traditional perspective by looking elsewhere and comparing.

13 Cf. Schrama, *supra* note 8, 150: “It is methodologically unsound to draw conclusions as to whether a legal approach functions in the real world on research which does not include empirical data about the real world.”

I am aware that there is a significant difference in the historical objectives of the three disciplines and an inherent conflict in their vectorial dimensions, in that each of them prioritizes potentially irreconcilable epistemological values.¹⁴ Thus my greatest challenge will lie in performing the interdisciplinary “intellectual ballet”¹⁵ well, in drawing from the correct discipline at the appropriate moment and in applying the methodology appropriate to that discipline. The greatest pitfall to avoid therefore lies in misjudgement and in confounding the disciplines methodologically; the alternative could result in harm to the very community I seek to aid.¹⁶ It would also be important to bear in mind here that the objective of interdisciplinarity is forward-looking rather than retrospective¹⁷ and that it can as such accordingly fulfill a useful role in complementing a purely positivist perspective.¹⁸

My fourth question lays the foundation for the construction of a new paradigm: In the event that the current legal paradigm is not appropriate for dealing with the problem of the misappropriation of the genetic resource-based traditional knowledge of Indigenous peoples, could a new approach founded on international human rights law be constructed? This question also implies recourse to interdisciplinary legal theory: it requires a survey of the pertinent international human rights instruments and customary international law (internal legal perspective), in dialogue with the external perspectives of legal epistemology, philosophy and political science. The latter three will have similar methodological consequences, in that I will be concen-

trating on readings.¹⁹ The human sciences and their empirical method are not appropriate here, as they are not normative by nature.²⁰ What is crucial for me is the distinction between philosophical and legal conceptions of human rights, since the concept of human dignity takes central stage in my reasoning process.²¹ Legal epistemology furthermore interests me because of its concern with “the value systems which law displays or reflects.”²²

My last question then puts it all to the test: Could such a new approach founded on international human rights law be more appropriate for dealing with the problem of the misappropriation of the genetic resource-based traditional knowledge of Indigenous peoples? This is a question that implies two steps: first, knowledge of the legal framework pertaining to international human rights law in each of the three jurisdictions studied; second, an analysis to determine whether the deficiencies identified in the process of addressing the third question could be addressed by this approach.

Although multiple of my questions will result in the practice of interdisciplinary legal theory, it remains fundamentally a legal project at its core since the objective is legal reform. It will accordingly be valuable for the legal community and merit a doctorate in law as discipline.

Epilogue: Reflections on interdisciplinarity

Having found my feet in the course, I started experiencing an ever-growing sense of freedom. Despite my positivist legal training, I have never been able to conceive of the law as operating in a vacuum. The external approach therefore appeals to me far more than

14 This is particularly true in respect of philosophy as opposed to the other two, since philosophy has a moral dimension abhorred by Kelsian legal positivism, which prizes axiological neutrality, and a metaphysical dimension abhorred by the social sciences that treasure empirical observation.

15 Violaine Lemay, “La propension à se soucier de l’Autre: promouvoir l’interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile” in *Au Miroir des disciplines. Im Spiegel der Disziplinen: Réflexions sur les pratiques d’enseignement et de recherche inter- et transdisciplinaires. Gedanken über Inter- und Transdisziplinäre Forschungs- und Lehrpraktiken*, ed. Frederic Darbellay, (Berne: Lang, Peter, AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2011) 25 at 30, citing Luc Boltanski and Laurent Thévenot.

16 For a stark illustration, see Lemay, *supra* note 11, 13.

17 Lemay, *supra* note 15, 34.

18 Lemay, *supra* note 11, 15.

19 Schrama emphasizes the significance of sound methodological standards for research with public policy implications: see *supra* note 8, 151.

20 See Jaspers, *supra* note 5, 76.

21 See Andreas Follesdal “Methods of Philosophical Research on Human Rights” in *Methods of Human Rights Research*, eds. Fons Coomans Fred Grünfeld and Menno T. Kamminga, (Antwerp: Intersentia, 2011), 233 at 233.

22 Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law*. (Hampshire: Ashgate, 2003), 7.

the internal.²³ It seems natural to me to expand the net of knowledge as wide as possible, to learn from the insights that other disciplines have to offer. This does not imply the blurring of those disciplines:

L'interdisciplinarité n'est donc pas un composite statique où s'aggloméraient, pêle-mêle, des bouts de savoir d'origine indistincte. Elle n'est pas mélange des genres. Elle est mouvement de va-et-vient entre deux univers scientifiques aux frontières bien définies et aux us méthodologiques clairement distincts.²⁴

So, interdisciplinarity has been an obvious fact to me, implicit and shared, not necessary to discuss.²⁵ Yet, underneath it all lay the barely concealed apprehension that this made me a “bad lawyer”, that in wanting to interact with other disciplines I would somehow taint the purity of the law as discipline. It was consequently truly liberating to learn that that not only is this allowed; it is actively *encouraged* in modern legal theory.²⁶

Three aspects of interdisciplinarity have struck me as being particularly important: the way in which it functions as a unifying force where a disciplinary approach serves to disconnect,²⁷ its utility for resolving a scientific impasse²⁸ and its role in enhancing the reflexive

awareness of the scholar,²⁹ so that he may avoid the pitfall of believing that he is purely passive in the interpretation process.³⁰

In the end, it is Jaspers' words that stay with me: “Dans la pensée philosophique, cette distance s'appelle aussi conscience méthodologique: je sais ce que je fais en pensant, je vois le chemin que je parcours, j'expérimente la signification particulière et les limites de chaque méthode de pensée.”³¹ This, then, has been my winter's journey: a voyage towards the acquisition of critical reflexivity so that I can practice interdisciplinary legal theory in a methodologically conscious way. I have finally learnt to think.

23 See Christopher McCrudden, “Legal Research and the Social Sciences” *Law Quarterly Review* (2006) 122, 632 at 633-634 and Jack M. Balkin and Sanford Levinson “Law and the Humanities: An Uneasy Relationship” *Yale JL & Human* (2006) 18, 155 at 161-162.

24 Lemay, *supra* note 15, 29. Also see Linda Morton, Howard Taras and Vivian Reznik “Teaching Interdisciplinary Collaboration: Theory, Practice, and Assessment” *Quinnipiac Health LJ* (2009-2010) 13, 175 at 177.

25 That is not to say that there is terminological unanimity on what interdisciplinarity constitutes. See, e.g., François Ost and Michel van de Kerchove, “Avant-Propos: Pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit” *Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Belgique* (1982), 1 at 2; Ken Foster, “Dancing on the Edge of Disciplines: Law and the Interdisciplinary Turn” *ESLJ* (2010) 8, xiii at par 24-25; Jeremy Webber “Legal Research, The Law Schools and the Profession” *Sydney L Rev* (2004) 26, 565 at 578.

26 See, e.g., McCrudden, *supra* note 23, 645.

27 Lemay, *supra* note 15, 32.

28 *Ibid.* at 34. Also see Morton, Taras and Reznik, *supra* note 24, 177.

29 See Webber, *supra* note 25, 582 on the importance of critical reflexivity for the scholar.

30 Lemay, *supra* note 15, 36. This is particularly important for the lawyer, who typically lacks self-awareness: see Morton, Taras and Reznik, *supra* note 24, 183.

31 *Supra* note 5, 82.

The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in Law

Paving the way for an interdisciplinary approach using legal pluralism and comparative analysis



RONALD RALF BECERRA

Ronald Ralf Becerra holds a Bachelor of Laws (LL.B.) from Universidad Libre (Colombia) and obtained a Master of Laws (LL.M.) in International Trade Law at London Metropolitan University in 2008. He worked in Colombia as a Lecturer in International Law for several universities. In 2013, he started his LL.D. at the Université de Montréal with a thesis focussing on the role of International Law in Biodiversity and Traditional Knowledge issues. His thesis supervisor is Professor Konstantia Koutouki.
» ronald.ralf.becerra.rodriguez@umontreal.ca

ABSTRACT

One can say that the Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge has been misled. This might be due to a difficult rapport between the law and the social and cultural reality. This article refers to the methodological choices that can approach such a problem. The foregoing renders an epistemological voyage from positivism to the interdisciplinary approach of law.

TABLE OF CONTENTS

1. Reflexivity during the process of methodology in legal research	63
2. Legal positivism: the starting point of the research	63
3. The first key question of this research: how to change the current approach of the protection of Biodiversity and TK in law	64
4. The second question: justifications for using comparative analysis	65
5. The interdisciplinary flavour of my research	66

During my Bachelor's degree, my fellow classmates and I were not able to see the other faces of the law. This was due to the grip that positivist thinking has on Latin American Law Schools. Our knowledge of law was therefore restricted to the study of legislation and jurisprudence, which stems from our colonialist Spanish background. The latter serves to explain that there was little room for reflexivity in our knowledge of and in the methodology of law. As Christian Atias said, "*le juriste ne pourrait se prévaloir d'aucun savoir, mais seulement d'un savoir-faire.*"¹

When I started with an LL.M. in International Trade Law at London Metropolitan University some changes were already taking place. I was able to access an extensive amount of literature in several subjects. Those readings gave me the insight that there were others authors who had criticized the positivist approach of law. Nevertheless, I encountered difficulties as I started reflecting about my own conceptions of the law.

The opportunity to work as a university researcher and lecturer allowed me to study Colombian International Free Trade Agreements in depth. I realized that in some of them, –especially those involving the United States and the European Union– there was no mention of Biodiversity and Traditional Knowledge (hereafter TK). In fact, I discovered that these two concepts were part of a series of problematic and extensive debates. I wondered why these concepts were not clearly described in these International Free Trade Agreements and whether or not their protection was still threatened under current law.

It is important to mention at this point that my conception of Traditional Knowledge dovetails with one stated in the *Convention on Biological Diversity*.² Traditional Knowledge entails the set of culture norms, beliefs, spiritual values and rituals that derived from the experience of Indigenous peoples or local communities over many years of contact with their own land, and whose traditions are transmitted orally from generation to generation. On the other hand, Biodiversity as we might know it is corporal and could be considered to be the object of TK. However, Biodiversity also implies the awareness of humankind to protect it as we became aware

of the high risks of its devastation. Thus, Biodiversity is not only a property, but it is a concern of the global society.³

The law has tried to embrace such TK and Biodiversity concerns within the current international Intellectual Property framework. Nonetheless, it seems that present legislation remains ineffective against biopiracy. The WTO system somehow allows that domestic patent offices determine by their own criteria the patentability of new products. As a corollary, Indigenous cultural values are under threat as other cultures share in their knowledge without permission or any compensation. This will cause economic losses and identity gaps for the communities in question.⁴

In 2013 I decided to make such concerns the subject matter of a Ph.D program at the Université de Montréal. I was particularly keen to answer two questions:

1. How is it legally feasibly to change the approach⁵ of the current protection of Biodiversity and Traditional Knowledge?
2. How can this new approach be compared to the legal systems of Canada and Colombia?

Understanding how and why I had these particular questions turned out to be quite difficult. Hence this article tries to explain how reflexivity helped me to gain a better understanding of the questions and thereby to attain a higher level in the epistemology scale. For the time being, I will endeavour to describe all possible methodological choices step by step. It is necessary to first indicate the role of legal positivism in my research project. Thereafter, I will explain my two approaches to address these concerns; firstly, legal pluralism, and

1 Christian Atias, *Épistémologie juridique*, (Paris: Dalloz, 2002), 11.

2 *Convention on Biological Diversity*, 29 December 1993, UNTS 1760, Article 8 j), (entered into force 29 December 1993).

3 Maris Virgin, *La protection de la biodiversité: entre science, éthique et politique* (D.Phil., Université de Montréal, 2006) [unpublished].

4 Teshager Worku Dagne "The protection of Traditional Knowledge in the Knowledge Economy: Cross-Cutting Challenges in International Intellectual Property Law", *International Community Law Review* 14 (2012), 137-178.

5 In this article when I refer to the current TK law approach, I intend to convey that TK law currently is far from being pluralist. The current approach is monopolization or a flawed experiment in transferring customary law to state law institutions. See the insights of Miranda Forsyth, "Do you Want it Gift Wrapped?: Protecting Traditional Knowledge in the Pacific Islands Countries" in *Indigenous People Innovation : Intellectual Property Pathways to Development*, eds. P. Drahos & S. Frankel (Canberra: Australian National University Press, 2012), 190.

secondly, comparative analysis. Likewise, reasons as to why I chose two approaches will be discussed. This will allow me to conclude that the research project in fact contains an interdisciplinary flavour.

1. Reflexivity during the process of methodology in legal research

The winter of 2014 has arrived and during this time, the seminar of methodology and interdisciplinarity serves as a compulsory stage for a doctoral student before he is able to draft his pre-doctoral exam. This seminar highlights the importance of being reflexive within the methodology of a legal research project. It implies that one needs to see the way in which one thinks the knowledge of the law presents itself to an individual.⁶

Prior to this seminar I had never thought about my way of thinking about the law. I was mostly subjected to the authority of positivism. To the contrary, I have now realized that positivism did not dovetail with my perception of the law. My knowledge of the law in reality endowed with curiosity and a critical spirit. This curiosity aims to see how other institutions, which are outside of the State, have the same legal validity as those proposed by Kelsen. I am curious to take risks and to break the normal schemes. In this particular case, I attempt to see if there are other ways to protect Biodiversity and TK. In order to understand the law, I need to explore other contexts. I must be curious and experience in multiple scenarios what the law might have place. This is therefore my research objective: to propose a new approach for the protection of Biodiversity and TK. My research question is thus endowed with a curiosity to evaluate how the law might interact with other scenarios outside of our sacred positivist pyramid.

This reflexivity allows me to be aware and to have freedom to conduct research. In other words, positivism is not the only method that proposes and creates legal knowledge.⁷ To create knowledge entails the building of keys that will be able to open padlocks or doors.⁸

Reflexivity also means that researchers have freedom in their legal methodology. Indeed, “To talk of legal method, then, is probably misleading. One must think in terms of the plural: methodology in law varies with the status and role of the lawyer, or class of lawyer in question.”⁹ Not being a strong positivist lawyer implies a non-positivist research question and thereby a non-positivist form of legal methodology. As a pluralist lawyer, I will therefore be willing to bring socialist elements to my research, which surely drives me out of the positivist box.

2. Legal positivism: the starting point of the research

If I want to criticize Biodiversity and TK laws, I will primarily need to know what the current laws are in those spheres. “One reason why the rule thesis is so successful is that it seemingly acts as a common starting point for all the professionals involved with law.”¹⁰ Thus, if my key question is how to change the present Biodiversity and TK laws, it will be compulsory to address other questions. These preliminary questions would consider to what extent the law is doing its protection of Biodiversity and TK. They would also regard the specific legal meaning of Biodiversity and TK.

The theory of legal positivism involves describing the law without any value judgment. In this case, the former preliminary questions aim to consider what the law is and not what the law should be. Kelsen establi-

6 Christian Atias, *Épistémologie juridique*, (Paris: Presses universitaires de France, 1985), 46: “il ne sera pas toujours possible de se livrer à des recherches en science du droit, sans savoir précisément ce qu’est la science du droit, ce qu’elle cherche et comment elle doit le chercher.”

7 Accordingly, Professor Samuel had the same view when he said: “[...] social theories can be adopted by legislators and translated into statutes. Alternatively, the external viewpoint can become a legal theory.” See Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law* (Hampshire/Burlington: Ashgate Publishing Company, 2002), 108.

8 Violaine Lemay and Benjamin Prud’homme, “Former l’apprenti-juriste à une approche du droit réflexive et critique, mais aussi sereinement positiviste: l’heureux exemple d’une revisite du cours ‘Fondements du droit’ à l’Université de Montréal”, *Les Cahiers de droit* 52 (2011), 606.

9 *Supra* note 7, 120.

10 *Ibid.*

shed the axiological neutrality as an important hallmark of positivism: “*Sans doute les propositions formulées par la science du droit se présentent-elles aussi sous la forme de normes, mais elles ont un caractère purement descriptif.*”¹¹

Under this perspective, legal positivism is exclusively entrenched in the norms made by legislators or that are considered as case law. Kelsen explained that the validity of a positive norm, either moral or legal, depends on a fundamental norm: the Constitution.¹² In other words, I will be able to describe even non-State norms, but I will never be able to test their validity beyond the pyramid. I will definitely give answers to my first preliminary questions since I will not yet be eager to criticize the law. I will need to observe consequences within the legal system of Biodiversity and TK.

Nonetheless, I cannot forget the nature of my knowledge of law and therefore of my key research question. If my research focuses on answering how I can change the current approach of Biodiversity and TK law, the boundaries of legal positivism become a constraint in this endeavour. It is quite obvious that one wants to change something when it does not function properly. As far as the TRIPS agreement is concerned, it serves the interest of multinational companies to the detriment of Indigenous peoples. The current international legal system does not take into account Indigenous social traditions; it allows the patenting of live organisms and it diminishes trade advantages for Indigenous communities.¹³ Thus, it will be coherent to pose the question why the current positive law is not working with regards to Biodiversity and TK. In this case, the pyramid cannot provide me with an answer.

I emphasize that my approach is to criticize the law. However, positivism awards to norms the exclusive standard of validity¹⁴ and thereby a narrow angle to eschew neutrality. It is widely known that rules and

norms are interdependent on a context.¹⁵ This refers to an important participation by different social actors in the law-making process¹⁶ and therefore the State cannot be the sole instrument of legal verification¹⁷. As a kind of corollary to this, I might say that I force myself to leave positivism behind at this point of my research, thus signifying that this approach is no longer mono-disciplinary.

3. The first key question of this research: how to change the current approach of the protection of Biodiversity and TK in law

Each research question has its own method. As I have already discussed that positivism does not overlap with my epistemological values, I will be obliged to search for alternative paradigms. I also already know that my choices are determined by the questions asked and by my understanding of the law.¹⁸ However, my research question is broad and results in a myriad of answers. It seems that the construction of a hypothesis would be a good path so as to reduce these potential answers. This hypothesis is as follows: the coordination of different actors -NGOs, Indigenous people, local communities, governments at national, regional and local levels or in-

11 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, transl. by Henri Thévenaz (Boudry-Neufchatel: Éditions de la Baconnière, 1953 et 1988), 51.

12 *Ibid.*, 47.

13 Zenobia Ismail and Tashil Fakir, “Trademarks or Trade Barriers? Indigenous Knowledge and the Flaws in the Global IPR System” *International Journal of Social Economics*, 31, no. 1/2 (2004), 173-194. See also in this regard several cases of bio-piracy and issues with the benefit sharing of resources for indigenous communities.

14 Manuel José Prieto Montt, “Una invitación al pluralismo legal”, *Revista de derecho Valdivia* 25 no.1 (2012), 28.

15 Wagdi Sabète, “La théorie du droit et le problème de la scientificité: Quelques réflexions sur le mythe de l’objectivité de la théorie positiviste”, *Archives de philosophie du droit* 43 (1999), 326, <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/216.pdf>.

16 Pierre Noreau, “La norme, le commandement et la loi: Le droit comme objet d’analyse interdisciplinaire”, *Politique et Sociétés*, 19 no.2-3 (2000), 168. See also the insights of Gérald Timsit in *Archipel de la norme* (Paris: Presses universitaires de France, 1997), 5 and Roderick A. Macdonald, “Pour la reconnaissance d’une normativité juridique implicite et ‘inférentielle’” *Sociologie et société*, 18, no.1 (1986), 47-58.

17 *Supra* note 14, 29.

18 Maurice Adams and Jacco Bomhoff, *Practice and Theory in Comparative Law* (New York: Cambridge University Press, 2012), 7.

ternational authorities- coming from in and out of the State is able to give a more suitable protection¹⁹ to Biodiversity and TK, rather than a monist approach.

This hypothesis allows me to opt for legal pluralism as a theoretical framework so as to answer my question. I therefore found it pertinent to explain what legal pluralism is and why I chose this theory for my research project.

Legal pluralism in my research project. Legal pluralism is a theory that is contrary to legal centralism or the monist approach of law. Although this theory seems to be quite recent in the English-speaking academic milieu, French-speaking authors like Jean Bodin and Montesquieu have pioneered some insights into it. It was precisely Montesquieu who pointed out the role of social and political reality in making the law.²⁰

This theory has neither a proper definition nor a strict methodological framework. However, legal pluralists have made its central tenet clear: a strong opposition to legal centralism. The law is not only the law that derives from the State or from jurisprudence. The law is actually plural. This means that state law coexists with other rules, values, customs, regulations, principles, religious views, and elements of the society that might be also recognized as law. The law is no longer controlled by one entity, but rather by many at the same time and under different conditions.²¹

This broad conception of legal pluralism functions perfectly for purposes of my legal epistemological values. In this particular case, I found that one of the problems of current Biodiversity and TK law is the narrow approach to property according to Western principles²² and also ignorance about their social and cultural rea-

lity.²³ Studying the social and cultural reality of Biodiversity and TK law would enable me to answer why the current law should be changed. Furthermore, legal pluralism will give me the possibility to argue the coexistence of official laws and cultural norms within a legal system. This likelihood appears to be crucial insofar as the answering of my central question is concerned.

4. The second question: justifications for using comparative analysis

This question implies the application of comparative analysis. However, comparison has no standards for accuracy and therefore it is essential to explain the reasons inherent in the choice.²⁴ This choice relies on either harmonization or modernization. The former entails a focus on similarities, while the latter aims to establish differences.²⁵

When a comparative legal study is based on pluralism, it is certain that the analysis will be more focused on the differences,²⁶ in other words, the modernization of the law. My comparative analysis will be more focused on modernization as my epistemological values rely on pluralism. I must also keep in mind that being reflexive in terms of my comparison is not just about my pluralist conception of law. It is relevant to take into account my cultural background and to remind me that I will be very influenced by neo-colonialist arguments during the entire comparative study.

Accordingly, it is also important to justify the choice of different legal systems. The fundamental reason for choosing Canada and Colombia reveals my previous knowledge and experience with these two countries. Other reasons might be economic, political, social and cultural factors that are found entrenched within these two countries.

19 When I refer to “a suitable protection”, I think that a more suitable protection would be one that does not ignore Indigenous and local communities’ assets for purposes of TK and Biodiversity law.

20 Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 86. Montesquieu said, “[...] law was of necessity a changeable entity, varying according to society, time and place.”

21 Ibid.

22 Tania Bubela and E. Richard Gold, *Genetic Resources and Traditional Knowledge Case Studies and Conflicting Interests* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012), 6.

23 Johanna Gibson “Traditional Knowledge and the International Context for Protection”, *SSRN Scholarly Paper ID 1137536* 1 no.1 (2004), 71.

24 Marie Claire Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* (Paris: Economica, 2010), 82.

25 Marie-Laurie Mathieu-Izorche, “Approches épistémologiques de la comparaison des droits” in Pierre Legrand, *Comparer les droits, résolument* (Paris: Presses universitaires de France, 2009), 144.

26 Ibid.

Notwithstanding the well-defined choices of my research methodology and the awareness of my previous knowledge of law, some doubts remain on their future implications. I know that legal pluralism implies knowledge of the social and cultural reality and in the case of comparative law, the collaboration of other disciplines seems to be needed.

5. The interdisciplinary flavour of my research

In law, interdisciplinarity constitutes the most spontaneous way to project the lawyer beyond a text. This assumes the search for a more general perspective, which can adapt several points of view or sources of knowledge. It means that the law is a much larger reality and will no longer be deemed to be the sole reality. The law therefore becomes the object of knowledge rather than the knowledge itself.²⁷

I chose this definition since it summarizes the widely known identity of a legal researcher. Here, the interdisciplinary approach of law is viewed as a tool to answer questions that are difficult to solve within the law itself. However, this renders the interdisciplinary approach to law a challenging task: “[...] le passage par une autre discipline implique évidemment qu’on la possède [...]”.²⁸ I must be careful here. I cannot forget that I am a lawyer and that the law is still my object of knowledge. Thus, I am able to criticize the law as I am a lawyer but I cannot criticize the object of knowledge of other disciplines. Furthermore, another failure for a legal interdisciplinary researcher could be that mentioned by Vick: “most of these pitfalls relate to the difficulty of adequately understanding disciplines other than your own- or worse, thinking you understand them when you do not.”²⁹

Interdisciplinarity in law has different degrees. It depends on the variables or the number of disciplines, the similarities among them or the elements of the disciplines that will be involved in the legal research.³⁰ It is hard to estimate the degree of my interdisciplinarity

since this research project is at an embryonic stage. Nonetheless, my choices might give me a hint to distinguish the flavour of my interdisciplinarity.

Thus, the use of legal pluralism involves the study of sociology. I see that the study of sociology would help to me grasp the concepts of community, power, authority and society, among others. Those concepts are seminal to proposing a new approach for the protection of Biodiversity and TK. The current approach to Biodiversity and TK law has tended to formalize social norms into the Intellectual Property law framework³¹. I consider this to be a transplantation of non-State laws into the narrow pyramid of law. Having an interdisciplinary methodology allows one to consider Biodiversity and TK in a different light. This way is not one that includes social norms into the law. My approach would be to involve the law into social life.³² In other words, it will not only be governmental institutions that hold sway over Biodiversity and TK protection, but also non-State legal institutions, which might be a family, an individual, a community or hybrids (State/non-State entities). Again, I must keep my reflexivity,³³ for it is in that I take into account my own conception of society, since I am of course also part of it.

Anthropology appears as another science that will support my research questions. In understanding traditional knowledge outside of the law is important to approach some anthropological concepts. Indigenous people bear the core of traditional knowledge and thereby the study of the Indigenous life style becomes vital to deepen my objective. Anthropology will provide the tools to take in the interaction between the Indigenous and the environment, the social and power relations within local communities and the role of spiritual beliefs in the making of Traditional Knowledge.³⁴

Speaking of comparative law is speaking of interdisciplinary methodology in law. In fact, comparative law is useful for understanding the reality in a more advanta-

27 Pierre Noreau, “Voyage épistémologie de la pensée juridique: de l'étrangeté...à la recherche de soi”, *Les Cahiers de droit* 52 (2011), 696.

28 *Ibid.*

29 Douglas W. Vick, “Interdisciplinarity and the Discipline of Law”, *Journal of Law and Society* 31, no. 2 (2004), 185.

30 *Ibid.*, 184.

31 Nicolas Brahy, *The Property Regime of Biodiversity and Traditional Knowledge Institutions for Conservation and Innovation* (Brussels: Larcier, 2008), 359.

32 Liora Israël, “Question(s) de Méthodes. Se saisir du droit en sociologie”, *Droit et société* 69-70, (2008), 391.

33 *Ibid.*, 392.

34 Elizabeth Ann Olson, “Anthropology and Traditional Ecological Knowledge: A Summary of Quantitative Approaches to Traditional Knowledge, Market Participation and Conservation”, *Culture, Agriculture, Food and Environment* 35, no. 2 (2013), 140-151.

geous manner.³⁵ Here, I cannot limit myself to the legal mechanisms of the two countries; there are also other aspects that need to be explained, such as economy, religion, demography, ethnography, politics, etc. Nevertheless, the degree of interdisciplinarity in my comparative analysis depends on each jurisdiction. The influence of these aspects is not automatic and varies within each country.³⁶ Also, my epistemological identity focuses on social and cultural realities; hence these two issues will be in the foreground of my comparative analysis. Biodiversity and TK law will then be studied from different angles due to the application of a comparative analysis, which is more efficient and advantageous.

It is true that there is reluctance in legal scholarship to apply an interdisciplinary approach. This is quite notorious among civil jurisdictions countries. Legal scholars and practitioners interpret this approach as a sign of weakness and a loss of identity for the legal discipline.³⁷ I would rather consider interdisciplinarity as an asset, particularly if I was eager to produce knowledge in law. The insights for other disciplines will no longer be considered as foreign, but as part of the mainstream³⁸ of law.

I must admit that I did not consider interdisciplinarity at the beginning of this research project. Now, I am fully aware that it was because of my strong positivist Latin American background. I therefore exhort Latin American legal scholarship to be scientifically courageous, especially in Biodiversity and TK Latin American law, where the gap between the law and our social and culture realities is still immense.

³⁵ *Supra* note 25, 124.

³⁶ Michel Bogdan, *Concise Introduction to Comparative Law* (Groningen: Europa Law Publishing, 2013), 56.

³⁷ *Supra* note 29, 187.

³⁸ *Ibid.*, 188.

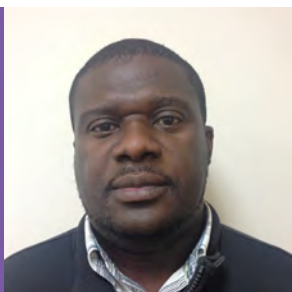
LES CHANTIERS DE LA RECHERCHE EN DROIT

INTERDISCIPLINARITÉ SAVANTE
ET PRATIQUE PROFESSIONNELLE



**PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT,
RELATIONS ÉCONOMIQUES,
INTERNATIONALES
ET INTERCULTURELLES**

Droit international public de l'environnement et participation des communautés autochtones en République Démocratique du Congo



FIMPA TUWIZANA TWISON

Détenteur d'un diplôme de Licence en droit de l'Université de Kinshasa en République Démocratique du Congo (RDC); d'un diplôme d'études supérieures et spécialisées en droit (DESS) de l'Université Laval à Québec; d'une Maîtrise en droit (LL.M.) de l'Université de Montréal au Québec. Assistant chargé des travaux dirigés à la faculté de droit de l'université de Kinshasa (RDC) et actuellement conseiller en environnement chez MultiRecycle Inc. à Montréal. Inscrit au doctorat à l'Université de Montréal et mène ses recherches sous la direction de la Professeure Hélène Trudeau.
» twison.fimpa.tuwizana@umontreal.ca

RÉSUMÉ

Ce projet de recherche porte sur les modalités concrètes d'implantation du programme REDD+, internationalement adopté, dont l'application est mise en route au niveau local en République Démocratique du Congo. Je voudrais montrer que si l'on veut assurer à ce mécanisme une meilleure mise en œuvre et une gouvernance plus durable, on ne devrait pas fonder la démarche uniquement sur les règles juridiques internationales de gestion des forêts car leur transposition en RDC donnerait des résultats mitigés ou controversés. Pour intégrer dans la démarche les aspects socioculturels, éthiques et autres qui déterminent la perception et donc l'adhésion ou le rejet de ce genre de programme par les autochtones, je vais solliciter l'interdisciplinarité en recourant à la sociologie. L'articulation des outils juridiques aux données sociologiques permettra à ce mécanisme de s'implanter efficacement en recueillant l'adhésion électorale des communautés dépendantes des ressources forestières. Telle est ma démarche, délicate mais à tous égards salvatrice.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	72
1. Du positivisme juridique aux nouveaux paradigmes méthodologiques	73
2. Apport du paradigme alternatif	75
Conclusion	77

Introduction

Axées sur l'impact de la déforestation et de la dégradation des forêts sur le changement climatique, mes travaux de recherche sont principalement articulés autour de deux questions : la bonne gouvernance forestière face aux émissions des gaz à effet de serre émanant des sols forestiers et l'équité intergénérationnelle pour assurer la protection de l'environnement global. M'intéressent particulièrement les domaines du droit international public de l'environnement et du droit de l'environnement congolais, dans une perspective de développement durable.

Formé par mon parcours académique et professionnel à l'école du positivisme, j'ai appris à m'attacher strictement- et exclusivement, faut-il reconnaître- aux instruments juridiques (lois, codes de procédures, jurisprudence, principes généraux de droit, doctrine, traités ou déclarations internationaux, etc.). Ainsi, comme enseignant, mes travaux dirigés et mes évaluations portaient toujours sur la référence aux sources formelles du droit (référence aux autorités). Ce formalisme s'est trouvé conforté par mon travail de conseiller en environnement chez « *MultiRecycle Inc.* », où mon rôle consiste à analyser minutieusement si nos différentes activités de récupération et de recyclage des matériaux résiduels sont conformes à la législation et à la réglementation environnementales en vigueur au Québec et au Canada. Dans un tel parcours, avec cette expérience professionnelle, je ne pouvais qu'être influencé par la culture positiviste de type Kelsénien¹ lorsqu'il s'est agit de choisir mon objet de recherche doctoral. Je ne percevais ce dernier et n'envisageais de l'aborder qu'au regard de la connaissance juridique, presque obsédante. L'objet n'ayant point de désir en soi et ne pouvant de lui-même fixer son orientation, je posais toujours ma question de recherche dans une perspective Kelsénienne (comme un automate). Rien ne m'aurait évité le cantonnement dans les limites de la doctrine et, peut-être pas l'impasse, mais sûrement des résultats mitigés au terme de cette recherche.

Le séminaire doctoral de « *Méthodologies du droit et interdisciplinarité* » m'a rendu attentif à l'exigence d'une attitude critique face à la doctrine et, surtout, à la nécessité de découvrir un autre type d'analyse pour cerner tous les aspects de ma question. Le paradigme alternatif s'impose dans mon projet de recherche. En effet, la

question abordée exige de chercher la réponse en dehors du positivisme juridique, comme l'indique justement Violaine Lemay². Pour garantir la pertinence des résultats, je ferai donc recours à d'autres disciplines, telles la sociologie, la psychologie, etc.

Car, l'installation d'un outil international au niveau local de la RDC exige une contextualisation pour une efficacité des résultats. Cette contextualisation a exigé un effort conceptuel afin de me libérer des dogmes et cesser de percevoir mon objet de recherche à l'aune de la connaissance juridique. S'est imposée ainsi la nécessité de me concentrer sur moi en tant que sujet, à titre de chercheur. Défi de taille et pari délicat. Car ce renversement de perspective implique d'abord un renversement de sa propre raison : prendre les outils du droit et la connaissance qui en procède comme objet d'analyse plutôt que de les ériger en instances derrière lesquelles se réfugier. Le changement de perspective impose ensuite un basculement vers de nouveaux paradigmes. La doctrine objectivée et la question de recherche dépliée en toutes ses facettes, le chercheur se trouve presque démuné et obligé de se forger de nouveaux outils pour dépasser le point aveugle de la doctrine et mettre en lumière les points de fuite de l'objet d'étude. Renonciation donc à une première manière de penser et de réfléchir, et renégociation de paradigmes pour trouver les nouvelles grilles adéquates; ce qui ne peut se faire que par l'ouverture à l'interdisciplinarité. Cette dernière se définit comme un désir de liberté et une quête de soi par la découverte de l'autre³.

Dans cette perspective, je mènerai cette recherche en deux volets. Le premier sera axé sur ma justification du choix du paradigme dominant (positivisme juridique) et de mes nouveaux réflexes méthodologiques. Le second sera consacré à mon ouverture au paradigme alternatif (interdisciplinarité).

1 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (Boudry-Neufchatel : Bascioni, 1988), 53.

2 Violaine Lemay, « Ouverture: Grandeur et misère de la connaissance contemporaine, » dans Violaine Lemay et Frédéric Darbellay, dir., *L'interdisciplinarité racontée : chercher hors frontières, vivre l'interculturalité* (Berne/New York : Peter Lang, 2014), 26.

3 *Ibid.*, 27.

1. Du positivisme juridique aux nouveaux paradigmes méthodologiques

Je l'ai dit : en soi, s'arrêter pour repenser la méthodologie et la façon de produire des connaissances juridiques n'est ni simple, ni facile. Dans mon cas, avant le séminaire doctoral, j'assimilais la « bonne connaissance juridique » à la référence aux autorités ou aux sources formelles (lois, codes de procédures, précédents des cours et tribunaux, principes généraux de droit, doctrine, traités et déclarations internationaux, etc.). Aussi, ai-je consacré mon mémoire de maîtrise aux « *Opportunités du REDD+ pour l'aménagement durable des forêts tropicales et obstacles à son implantation en République Démocratique du Congo* », en me servant du seul cadre du positivisme juridique sans mettre d'abord en question cet outillage méthodologique. Je considérais alors qu'il n'y avait qu'une et une seule bonne façon de penser le droit : le positivisme juridique. Sans être assez réflexif et reproduisant presque inconsciemment la démarche positiviste, je ne pouvais pas risquer de m'exposer à la critique et envisager une autre façon de décrire le droit et d'y inscrire mon objet d'étude.

Redéfini dans mon projet doctoral, cet objet agite cette question principale : tels que conçus, le mécanisme REDD+⁴ et le *Code forestier* de 2002 permettent-ils la protection du couvert forestier congolais et l'épanouissement des communautés autochtones, dans une perspective de développement durable? Comment peut-on harmoniser, c'est-à-dire faire converger les objectifs des outils juridiques modernes internationaux et le droit foncier coutumier?

Si, d'une part, on entend par « protection du couvert forestier », une gestion écologiquement viable des ressources forestières en vue de leur conservation au bénéfice des générations présentes et à venir, et d'autre part, si le « développement durable » est celui qui « *répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capa-*

*cité des générations futures à répondre aux leurs »*⁵, alors ils ne peuvent pas s'envisager sans garantir en même temps l'épanouissement des communautés autochtones⁶. Selon la *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Rio+20)*, l'« épanouissement des communautés autochtones » consiste pour les États du Sud à répondre positivement, et ce de façon durable à l'exigence sociale: améliorer les conditions de vie des populations locales concernées en réduisant leur état de pauvreté et les inégalités dans la répartition des richesses nationales. Ainsi, ce concept de développement durable sous-tend l'articulation des questions environnementales aux impératifs du développement économique qu'aux besoins spécifiques des populations locales, présentes et futures.

Dans la perspective du droit positif, m'est apparue une première solution : j'ai estimé qu'en plus de l'arrimage au REDD+ du cadre juridique forestier congolais⁷, s'impose un accord ou, à tout le moins, une harmonisation avec le droit foncier coutumier. Car, les pratiques traditionnelles de gestion des terres et des forêts auxquelles les populations autochtones adhèrent risquent de s'ériger en obstacle majeur à la mise en route du mécanisme REDD+ en RDC. En effet, même si la législation forestière congolaise stipule que l'État est le propriétaire du sol sur toute la superficie du pays⁸, le droit coutumier - implicitement reconnue à travers le pouvoir des chefs coutumiers - consacre le statut de propriétaire foncier des autochtones. Fort de ce droit, ces derniers conçoivent la forêt comme leur bien et l'exploitent selon les méthodes traditionnelles (cultures sur brûlis,

4 *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, RT Can 1994 no.96 (entrée en vigueur : 21 mars 1994) [CCNUCC] : mécanisme qui consiste à réduire les émissions liées à la déforestation et à la dégradation des forêts par des mesures de conservation, de gestion et d'aménagement forestier durable, en attribuant aux forêts une valeur financière fondée sur leur capacité de stockage comme intéressants puits de carbone.

5 *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Rio+20), Choisir notre avenir: une gouvernance du développement durable ouverte et participative*, 19 juin 2012, Rio de Janeiro, Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), préambule.

6 Représentées généralement par les Batwa (Pygmées), les populations autochtones sont en réalité nombreuses et, en tant que premiers habitants du territoire, se retrouvent dans toutes les provinces de la République Démocratique du Congo. Les Yaka (province de Bandundu), les Téké (province de Kinshasa), les Batwa (dans toutes les provinces forestières), les Tsamba (provinces de Bandundu et Bas-Congo), les Yombé (province du Bas-Congo). Dans l'ensemble, les autochtones sont estimés à 600 000 âmes, soit 60% de la population active: (Alain Sinafasi Makelo, « Stratégies de sensibilisation des Peuples Autochtones Pygmées », dans *MECNT* (Kinshasa: MECNT, 2010), 5.

7 Loi portant Code forestier en République Démocratique du Congo, L.R.D.C. 2002, c. A-1.

8 *Ibid.*, art. 7.

jachère de courte durée, abattage d'arbres pour la fabrication de charbon, etc.), sans égard, ni pour les réserves de biosphères, ni pour le *Code forestier* de 2002 dans son ensemble.

Dans cette étude, préciserai-je aussi, l'approche juridique comparative⁹ me sera utile à un double registre: d'une part, elle permet la saisie en extension de l'objet au niveau international et, d'autre part, elle rend possible sa compréhension spécifiée dans les pays du Sud¹⁰. Par la comparaison, je voudrais montrer comment, en droit international et en cas de volonté réelle, on s'assure de mettre en œuvre les politiques environnementales par différents moyens. En effet, l'urgence semble s'imposer d'impliquer les communautés autochtones à la mise en route des programmes de protection de l'environnement. Car, en plus du fait que ces programmes visent aussi à réduire la pauvreté et à améliorer les conditions de vie des populations autochtones, l'objectif environnemental de réduction des émissions des gaz à effet de serre (GES) se réaliserait plus aisément s'il est adopté et soutenu par ces populations.

S'impose aussi, naturellement, la nécessité d'une analyse approfondie, fouillée¹¹ des programmes de participation des communautés autochtones dans les outils juridiques internationaux pertinents en matière environnementale. Par ailleurs, je voudrais comparer les programmes d'application des décisions internationales en droit de l'environnement mis en place au niveau local dans les pays du Sud, notamment au Brésil, en Inde et au Cameroun. Mon choix porté à ces pays tient au fait qu'ils abritent les ressources forestières importantes de la planète. Exemplaires seront, à cet égard, les différentes manières dont ces pays s'y sont pris dans la pratique pour impliquer dans le processus les communautés autochtones. À cette fin, je ferai une sélection des outils juridiques internationaux portant, notamment sur la biodiversité et sur les mécanismes de flexibilité.

Cette analyse met en lumière les limites de l'instrument méthodologique de base. En effet, non seulement le droit positif ne prend pas en compte les aspects so-

cioculturels et éthiques du problème, mais surtout il ignore, voire entre carrément en conflit avec la loi non écrite des pratiques coutumières de gestion des terres. Cette évidence soulève une autre question de procédure évoquée plus haut: comment pourrai-je harmoniser, c'est-à-dire faire converger les objectifs des outils juridiques modernes internationaux et le droit foncier coutumier? La réponse est l'hypothèse principale de ma recherche actuelle. Cette harmonisation peut s'effectuer par la participation des communautés autochtones dans la production, l'interprétation et la mise en œuvre des politiques forestières en général, et du REDD+ en particulier. En effet, intéressante dans ses visées environnementales et sociales, la protection du couvert forestier suscite une confrontation d'intérêts et de visions du monde qui ne peut se résoudre que par la participation de toutes les parties impliquées à son processus. En ce qui concerne les populations autochtones, cette implication peut prendre différentes formes, notamment celles de la consultation, de la concertation en vue d'un consensus et de l'adhésion.

Ainsi que l'indique justement Benoit Jadot, la *participation* s'analyse comme un processus par lequel les populations sont impliquées dans l'analyse, le conseil et la prise des décisions en des matières où le gouvernement ou autres organismes publics ont autorité¹². La participation accrue des populations peut être une solution aux réticences des communautés autochtones. Qu'elles se manifestent sous la forme d'hostilité, d'incompréhension ou de méfiance, ces réticences peuvent entraîner des dysfonctionnements dans le programme, voire le sabotage de ce dernier par les communautés ne croiraient pas au bien fondé de ses résultats.

Si elle me fournit la solution au problème posé, cette hypothèse ne va pas sans susciter des difficultés dans la mesure où la participation ne peut être pensée qu'en dehors du droit. La nécessité m'est apparue ainsi d'ouvrir mon approche à d'autres disciplines dont l'appareillage conceptuel et les grilles méthodologiques me permettront de cerner les aspects non juridiques de la question. Pour ce faire, je recours au paradigme alternatif en choisissant la discipline connexe de la sociologie comme second éclairage pour cerner de manière réflexive la nature, les enjeux et les modalités de la participation des communautés autochtones.

9 Dans cette étude, les outils juridiques internationaux de protection de forêts me paraissent pertinents pour une mise en œuvre d'un modèle d'implication des communautés autochtones au niveau local dans les pays du Sud.

10 Horatia Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé* 52 (2000), 504.

11 Pierre Legrand, *Le droit comparé* (Paris: Presses Universitaires Françaises, 1999), 12.

12 Benoit Jadot, *Acteurs et outils du droit de l'environnement : développements récents, développements (peut-être) à venir* (Louvain-la-Neuve: Anthémis, 2010), 351.

Ce parcours montre que l'enjeu de la participation infléchit mon positionnement initial. Contingente par sa nature, la participation m'impose ses propres nécessités et urgences, lesquelles, précisément, mettent ma démarche en crise et exigent de réorienter mon choix méthodologique. Je ne pouvais résoudre cette crise qu'en dépassant les dogmes et les références d'autorité. Positiviste au départ, ma démarche s'est faite réflexive ensuite et s'est ouverte à l'*interdisciplinarité* : j'élargis mon champ d'analyse à la sociologie.

Si, effectivement, le droit n'existe que pour les besoins de la société¹³, alors je ne pourrai guère le réformer efficacement sans asseoir son nouveau socle sur un pertinent mélange du droit avec la sociologie. À mon avis, l'implication des communautés autochtones à la construction, l'interprétation et la mise en œuvre des projets forestiers constitue une réponse appropriée pour modifier les mécanismes formels de gestion et de protection des forêts congolaises. Mon projet consiste donc à trouver le mécanisme adéquat pour opérer, pour ainsi dire, une fabrique participative du droit. Je propose un dispositif qui va au-delà du droit et qui ne se limite pas au seul droit positif. Le REDD+ ne pouvant pas être imposé sans une contextualisation, il faudrait rendre droit aux particularités du milieu précis dans lequel il va se déployer. Pour que cette participation soit à son tour bien conçue et efficacement mise en œuvre, il sied d'articuler les dispositifs juridiques et administratifs sur les données sociologiques et culturelles spécifiques au contexte.

La sociologie me permettra d'examiner¹⁴, de comprendre et de circonscrire les phénomènes des communautés congolaises. Concrètement, il s'agira pour moi d'analyser et de comprendre les résistances des communautés autochtones à l'installation du mécanisme REDD+ en RDC. Pour étayer et vérifier mes hypothèses, j'ai choisi un échantillon représentatif : les forêts de la communauté « *Yombe* » dans la province du Bas-Congo (à l'ouest de la RDC). Mon choix de ces forêts tient à trois raisons : (1) elles sont accessibles, (2) elles se classent parmi les forêts les plus menacées en termes d'exploitation forestière en RDC et (3) du fait de leur proximité avec la ville-capitale (Kinshasa), les intérêts commer-

ciaux entraînent fréquemment des conflits entre le *Code forestier* de 2002 et le droit coutumier¹⁵. Ce qui risque de se répéter dans la mise en œuvre du REDD+ en RDC.

Quant à la méthode¹⁶ à utiliser, j'envisage : le système d'interview auprès des populations autochtones du « *Mayombe* ». Ces entrevues seront accompagnées d'un questionnaire me permettant de recueillir des informations sur leur perception des forêts, leur gestion traditionnelle des terres et des forêts ainsi que leurs droits y attachés. Comment reçoivent-elles le dispositif REDD+, le comprennent-elles et qu'en attendent-elles?

Qu'en est-il de l'impact du paradigme alternatif dans ce projet de recherche?

2. Apport du paradigme alternatif

Depuis 2012, je travaille sur les questions des changements climatiques ayant trait à la réduction des émissions des gaz à effet de serre (GES) émanant des forêts. Dans l'instruction de mon projet, j'ai constaté que le pouvoir public congolais recourt systématiquement à l'expertise scientifique (transfert des connaissances et des technologies du Nord vers le Sud) en vue d'éclairer ses décisions de mise en route des programmes internationaux comme l'outil REDD+. Pour leur garantir une meilleure implantation et une bonne gouvernance, ces programmes font l'objet d'une double évaluation, scientifique et démocratique¹⁷. Cette approche accuse une grave lacune car, les experts scientifiques ne maîtrisent guère certaines données pourtant essentielles à la réussite de ces programmes. Parmi ces données figurent en bonne place, les aspects socioculturels (perceptions de la forêt, croyances liées, organisation sociale, etc.) et éthiques¹⁸ qui, du point de vue des communautés autochtones, déterminent la perception des risques de ces programmes, et donc président à leur adoption ou à leur rejet- ce dernier étant souvent tacite.

13 Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », *Revue canadienne de droit et société* 26 (2011), 257.

14 Jean-Michel Berthelot, *La construction de la sociologie* (Paris : Presses Universitaires de France, 1991), 35.

15 Ministère de l'Environnement, Conservation de la Nature et Tourisme de la République Démocratique du Congo, *Plan de préparation au REDD+2010-2012 (R-PP Draft)*, 2010 (Kinshasa, DIA, 2010), 20.

16 Berthelot, *supra* note 14, 37.

17 Christine Larssen, « Vers une gestion démocratique du risque environnemental. Le système participatif de la Convention d'Arhus : faiblesses et potentialités », *Lex Electronica* 17 (2012), 2.

18 *Ibid.*, 3.

Je me suis alors demandé comment je pourrais prendre en compte ces facteurs et, ainsi, permettre au mécanisme REDD+ de s'installer efficacement sur des bases sûres en République Démocratique du Congo? Au moment de la conception de mon projet de thèse, le concept d'interdisciplinarité a été âprement discuté, et sa pertinence et son fonctionnement ont été démontrés dans de nombreuses lectures et l'enseignement reçu au séminaire doctoral. Dès le début de ce séminaire, j'ai parcouru un itinéraire parsemé d'écueils. En effet, malgré ma compréhension des propos enseignés en classe, je suis demeuré accroché à mes réflexes méthodologiques de juriste positiviste. Cependant, grâce aux séances répétées du séminaire doctoral, je suis parvenu à m'émanciper de ces réflexes inconscients. Je peux donc dire que j'ai accédé à une nouvelle rationalité qui me permet maintenant de voir autrement les choses, notamment les nouvelles ressources qu'offre l'interdisciplinarité pour les questions comme celles qu'agite ma problématique de recherche. Certes, en inscrivant désormais cette étude dans la perspective interdisciplinaire, le droit perd de sa rigueur mais il est évident qu'il gagne en pertinence, puisqu'ainsi les objectifs primordiaux – en l'occurrence, les enjeux de l'implantation efficace du mécanisme REDD+ en RDC – seront sûrement atteints.

Si j'avais choisi d'utiliser uniquement la méthode positiviste, mon projet ne donnerait pas les mêmes résultats. Par exemple, l'outil REDD+ serait implanté de force par les institutions étatiques congolaises avec le seul appui des instruments juridiques, que les résultats en seraient mitigés, voire controversés puisque les communautés autochtones contesteraient le mécanisme aliénant leurs intérêts. J'ai donc choisi l'interdisciplinarité parce que mon questionnement secondaire l'exige et que la réalisation de mon objectif de recherche en dépend. Étant donné que l'essentiel du déploiement du dispositif du REDD+ se réalise dans les zones rurales congolaises, le soutien électif des communautés autochtones est nécessaire à l'aboutissement de ce mécanisme. La doctrine¹⁹, notamment, me fournit des arguments pour consolider cette vision du problème et la sociologie devient pour moi une bonne alliée : d'une part, elle me permet d'expliquer comment se produisent les ratés d'implantation du REDD+ en RDC et, d'autre part, elle

me permet de vérifier si, dans les faits, les objectifs de protection du couvert forestier et d'épanouissement des communautés congolaises sont atteints.

La définition de l'interdisciplinarité qui sied à mon propos est celle qu'en donne Violaine Lemay : « le désir de liberté et la quête de soi par la découverte de l'autre »²⁰. Cette définition se rapproche de l'approche envisagée dans ce projet de recherche. En effet, elle me paraît la plus capable, à la fois, d'exprimer ma liberté et de faciliter mon introspection par la découverte de la sociologie. Cette dernière me permettra de mettre en lumière l'essence et les principes fonctionnels d'une participation locale. Elle me fournira l'outillage pour une bonne étude du contexte et du terrain, par l'enquête, le sondage (questionnaire et/ou entrevues), l'analyse qualitative et quantitative des données utiles. Cette définition a attiré mon attention parce que, pour que la participation locale soit à son tour bien conçue et efficacement appliquée, le REDD+ et le cadre juridique forestier congolais doivent être articulés sur les données sociologiques et culturelles spécifiques au contexte. Cette définition convient à une recherche en sciences humaines appliquées, comme la mienne, car elle me permet d'assigner les objectifs globaux de la préservation des intérêts économiques, la protection du couvert forestier et la garantie du bien être des communautés congolaises à travers son épanouissement intégral, en posant différemment mon questionnement. Je distinguerai cette définition de celle de Pierre Noreau, notamment, qui ne rendrait pas bien compte de ma préoccupation : « *l'interdisciplinarité n'est peut-être possible que dans la mesure où la définition d'une réponse satisfaisante au questionnement proposé par une discipline nécessite l'intégration des réponses proposées par une autre à ses propres questions, sur le même objet* »²¹.

19 Violaine Lemay et al., « L'interdisciplinarité comme instrument d'efficacité accrue en matière de protection des minorités par le droit : jeunesse chômeuse et femme musulmane face aux périls du sens commun », dans *La mobilisation du droit et le pluralisme communautaire*, dir., Eugénie Brouillet et Louis-Philippe Lampron (Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 2013), 107. Berthelot, *supra* note 14, 40.

20 Lemay, *supra* note 2.

21 Pierre Noreau, « Voyage épistémologique et conceptuel dans l'étude interdisciplinaire du droit », dans *Le regard de l'autre / In the eye of the Beholder*, dir., Pierre Noreau (Montréal: Thémis, 2007), 186.

Conclusion

Je soutiendrai que l'interdisciplinarité constitue un atout indéniable pour construire et finaliser mon projet de recherche avec un questionnement différent du paradigme dominant. Elle n'est pas une perte de temps car, maintenant, je suis conscient que c'est le chercheur, en l'occurrence moi, qui choisit l'objet, les questions et les méthodes y afférentes, et oriente son projet de recherche qui, lui, est statique. L'approche interdisciplinaire constitue pour moi une nouvelle rationalité (un nouveau *logos*), à laquelle je suis parvenu par renégociation de l'ancienne norme et conversion à des nouveaux paradigmes. Je suggère au chercheur juriste de l'emprunter s'il pose des questions autres que juridiques dans son objet pour une efficacité des résultats. Je souhaite intégrer une équipe ou un comité sur l'interdisciplinarité à la faculté de droit car notre discipline ne peut malheureusement tout résoudre.

Dans des projets comme celui-ci, l'interdisciplinarité offre plusieurs avantages. Elle permet notamment de cerner tous les contours de la gestion et l'aménagement durables des forêts et, dans le cas précis du programme REDD+. Elle vise à intégrer les aspects socioculturels et donc, de mieux prendre en compte les besoins spécifiques des communautés autochtones dont la vie et la survie sont tributaires de la forêt.

Nous le montrerons dans le cas de la Communauté Yombé, habitant le massif forestier du Mayombé situé à l'ouest de la RDC, sur la rive droite du fleuve Congo, juste avant son embouchure à l'océan Atlantique à Banana. Il s'étend du Nord de Boma vers l'enclave de Cabinda (Angola) à l'ouest et se prolonge au nord vers la République du Congo (Congo-Brazzaville) et le Gabon. La Communauté Yombé est constituée des gens de la forêt tropicale qui, partant du Nord de Boma. La forêt est le cadre dans lequel se meut toute la vie de cette communauté: elle est sa nourricière comme son horizon, sa défense et sa sauvegarde²².

Dans le cadre du mécanisme REDD+ pour l'aménagement durable des forêts de la communauté Yombé, plusieurs projets ont été initiés, notamment: (1) le projet « **Conservation des Forêts, Coopération environnementale et amélioration des moyens d'existence dans les écosystèmes d'importance internationale -Ouganda et Bassin du Congo** » développé par le Pro-

gramme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) et basé à la Réserve de biosphère de Luki; (2) le projet « Soutien aux communautés et peuples autochtones dans le cadre du REDD+: cas de la communauté Yombé »²³. Établi à l'occasion des recherches effectuées dans le cadre de ma licence à l'université de Kinshasa, mon lien avec la communauté Yombé est entretenu par le canal de mon cousin qui y habite. Il sera renforcé à l'occasion de la recherche que j'y effectuerai à l'étape de la collecte des données nécessaires à la présente étude.

22 Sinafasi Makelo, *supra* note 6. François Fuchs, *Le Mayombé* (Bruxelles: Publication de l'État Indépendant du Congo (ÉIC), 1993), 10.

23 Victor Kabengele, *Soutien aux communautés et peuples autochtones dans le cadre du REDD+: Cas de la communauté Yombé* (Kinshasa: Direction des inventaires forestiers, 2015), 12.

LES CHANTIERS DE LA RECHERCHE EN DROIT

INTERDISCIPLINARITÉ SAVANTE
ET PRATIQUE PROFESSIONNELLE

Les enjeux économiques des contrats miniers et leurs impacts environnementaux

Cas d'exploitation et de traitement des mines de métaux dans la zone CEMAC



NATURE DE DESTIN ANDOSMOUI

Nature de Destin Andosmoui est candidat en doctorat en droit (LL.D.) et conseiller juridique chargé des contrats miniers auprès de l'organisation non gouvernementale Nomomente. Titulaire d'une Licence fondamentale en droit privé et d'un Master 2 en droit des entreprises «partenariat public privé», il a écrit un mémoire sur «Le contentieux des contrats administratifs et la sécurité juridique». C'est en hiver 2014 qu'il a débuté son parcours doctoral au sein de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.
» nature.de.destin.andosmoui@umontreal.ca

RÉSUMÉ

L'auteur cherche à résoudre la question de la responsabilité juridique des entreprises minières et de leurs pays hôtes, à démontrer l'importance d'un contrôle permanent de l'activité minière et ses conséquences, à réévaluer la réglementation minière des pays de la zone CEMAC, à proposer une réglementation adéquate à la lumière du droit canadien et à mettre en place des mécanismes de règlement des différends de crimes environnementaux accessibles aux bénéficiaires de cette activité minière et aux populations.

TABLE DES MATIÈRES

1. Mon identité savante	80
2. Quels sont mes réflexes méthodologiques et savants? D'où je pars?	81
3. Mon projet en cours et ma carrière : quelle production de connaissance sera la mienne et pourquoi sera-t-elle adéquate sur le plan méthodologique et épistémologique? Où je vais ?	82

1. Mon identité savante

Présentement conseiller juridique chargé des contrats miniers auprès de l'organisation non-gouvernementale NOMOMENTE¹, de formation je suis juriste spécialisé en droit des marchés publics partenariat public privé (PPP). J'ai aussi une expérience pratique de conseiller juridique au ministère du plan et de l'aménagement du territoire du Congo Brazzaville, d'assistant d'acheteurs publics à la mission régionale achat de la préfecture de la Marne en France et de responsable juridique chargé des relations extérieures du club OHADA² (organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) de Tunisie.

Mon travail pour les postes occupés consistait respectivement à :

- (1) professionnaliser des enquêtes statistiques de l'environnement; analyser et publier des indicateurs économiques; vérifier la conformité de la politique ministérielle aux recommandations sous-régionales; fournir des orientations juridiques aux différents services du ministère;
- (2) assister les acheteurs publics dans la détermination des stratégies d'achat liées aux besoins des services régionaux de l'État; proposer des accords-cadres ministériels; préparer des clauses contractuelles pour les marchés publics; analyser des offres des entreprises et présenter l'offre la plus avantageuse pour les services de l'État;
- (3) organiser les conférences de sensibilisation sur le droit OHADA avec l'appui des émissaires des États membres de cette organisation présents en Tunisie, contrôler la pertinence et la mise à jour des informations que le club OHADA fournit aux départements de droit des universités.

1 http://www.nomomente.org/?page_id=23297&lang=fr (consulté le 28/09/15).

2 L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a pour principal objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les États Parties. L'insécurité juridique s'explique notamment par la vétusté des textes juridiques en vigueur : la plupart d'entre eux datent en effet de l'époque de la colonisation et ne correspondent manifestement plus à la situation économique et aux rapports internationaux actuels, (<http://ohada.org/missions-et-objectifs.html> consulté le 28/09/15).

De toutes les missions présentées ci-dessus, aucune d'elle ne figurait dans mes projets. En effet, jusqu'à l'âge de mes 18 ans j'ai voulu à tout prix devenir pétrochimiste, du secondaire au lycée, j'ai tout fait pour prouver que j'avais des atouts scientifiques nécessaires pour réussir cette carrière. C'est précisément au lycée que ma conviction d'être fait pour devenir pétrochimiste avait atteint son paroxysme, du simple fait d'avoir été orienté en série scientifique par mes professeurs persuadés de mes habilités pour cette branche. « Je ne me trompe pas », me disais-je à chaque fois que je pensais à ma future carrière. Une fois en terminal, certaines réalités percutaient allègrement ma conviction à toute épreuve jusqu'au jour où tout ce que j'avais entre mes mains me rappelait l'urgente nécessité de revoir ma vision. En effet, dans mon lycée (*Centre Scolaire Notre Dame du Rosaire au Congo Brazzaville*) les élèves inscrits au programme français en terminal s'étaient aussi préparés pour se présenter au baccalauréat congolais en série littéraire. Je n'accordais pas de priorité à ce dernier et après avoir passé les deux examens, j'ai été déclaré admis au baccalauréat littéraire. Refusant radicalement l'idée de refaire le bac scientifique, c'est à partir de là que j'ai embrassé ma nouvelle vision.

J'ai donc préféré continuer vers les opportunités que mon baccalauréat littéraire m'offrait, la branche de droit fut la première à me faire un clin d'œil et j'ai opté pour celle-ci en m'inscrivant sans regret à l'université libre de Tunis en Tunisie.

De la pétrochimie au en droit! Je pense sincèrement que Mike Powell a été égalé. Ainsi donc après une année, j'ai appris à accepter et à aimer ma nouvelle formation. Trois ans m'ont largement suffi pour obtenir ma licence fondamentale en droit privé après mon baccalauréat. Très marqué par le droit international public et des contrats, j'ai décidé de continuer mes études en France où en deux ans, j'ai obtenu mon *master 2 en droit des entreprises du développement local partenariat public privé (DEDL)* à l'université de Reims Champagne Ardenne. Pour l'obtention de ce nouveau diplôme, j'ai eu à faire un mémoire de fin d'études sur « *Les contentieux administratifs des contrats et la sécurité juridique* » et j'ai tout appris sur le montage ainsi que sur le financement des contrats de partenariat.

Grâce à mes expériences universitaires et extra-universitaires, j'ai assimilé l'importance des clauses contractuelles dans toutes les transactions de marchés de tout corps d'État. Mes apprentissages n'ont fait que me rapprocher de mon domaine de recherche actuel après huit ans d'études en droit et je suis fermement persuadé que je ne me trouve pas en vacances dans ce domaine noble.

2. Quels sont mes réflexes méthodologiques et savants? D'où je pars?

Pour ce qui est des réflexes méthodologiques depuis l'obtention de mon baccalauréat, une seule chose avait changé, et ce uniquement sur le plan formel. Cependant, dans le fond rien n'avait connu ne fut-ce qu'un iota de changement et ce jusqu'en 2013.

Sans pour autant vouloir que certaines interprétations mal aisées fassent l'ombre de mon propos, je m'explique. Alors, au lycée la méthodologie qu'on m'apprenait dans tous les cours était similaire, des mathématiques à la physique-chimie, la méthode était la même: *«face à un problème à résoudre, on trouve la formule ou la méthode préétablie; on l'applique et on a la solution, that's it»*. À la faculté de droit, la méthode était la même *«un problème juridique se pose, on trouve la règle adéquate ou à défaut un principe de droit, on l'applique au fait pour trancher et présenter la solution légale»*. Pendant cinq ans j'ai procédé de cette même manière sans me poser de questions, *il m'a été dit et redit sans m'être prouvé que cette façon de procéder était l'unique et que c'est ce qu'ici caractérisait un excellent juriste. Comment ne pas y croire quand la majorité des praticiens que j'ai rencontrés n'étaient pas loin de leurs codes?*

En pratique, dans le monde où j'évoluais tout fonctionnait ainsi. Quand, par exemple, il y'a une confrontation entre deux individus A et B, le problème était résolu comme suit : monsieur (A) a commis un acte qui a causé préjudice à monsieur (B), cet acte étant contraire aux dispositions de l'article XX, monsieur A était contraint de réparer le préjudice causé à monsieur B conformément à l'article YY. Généralement, c'est ainsi que le problème est résolu. Avec de telles pratiques, où il faut comme le dénonçait Madame Violaine Lemay *«observer impartialement sans état d'âme critique et sans le moindre jugement de valeur»* la méthode kelsenienne était la meilleure, et ma formation ne me laissait aucune possibilité de croire le contraire.

Pour ce qui est de la production de connaissances, dans le monde savant où j'ai été formé une nouvelle connaissance doit s'appuyer sur celles déjà existantes, cette machination dans la manière de penser est voilée par la volonté de maintenir l'ordre préétabli.

Pendant cinq ans j'ai appris à expérimenter une seule méthode dans ces mondes savants, cette méthode est celle du *«positivisme juridique»*. Cependant, dans la rigueur de faire respecter cette méthode, au cours de mon second cycle universitaire, mes enseignants répétaient sans

cesse qu'un projet de recherche doit être innovant par son apport, mais alors comment innover quand une méthode de recherche t'est imposée? Comment être juste dans la résolution d'un fait qui se pose en 2014 avec une disposition d'un code ou une convention internationale établie peut être dix ans auparavant? Ces questions que je me posais étaient appuyées par ma soif d'une liberté de recherche et d'analyse.

Les méthodes de productions de connaissances au Congo, en Tunisie et en France ne diffèrent pas. C'est une des raisons pour laquelle j'ai choisi de venir au Canada pour découvrir de nouvelles méthodes, dont la méthode Eureka, il ne m'a pas fallu attendre une année pour remarquer un changement. Dans le cadre de ma formation doctorale, j'ai eu droit à un séminaire sur l'interdisciplinarité dont l'objectif était de nous enseigner à devenir conscient de notre méthode. Cette prise de conscience nous apportera à cet effet une liberté de choix, une capacité accrue de collaborer avec d'autres disciplines pour améliorer la production des connaissances. Surpris de voir de tels objectifs dans un cours, je me suis rendu compte que j'étais à ma place et au premier cours présenté par Mme Violaine Lemay, elle a proposé la métaphore suivante: *«la pluralité des paradigmes est une richesse, l'excellence reconnue de l'un n'obligeant pas au mépris des autres façons de faire...»*. Cette affirmation m'a libéré d'un joug méthodologique indisciplinablement contraignant. Si la pluralité des paradigmes est une richesse, alors pendant cinq ans j'ai été privé d'une richesse qui était à ma portée.

En effet, après ce séminaire j'ai appris à être *réflexif*, ce qui m'a permis de prendre conscience de mes méthodes de recherches. Une recherche en droit ne peut se réduire au fait de ranger les outils juridiques en vigueur; en faire une présentation ordonnée, systématique et cohérente pour les appliquer à un fait comme j'étais tenté de le faire au départ dans le cadre de mon projet de recherche. *«Tout projet qui additionne un questionnement externe à celui inhérent au paradigme dominant devient, par définition, un projet de théorie interdisciplinaire du droit»* précisait Mme Violaine Lemay. Manifestement mon projet de thèse additionne sans conteste un questionnement externe à celui inhérent au paradigme dominant, il est pour cela indiscutablement interdisciplinaire. *Et pour résoudre ce problème complexe qui ne peut être pris en charge que par une seule discipline, je vais utiliser les paradigmes alternatifs afin d'expérimenter une intégration conceptuelle, théorique et méthodologique des disciplines qui touchent mon projet, à savoir les sciences de l'environnement, et l'analyse économique du droit...*

Par ailleurs, je reste persuadé, au vu des nouvelles connaissances scientifiques intégrées dans l'exploitation minière que les nouvelles dispositions nationales et internationales de protection d'intérêts économiques des multinationales sont sans recours concret, car de nombreuses recommandations d'experts sur cette question existent présentement et montrent déjà leur caducité.

3. Mon projet en cours et ma carrière : quelle production de connaissance sera la mienne et pourquoi sera-t-elle adéquate sur le plan méthodologique et épistémologique? Où je vais ?

Présentation du projet de recherche. En 1980 dans le contexte d'un endettement accru des pays en développement, la banque mondiale a décidé de prendre des mesures de redressement économique. Ces mesures encore appelées programmes d'ajustement structurel visaient à libéraliser, privatiser et à ouvrir l'économie de ces pays aux investissements privés étrangers. En 1992 dans son rapport, la banque mondiale a désigné le secteur minier comme «le secteur clé» pour ces mesures de redressement. Pour cela elle recommandait des réformes en profondeur, dont l'introduction des codes miniers incitatifs pour attirer l'investissement considéré comme moteur de croissance et en contrepartie les États avaient accès au financement pour pouvoir rembourser leurs dettes.

Toutefois, avec ces réformes les pays en développement se retiraient complètement du secteur productif et redéfinissaient en profondeur leurs propres rôles et différentes fonctions, finalement ils réaménageaient donc systématiquement leurs responsabilités en laissant «une liberté d'agir aux multinationales». Le secteur privé devenait à cet effet propriétaire et exploitant des mines, quant à l'État son rôle était reconfiguré en régulateur et facilitateur de l'investissement privé. Les gouvernements de ces pays pris au piège de leurs propres réformes ont tendance à transférer les responsabilités au secteur privé, parmi ces responsabilités on trouve la sécurité des opérations minières dans tout son ensemble. Ce transfert de facto de responsabilités se fait sans que les gouvernements concernés aient les capacités de faire le suivi les vérifications ni d'apporter les mesures correctives dans les activités minières.

Aujourd'hui, avec les exploitations modernes, les résidus miniers entraînent des rejets dans l'eau et le sol, le drainage acide et le lessivage des métaux ont des répercussions négatives significatives sur la qualité de l'eau et l'écosystème, principale source de vie des populations dans les pays en développement, plus précisément ceux de la zone CEMAC.³ Des tonnes de gravats et autres déchets biologiquement non dégradables sont déversées dans la nature, rendant la terre impraticable et impropre à toutes activités agricoles, principale activité vivrière des populations rurales dans ces pays d'Afrique centrale. Avec les exploitations minières artisanales (EMA) les terres sont sacrifiées; l'air est continuellement pollué ce qui cause des infections respiratoires pour les populations vivant dans les zones minières. Plusieurs enquêtes faites dans les zones où sont pratiquées les EMA prouvent que dans le sang des enfants résidant tout autour des exploitations minières il y a du plomb, du zinc, et d'autres métaux.

Au regard de ces dernières conséquences causées par une négligence accrue des parties bénéficiaires de l'exploitation minière en zone CEMAC, j'ai décidé de travailler sur « les enjeux économiques des contrats miniers et la criminalité environnementale en me focalisant sur le cas des contrats miniers dans la sous-région CEMAC».

Ma recherche tourne autour de trois questions, notamment : comment établir la responsabilité juridique environnementale des entreprises minières exploitant dans les pays en développement? La mise en place d'une justice d'exception (pour l'activité minière dans les pays d'Afrique centrale) formée par le pays d'origine des sociétés minières et leur pays d'accueil; et enfin la mise en place d'un mécanisme d'application des jugements ou sanctions émanant de cette juridiction.

Les visions de l'interdisciplinarité au moment de la conception du projet. Du début de la conception de mon projet jusqu'à ma première présentation au séminaire sur l'interdisciplinarité, je n'avais pas vu réelle-

3 Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale, elle regroupe 6 pays, à savoir le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad. Elle se donne comme mission de promouvoir un développement harmonieux des États membres dans le cadre de l'institution d'un véritable marché commun. L'actuelle CEMAC est née des cendres de l'ancienne UDEAC l'Union Douanière et Économique de l'Afrique Centrale (UDEAC), précédée par l'Union Douanière Équatoriale (UDE), <http://www.cemac.int/apropos> (consulté le 28/09/15).

ment l'importance de faire appel à la pratique interdisciplinaire. Comme tout juriste l'adhésion au paradigme dominant était inévitable.

Pour ce faire, je prévoyais de présenter la réglementation environnementale existante ainsi que les recommandations d'experts sur les exploitations minières; de les appliquer aux faits se produisant, dans des pays de la zone CEMAC ; de montrer le réel impact de la protection juridique de l'environnement sur les objectifs économiques des sociétés minières ; et, enfin, de présenter l'importance d'adapter enjeux économiques et la réglementation de la protection environnementale. Avec un tel plan où le positivisme juridique avait son honneur sur le tapis, j'étais convaincu de faire un travail appréciable. Cependant, après le séminaire sur interdisciplinarité, au fond de moi jaillit une envie de produire un travail remarquable; utile; innovateur et transformateur. Alors, comment y parvenir?

Après avoir assisté à la présentation de certains collègues au séminaire, ceux qui réussissaient l'exercice avaient des projets très innovateurs et transformateurs, ils avaient tout simplement compris comment être réflexifs. Il a donc fallu que je fasse une lecture approfondie des textes du recueil de cours, des retours condensés de cours; travailler sur mes échecs de l'exercice de réflexivité souligner par Mme Violaine Lemay dans ses observations sur mes copies pour appréhender le vrai objet de l'interdisciplinarité et ses apports remarquables à mon projet de thèse.

Les raisons initiales du rejet de la monodisciplinarité. Avec la monodisciplinarité mon projet aurait été général et non innovateur; aujourd'hui, je suis convaincu qu'avec le choix de cette-ci, mon travail n'aurait été qu'une simple application des règles environnementales existantes, et je pense sincèrement qu'on n'a pas besoin d'une thèse à ce sujet! Vraisemblablement, je n'aurais pas fait d'une différence entre ce que doit faire un doctorant et un étudiant du premier cycle, une chose est sûre : si j'avais fait ma thèse en procédant ainsi, j'aurais pu faire croire à plus d'un que la première année en droit à l'université suffit pour présenter une thèse.

Par ailleurs, sans usage de l'interdisciplinarité, je n'aurais pas pu faire une fragmentation conceptuelle propre aux domaines autres que le droit, ni faire un transfert de connaissances et d'habiletés entre les différents domaines touchant mon sujet, ni intégrer les savoirs autres que le droit pour trouver des hypothèses sur les questions spécifiques de mon projet.

Finalement, j'ai choisi de faire de l'interdisciplinarité parce que mon projet exige une méthode personnelle de collecte de données. De plus, seule l'interdisciplinarité me permettra de développer des habiletés cognitives supérieures comme la pensée critique utile dans mon travail pour exposer la caducité des mécanismes de protection de l'environnement dans les pays de la zone CEMAC, comme l'esprit de synthèse et d'intégration des savoirs de différents domaines qui me sont utiles; enfin grâce à l'interdisciplinarité, je vais facilement développer la compréhension des concepts difficiles et la mémoire conceptuelle.

Choix de la définition de l'interdisciplinarité dans la littérature qui m'inspire le plus. Le concept de l'interdisciplinarité fut inventé par le sociologue Louis Wirtz et publié pour la première fois en 1937. Depuis, différentes définitions de ce concept ont été proposées, celle qui m'inspire le plus est celle de Gusdorf.

En effet, il exprimait sa conception de l'interdisciplinarité en ces termes : «Le thème de l'interdisciplinarité apporte une composante nouvelle. Le mot inter n'indique pas seulement une pluralité, une juxtaposition; il évoque un espace commun, un facteur de cohésion entre des savoirs différents».⁴

Mon concept de l'interdisciplinarité se rapproche de cette définition parce qu'elle est marquée par une volonté commune à plusieurs disciplines notamment la protection de l'environnement, la science de l'environnement, l'analyse économique du droit, le droit des contrats, le droit des entreprises, le droit de la santé publique... Grâce à l'interdisciplinarité je vais à la fois instruire les chercheurs des autres domaines scientifiques comment adapter leurs travaux pour réduire la criminalité environnementale avec l'appui suivi juridique de l'activité minière, et me renseigner comment faire, sur le plan technique, l'exploration minière de sorte que les retombées économiques très nécessaires pour le développement des populations de cette zone ne sont pas freinées.

Par ailleurs, cette définition a aussi attiré mon attention parce qu'elle souligne un fait qui m'a permis de comprendre ce qu'est concrètement l'interdisciplinarité «la cohésion entre différents savoirs». Avec l'interdisciplinarité, chaque savant accepte de faire un effort hors de son domaine et de son langage technique pour s'aventurer dans un domaine qui n'est pas le sien. Ainsi, les juristes vont pouvoir s'enquérir de la vraie réalité de la

4 G. Gusdorf, «Réflexions sur l'interdisciplinarité», *Bulletin de psychologie*, 43 (1990) 869, à la page 872.

dangerosité de certaines pratiques scientifiques et économiques afin de mettre en place des dispositions qui préservent l'intérêt de chacun.

Enfin, je pense que cette définition convient à une recherche en sciences humaines, car elle désigne un bouleversement qui hier n'était pas envisageable; elle traduit en quelques mots l'évolution culturelle des réalisations des chercheurs ainsi qu'un régime de cogestion dans la recherche.

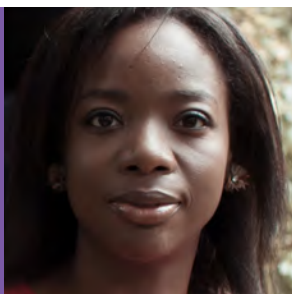
Bilan et prospective. En sus, après avoir fait de l'interdisciplinarité l'objet de ma présente réflexion, j'ai pu jauger mon grand effort de réflexivité et c'est un grand soulagement parce qu'il y a deux mois cela m'était impossible. Avec la présente réflexion, j'ai pu me voir réfléchir, et, en toute conscience, je pense que cette étape est très importante pour tout chercheur en droit qui comme moi a du mal à comprendre concrètement ce qu'est la réflexivité malgré son désir d'utiliser l'interdisciplinarité dans son projet.

La réussite d'une épreuve repose sur la compréhension de son objet. Voilà pourquoi je suggèrerais à tous les chercheurs de faire cet exercice, en respectant les mêmes étapes exposées ici afin de comprendre ce qu'est réellement l'objet de l'interdisciplinarité.

Enfin, comme je l'ai précisé plus haut, il y a plusieurs définitions du concept de l'interdisciplinarité. En trouver une qui vous inspire le plus et procéder en conséquence est une excellente manière de vous enquérir de l'objet de cette activité réflexive.

Pour une nouvelle approche dans la régulation des relations économiques entre le Canada et l'Afrique

Les tribulations d'un choix de paradigme



ABIKÈ YACOUBOU-CHABI YO

Titulaire d'une Maîtrise en droit international économique (Master 2 Recherche de Droit des relations économiques internationales et communautaires, Université Paris Ouest Nanterre la Défense (UPX), France), Abikè Yacoubou-Chabi Yo est doctorante en droit à l'Université de Montréal (UdeM). Son projet de recherche porte sur une nouvelle approche dans la régulation des relations économiques entre l'Afrique et le Canada. Parallèlement à ses études doctorales, elle est avocate, membre des Barreaux de Paris et de Montréal. Elle conseille des organisations internationales au sein du Cabinet Bionomos et du Centre de Droit International du Développement Durable (CIDD).

» abike.yacoubou@umontreal.ca

RÉSUMÉ

Le présent article pose des bases essentiellement méthodologiques afin de prévenir des difficultés dans la préparation d'une thèse en droit international économique. Il s'agit principalement d'un témoignage sur l'évolution d'une méthode d'analyse juridique adoptée du premier cycle d'études en droit jusqu'à présent. Pour souligner l'expression selon laquelle « les raisons du droit se trouvent hors du droit », ce papier tente d'évaluer les différents paramètres interdisciplinaires qui sont favorables à une analyse du droit des relations économiques afro-canadiennes. L'objet de ma thèse correspond aux défis auxquels le Canada veut actuellement faire face sur le continent africain. En adoptant une approche nouvelle dans l'analyse de ces relations économiques bilatérales, je tente de poser les fondements juridiques d'une intégration efficiente entre l'Afrique et le Canada tout en prenant en compte les diversités culturelles existantes.

TABLE DES MATIÈRES

1. Origine et choix d'une thèse en droit international économique	86
2. Réflexes méthodologiques dans une thèse en droit international économique	87
3. Projet de recherche et vision de l'interdisciplinarité dans une thèse en droit international économique	87

Le présent article s'articule en trois parties. D'abord, j'explique brièvement les raisons de mon choix d'objet d'étude (Partie I). Ensuite, j'expose mes réflexes méthodologiques que j'adopterai tout au long de ma recherche et mon type de questionnement en vue de mieux répondre à ma problématique initiale (Partie II). Enfin, je présente mon projet de recherche tout en expliquant pourquoi les approches systémale et pluraliste sont dominantes et démontre ainsi l'importance d'une méthode socio-anthropologique (Partie III).

1. Origine et choix d'une thèse en droit international économique

Mon objet d'étude porte sur une nouvelle approche dans la régulation des relations économiques entre l'Afrique et le Canada. J'ai choisi de traiter ce sujet, naturellement, du fait, non seulement, de ma nouvelle terre d'accueil qu'est le Canada, mais aussi, en raison de mes études antérieures, de mon parcours professionnel et surtout, de mes origines. Je suis née au Bénin, j'ai grandi en Côte d'Ivoire et en France. Les questions touchant les relations entre les pays du Nord et du Sud m'ont toujours intéressées, notamment, durant mes études en France, en droit international. Titulaire du *Master 2 Recherche de Droit des relations économiques internationales et communautaires*, mon parcours académique ainsi que mon expérience professionnelle m'ont aussi permis de développer une pratique en droit des affaires et en droit international. Actuellement, à Montréal, en qualité d'avocate au sein du Cabinet Bionomos et en tant que chargée de recherche au Centre de Droit International du Développement Durable (CIDDD), je conseille des organisations publiques régionales européennes et africaines. J'ai également eu la chance de joindre des divisions juridiques de l'Organisation des Nations Unies (ONU)¹, au sein desquelles, j'ai mené des études en droit international public et conseillé les États membres.

Au lieu de choisir des questions juridiques de nature économique, touchant la France et l'Afrique, j'ai plutôt décidé de me positionner sur un dialogue canadien et africain considérant ma pratique actuelle au Québec au sein du Barreau montréalais. En outre, à la différence des relations économiques entre la France et le continent africain, le « tête-à-tête » juridique afro-canadien est surtout inconnu aujourd'hui. En effet, depuis peu,

le Canada se positionne comme un partenaire privilégié de l'Afrique, une préoccupation récente soulignée dans un rapport du Sénat canadien, en date du 6 février 2013². Ce rapport indique les retombées économiques importantes en 2011 du commerce bilatéral canadien avec le Nigéria (2,7 milliards de dollars en 2011, une augmentation de près de 44 p. 100 par rapport à 2010) et le Ghana (environ 322 millions de dollars, une hausse de 61 p. 100 par rapport à 2010). Le document ajoute qu'un partenariat afro-canadien contribuera à la durabilité de l'économie africaine et créera des débouchés pour les jeunes africains et canadiens. Bien qu'intéressante, la démarche canadienne s'inscrit dans une approche classique des relations économiques Nord-Sud. Dans la présente recherche, il s'agira de déterminer dans quelle mesure les relations économiques et commerciales entre l'Afrique et le Canada pourraient s'inscrire dans une démarche plus moderne qui prend en compte les préoccupations non seulement des États africains mais aussi, au niveau local, des communautés.

En pratique, l'intérêt canadien de s'ouvrir aux marchés africains en pleine croissance (Rapport économique sur l'Afrique, Nations Unies, 2013) se traduit dans divers instruments juridiques que le Canada a négociés ces dernières années avec les pays africains. On peut notamment citer les accords de coopération en matière de commerce et d'investissement avec l'Afrique du Sud (1998), les accords de promotion et de protection des investissements étrangers (APIE) avec l'Égypte (1997) et la Tanzanie (2013) ou les APIE signés en 2014 avec le Bénin, le Cameroun et le Nigéria, sans compter la dizaine d'APIE en cours de négociation avec les pays membres de l'Union Africaine (UA). Cependant, ce bilatéralisme économique n'est pas à l'avantage de ces pays et de leurs communautés locales et autochtones.

Le projet de recherche ambitieux alors de jeter les bases d'un modèle alternatif de coopération économique entre le Canada et les pays membres de l'UA. En mobilisant des ressources en droit international privé et public, cette thèse tentera de proposer une nouvelle approche pour une meilleure régulation économique future. Plus précisément, il s'agira de mettre l'accent sur l'importance et la nécessité de prendre en compte le respect des diversités socio-culturelles des pays africains partenaires économiques du Canada.

1 Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO).

2 Travaux parlementaires canadiens, *Les partenariats économiques du Canada—Le Nigéria et le Ghana*, 41^e Lég. 1^{ère} Sess, vol 148:134 (Ottawa : 6 février 2013), en ligne : http://www.parl.gc.ca/Content/Sen/Chamber/411/Debates/134db_2013-02-06-f.htm#5 (consulté le 06/03/2014).

2. Réflexes méthodologiques dans une thèse en droit international économique

À la lecture de l'ouvrage du sociologue et épistémologue Jean-Michel Berthelot³, le doctorant en droit comprend qu'un projet de recherche doit impliquer nécessairement des techniques ainsi que des méthodes de recherche. En effet, à la différence d'« une approche floue et souvent idéologique », il s'agit, selon J.-M. Berthelot, d'une « entreprise raisonnée et méthodique d'analyse et d'interprétation » ou d'un « programme de recherche »⁴.

D'une part, suivant cette méthode, je dois mettre en avant dans ma thèse de droit une problématique de recherche ainsi que le mode de connaissance qui lui convient. Cette démarche permet de présenter des exemples pertinents pour mieux comprendre l'objet de ma recherche. Les conditions de ce programme sont d'abord intellectuelles et morales, puis matérielles et enfin techniques et institutionnelles⁵. Par exemple, afin de soulever les difficultés actuelles concernant la régulation des relations économiques entre le Canada et les pays africains, j'adopterai une méthode descriptive et analytique (méthode qualitative). Il s'agira principalement d'étudier, d'abord, les accords bilatéraux existants tout en dressant la liste des dysfonctionnements pour pouvoir proposer, ensuite, un mode alternatif de régulation internationale.

D'autre part, l'auteur explique la construction d'un savoir scientifique à travers l'étude de plusieurs courants du XIX^e siècle, soit l'enquête sociale de Frédéric Le Play, l'engagement sociopolitique d'Alexis de Tocqueville et la sociologie scientifique d'Auguste Comte ainsi que d'Herbert Spencer. Par exemple, j'utiliserai des données empiriques pour souligner les problèmes juridiques relatifs aux accords bilatéraux. Il s'agit d'une analyse sociologique, impliquant notamment une méthode scientifique quantitative, qui est déterminante pour comprendre le lien entre le fait social (contexte particulier africain) et le droit (état des règles internationales). En effet, mon projet de recherche mettra l'accent sur des spécificités socio-culturelles africaines importantes pour mieux réguler les relations entre le Canada et les pays africains. Néanmoins, la méthode

scientifique comtienne qui consiste en une valorisation de la méthode empirique est, selon Berthelot, une démarche purement positiviste qui a une fragilité épistémologique ayant pour conséquence un usage non critique mais quasi obsessionnel des faits et le rejet de tout appel à l'essence des choses⁶. Des périls, que je dois à tout prix éviter à ce stade de mon projet de doctorat.

Ainsi, l'examen des relations bilatérales afro-canadiennes requiert une réflexivité, la prise en compte d'autres sciences ainsi que l'affranchissement d'une neutralité axiologique acquise dès la première année en droit.

3. Projet de recherche et vision de l'interdisciplinarité dans une thèse en droit international économique

D'une part, l'approche la plus pertinente qui soutient ma problématique de recherche et qui me permet de répondre et de préparer son cadre théorique, est l'analyse systémale⁷. En effet, l'analyse systémale, du croisement entre systémique et structurale, s'inscrit dans le courant des théories interprétatives. Selon Andrée Lajoie, il s'agit en réalité de la combinaison de la pensée de Gérard Timsit, fervent défenseur de ladite étude (question de la surdétermination et de la transgression), de l'herméneutique de H.-G. Gadamer (problématique de la fusion des horizons) et de la rhétorique de C. Perelman (notion des différents auditoires). Dans le *programme 95/98*, A. Lajoie, R. A. Macdonald, R. Janda et G. Rocher définissent « théories et émergence du droit » à partir, non seulement, de leurs conceptions différentes, mais aussi, de leurs postulats communs. Tout en rappelant que la théorie s'est développée en France, avec la collaboration de G. Timsit, les auteurs s'attardent sur des questions - qui déterminent l'émergence de normes et de droits, ou bien, le surgissement de règles - polarisées autour de trois thèmes principaux, à savoir, le pluralisme, la surdétermination et l'effectivité. Par ailleurs, G. Timsit s'intéresse au processus d'accès aux normes, c'est-à-dire, leur juridicité ou leur signification comme outils pour décoder une norme ou identifier un certain nombre de processus; l'accès à leur signification, leur

3 Jean Michel Berthelot, *La construction de la sociologie* (Paris : Presses universitaires de France, 1991).

4 *Ibid.*, 6.

5 *Ibid.*, 6.

6 *Ibid.*, 27-28.

7 Andrée Lajoie, « Surdétermination », dans *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, dir. Andrée Lajoie et al (Montréal : Les Éditions Thémis, 1998) *Programme /95-/98*.

compatibilité et leur conformité; et leurs blasons. En outre, G. Timsit va plus loin dans son raisonnement en expliquant l'émergence de ces normes. L'application de l'analyse systémale à mon projet de doctorat portera donc principalement sur un « continuum normatif » et un contexte socio-économique, qui comme dans le raisonnement d'A. Lajoie, s'inscrivent dans une conception plus politique ou plus ouverte du droit. Par exemple, il s'agit de prendre en compte les valeurs sociales et économiques, à savoir, la compétitivité, la concurrence, les investissements étrangers, le développement des pays pauvres, etc. En ce sens, j'analyserai les données d'un marché (ou de plusieurs marchés) canadien(s) et africain(s) ainsi que l'historique se rattachant à ces valeurs économiques. D'autre part, ma thèse portera également sur l'examen de phénomènes qu'intéresse la spécificité juridique des relations bilatérales afro-canadiennes, à savoir, l'économie internationale, notamment, la mondialisation ou les mondialisations au sens de Werner F. Menski⁸.

W. Menski est professeur de droit à l'Université de Londres, en Angleterre. Il enseigne le droit de l'Asie du Sud au sein du programme « droit, multiculturalisme et droits humains interculturels ». W. Menski se focalise notamment sur le droit hindu et le droit familial musulman. Du fait de son expertise, sa démarche d'étendre le multiculturalisme au droit se comprend bien. Afin de mieux appréhender un objet d'étude, l'auteur préconise de suivre une méthode pluraliste. Par exemple, afin de comprendre divers thèmes complexes, tels que la mondialisation, il suggère de faire abstraction de l'approche post-moderne que les juristes ont généralement tendance à appliquer. En effet, la méthode post-moderne ne traite pas sérieusement la notion de mondialisation en tant que phénomène mais comme un simple fait observable. En d'autres termes, pour mieux cerner ce concept, il faut instituer des visions plurielles ou pluralistes du droit. L'auteur se réfère aux analyses juridiques socio-historique et socio-anthropologique qui critiquent les universitaires classiques et les juristes. Ces derniers autodéfinissent des techniques, jouent constamment sur l'exclusion du pluralisme tout en cachant l'intégration de tous les droits et excluent d'autres aspects sociaux et juridiques. Aussi, ils concluent de manière hâtive que les conséquences complexes de la mondialisation sont dues à la modernisation. W. Menski définit alors le concept de *Black Box Theories*. Il s'agit de théories qui étudient les états-nations de façon isolée au lieu de

les considérer de manière globale. Le professeur introduit aussi les notions de *globalized localism*, *localized globalism* et *glocalization*⁹. Autrement dit, il faut penser la mondialisation comme un concept d'interlégalité ou d'interdépendance avec une multivalence. W. Menski précise également que la mondialisation n'est pas un phénomène unique. En effet, ses processus sont historiques, variés et présentent des défis peu ordinaires. Il poursuit son analyse de la mondialisation au regard de la critique de plusieurs courants traditionnellement étudiés par les juristes (le jusnaturalisme, le positivisme, le post-modernisme) qui méconnaissent le phénomène de mondialisation et marginalisent les dimensions sociales du droit. Ici, l'auteur critique le « légocentrisme » et l'« eurocentrisme ». Autrement dit, les juristes, guidés par les conceptions traditionnelles, se focalisent trop sur le rôle central de l'État dans l'élaboration du droit. Ils ont par ailleurs développé, depuis le premier cycle d'études en droit, naturellement et automatiquement une sorte d'ethnocentrisme et d'eurocentrisme pour les juristes européens. De même, le post-modernisme, qui a une méthode similaire au néocolonialisme, insiste sur un savoir universel complètement erroné conduisant au nihilisme, au fatalisme, au pessimisme et à une crise de représentation. Ainsi, le jusnaturalisme et le positivisme devraient prendre en compte la pluralité et la diversité. Il s'agirait, selon l'auteur, d'un idéal ultime.

Au cours de mes premières années de droit en France, j'adoptais, de manière inconsciente, cette démarche positiviste pure et eurocentriste. Afin de mieux comprendre les droits économiques africains et canadiens, j'éviterai donc de tomber dans ce péril ethnocentrique. En somme, la meilleure définition de l'interdisciplinarité que je retiens de mon voyage interdisciplinaire consiste en une « interdisciplinarité de type II », d'après Violaine Lemay¹⁰, selon laquelle « l'interdisciplinarité suppose une mutation épistémologique : une connaissance valide a été construite d'une façon méthodologiquement appropriée (examen rétrospectif), mais une connaissance interdisciplinaire est, en plus, celle qui s'avérera utile dans un contexte donné (examen prospectif) ».

Des tribulations d'un choix de paradigme ont été omniprésentes au début d'un séminaire en interdisciplinarité. Désormais, je saurai comment mieux appréhender mon objet d'étude et éviter les pièges classiques.

9 *Ibid.*, 12.

10 Violaine Lemay, « Quelle interdisciplinarité est la vôtre? Polysémie et polémique » dans *Enjeux universitaires - des profs vous informent* 14 (2012).

8 Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal System of Asia and Africa* (New York: Cambridge University Press, 2006), 3-24.

Power and Corruption in the Concept of Law

A study of the various effects of the positive law
in different cultures based on a realistic
and structured critical inquiry



MARIAN KALDAS

Marian Kaldas (LL.B. Cairo University) (BA in Business Administration American University in Cairo) (LL.M. University of Indiana Robert H. McKinney School of Law). She has worked as a Senior District Attorney in Administrative Prosecution Cairo, Egypt since 2005 and was a member of the legislative committee of the National Council for Women in Egypt. She is currently an LL.D. candidate under the supervision of Professor Violaine Lemay.
» marian.kaldas@umontreal.ca

ABSTRACT

The research mainly seeks to understand the positive law's effect in different cultures. This is to uncover the reason why, for example, the same positive law that fights corruption in Canada leads to different effects here than those found in Egypt. It also aims to identify the kind of available knowledge that render intelligible the particularities of the problem relating to the lack of enforcement of the positive law in Egypt while taking into consideration the applicable social, political and economic context. A comparative study will be undertaken of the effectivity of laws fighting corruption in Canada and Egypt in an attempt to issue recommendations for solving the problem. This aim will be attained while relating each objective to its appropriate methodology.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	90
1. Positivism in its Kelsenian form	91
2. Recourse to interdisciplinarity: Sociology	92
3. Comparative Law	93
Conclusion	94

Introduction

On January 25th 2011, the people of Egypt, galvanized by many years of injustice, corruption and misery, brought forth a cataclysm that left its footprints on the path of History. As an Egyptian resident during this time, I not only witnessed this movement but was also part of it, fully immersed in the political turbulence and ideological upheaval that prevailed. To see people from all walks of life rallying together behind a common cause was at once surreal and deeply heartening. “*Hope has two beautiful daughters; their names are Anger and Courage. Anger at the way things are, and Courage to see that they do not remain as they are.*” – Saint Augustine of Hippo. Inspired by Saint Augustine’s wise words, this turmoil taught me to boldly question corruption, fearlessly condemn injustice and bravely wage war against them. Whether it is in my daily life or at the international level, I must not keep quiet about wrongs but must muster strength and find a creative way to change the way things are.

I completed a thesis entitled, *Corruption in Developing Countries and its Effects on Trade and Investments: A case study about Egypt* which provided insight into the considerable impact that government has. This revealed to me that the presence of laws is not nearly as important as their application. Occupying a position of influence *vis-à-vis* the law instilled in me a sense of responsibility for the conditions in which public administrators operate. While many volumes have been written on the subject of corruption, few authors have been able to witness its effects firsthand.¹ As an administrative prosecutor in Egypt, I did indeed have the dubious privilege of experiencing these effects, especially in the months following the events of the 2011 Egyptian Revolution.

My first priority in pinpointing corruption and increasing accountability and public trust is to put in place mechanisms that will enable consistent and thorough application of laws and regulations within the public service. Careful legislative review that takes into consideration the effectivity of the law as informed by a comprehensive comparative study will be necessary for the protection of the integrity of public officials and to reinforce the work of honest administrators in an attempt to fight corruption at the grassroots level.

1 Arnold J Heidenheimer, *Political Corruption; Readings in Comparative Analysis* (New York: Holt Rinehart and Winston, 1970).

My preliminary research indicated that experts in the field of corruption have traditionally viewed Kleptocratic malfeasance as a principal-agency problem, and that legislative responses have been designed on this basis. However, scholars such as Persson, Rothstein and Teorell have recently suggested that this is a collective action problem.² Under the latter theory, systemic corruption thrives even where actors are fully aware of the damage done to political, societal and economic systems in the process. This is grounded in a lack of trust in both government institutions and fellow citizens, and it impairs any incentive for enforcement of such laws that may exist. Such an alternative theory, if valid, would require a fresh assessment of the problem. This is one of the goals of the research project.

In addition, jurisprudential philosophies of justice, freedom and accountability are grounded in the relevant political and economic processes.³ Thus, in prosperous societies, terms such as “rule of law” and “criminal conduct” may have substantially different meanings than in a weakly structured state. It is necessary to consider notions of distributive justice as compared with efficiency principles as well as retributive and procedural (or legal) justice. In addressing the problem of corruption on comparative basis between Egypt and Canada, a distinction must be drawn between a €20 bribe to a local bureaucrat (Petty Corruption) and massive theft by heads of state (PEP Corruption), i.e. politically exposed persons. The UK paradigm provides a useful benchmark for defining politically exposed persons (PEPs) as a category that includes high-ranking officials

2 Anna Persson, Bo Rothstein and Jan Teorell, “Why Anticorruption Reforms Fail—Systemic Corruption as a Collective Action Problem”, *Governance* 26, no. 3 (2013), 449.

3 A. O Sykes, *Public vs. Private Enforcement of International Economic Law: Of Standing and Remedy* (Chicago, Illinois: Law School, University of Chicago, 2005), 631, http://www.law.uchicago.edu/files/files/235.aos_.standing-remedy.pdf (accessed 2 Jan. 2013). Illinois]; “source”: “Open WorldCat”; “event-place”: “[Chicago, Illinois]”; “abstract”: “This paper develops a positive theory of the rules regarding standing and remedy in international trade and investment agreements. In the investment setting, the paper argues that a central objective of investment treaties is to reduce the risks confronting private investors and thereby to lower the cost of capital for capital importing nations. This objective requires a credible government-to-firm commitment (or signal

as well as family and close associates.⁴ The distinction is important both for theoretical reasons and comparative analysis purposes. In addition, while international solutions may be applied in the case of PEPs, they are inappropriate in the local context.

A number of indices promulgated by development and watchdog agencies such as the Financial Task Force and the Fund for Peace and Transparency International show that corruption is, indeed, worse in emerging states like Egypt. Assuming that they are correct, how can this be explained? Where does it start? Is the existence of national positive law enough to fight against corruption or is it paramount that there are effective enforcement mechanisms in place? Root causes to be considered here include: the absence of the rule of law; crumbling public infrastructures; hierarchical, as opposed to horizontal, societies; and the absence of enforcement mechanisms.

In light of the above, my research will aim mainly to answer the following questions: If one considers that the same positive Law structure can produce different effects according to the social, cultural, economical and political context in place, how does the historical element of the sociocultural and/or the geopolitical order in Egypt allow one to understand the particularities of the problem of the lack of positive law enforcement in Egypt? How will a comparison between the situation in Canada and Egypt based on a structured comparative approach lead to a better understanding of the effectivity of the law as a function of the national context?

In addressing the problem of corruption, and before starting my studies in the methodology seminar, I thought that the law could solve everything and that to answering the research questions I would only have recourse to positivism in its Kelsenian form. Moreover, I incorrectly thought that integrating another method with such positivism does not necessitate separating their objectives. Having realized that the research objectives in question cannot be reached without the researcher being conscious of what she is doing, in other words being reflexive and addressing the inquiry in its proper context, I decided to allocate the appropriate methodology as assigned by the chosen discipline to each objective.

4 Doug Hopton, *Money Laundering a Concise Guide for All Business* (England; Burlington, VT: Gower Pub.; Ashgate Publisher, 2009), <http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=446447> (accessed 12 Jan.2013).

1. Positivism in its Kelsenian form

For a jurist, positivism is the usual way of proceeding, to the point that it does not even need to be justified – it seems to be applied automatically. This concept is more tangible in countries like Egypt where legal innovations are not clearly defined as a perceived goal.⁵ For Positivists,

Law was a set of rules posited by the constitutionally valid ruler. This view of law became all consuming in that both theory and practice were swallowed up by a science, which saw as its object only the written manifestation of the will of the legislator. Knowledge of the law thus became knowledge of the sources of law.⁶

In reviewing the sources of law in Egypt I discovered that the established law does not dictate precise enforcement mechanisms to fight corruption. This does not mean that corruption is not prohibited in Egypt, but that the sanctions are not enforced. To the contrary, Watson Alan argued that knowledge of a legal system is not limited to its rules, but it is knowledge of the way in which the system is structured.⁷ This conclusion directed my research to another sub-question, specifically: what tools of the law can contribute to produce the desired effects in fighting corruption in a given culture? This stemmed from the idea that:

Law is a cognitive process that might pretend to be founded upon propositional knowledge (rules) applied objectively to factual situations via the logic of syllogism, but in truth it is decision making process that is rooted in the values and beliefs of those who make the

- 5 Thomas S. Ulen and Nuno M. Garoupa, “The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States,” *Rochester, NY: Social Science Research Network*, 22 March 2007), <http://papers.ssrn.com/abstract=972360> (accessed 15 Feb. 2014).” plain-Citation”:”Thomas S. Ulen and Nuno M. Garoupa, “The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States,” SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, March 22, 2007
- 6 Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law, Applied Legal Philosophy* (Aldershot, Hampshire: Ashgate, 2003), 30.
- 7 Alan Watson, *Roman Law & Comparative Law* (Athens: University of Georgia Press, 1991), 40.

decisions. And these values and beliefs are in turn determined by a whole range of social, political and psychological factors.⁸

Thus, the research question would not find its answer in positivist methodology, because the presence of the law is not synonymous with its application. Accordingly, the main inquiry will be: if one considers that the same positive law structure can produce different effects according to the social, cultural, economical and political context, how does the historical element of the socio-cultural and/or geopolitical order in Egypt allow to one to understand the particularities of the problem of the lack of positive law enforcement in Egypt? The challenge I faced here is that a “pure theory of law” does not take into account sociology, economics, political science and other fields *deemed* external to the legal science. At this stage, I became conscious that I could not answer the research question if I elected to rely solely on Kelsenian positivism. I have to admit that although this discovery helped me to find the proper methodology for approaching the research question, it was destabilizing for me as it took me out of my comfort zone, namely the exclusive application of a positivist methodology. Here started my journey with interdisciplinarity.

2. Recourse to interdisciplinarity: Sociology

Since I am aware that the research question will not find its answer in the dominant paradigm, i.e. positivism, a large part of the research will be dedicated to the study of sociology of law on a comparative basis. The choice of an interdisciplinary approach is not meant to undermine the values of the positive law but,

[r]ather to criticize those values in the name of more egalitarian sensibilities [...] as an antidote to, or an escape from legal world [...] has become all too technocratic and divorced from any human values saved economic efficiency [...]”⁹

The challenge here will be to define the objectives clearly and to employ the proper methodology as dictated by the chosen discipline in each respect. Violaine Lemay

⁸ Samuel, *supra* note 8 at 31.

⁹ Jack M Balkin and Sanford Levinson, “Law & the Humanities: An Uneasy Relationship”, *Daedalus Daedalus* 135, no. 2 (2006), 186.

and Benjamin Prud’homme explained the importance of respecting the methodology of the “other discipline” when arguing that

Découvrir la méthode de l’Autre, sa légitimité et sa beauté heuristiques potentiellement complémentaires et d’égale dignité savante c’est l’antidote parfait à l’impression de se croire seul détenteur de la façon d’approcher le monde. Et c’est simultanément une impulsion efficace vers la réflexivité, soit vers une conscience accrue de la façon donnée dont chaque personne approche le monde.

However, I am totally aware of the difficulties that I will face when conducting the research from interdisciplinary approach and not relying totally on positivism.

For Lemay, “[l]’interdisciplinarité nest pas un mélange des genres. Elle est mouvement de va-et-viens entre deux univers scientifiques aux frontières bien définies et aux méthodologies clairement distincts [...] En tant que relation interculturelle, elle est tout sauf facile à pratiquer.”¹⁰

I also know that for me, “[l]a corruption est tout sauf facile à tolérer”. Approaching my research from a law and sociology context and methodology (sociology of the law) will help me to develop an external view of the law and to understand the law in action - especially given that the social, economic and political changes that followed the 2011 revolutions cannot be ignored. I noticed that in the most recent few years post revolution, there were many attempts to draft new laws and regulations but these mostly failed to fulfill peoples’ need for a better managed public service and the enforcement of public official integrity in fighting corruption. After taking the methodology course I realized that in respect of this particular question raised by my research, I needed to guard against duplicating the same mistakes and falling into the same trap - in other words, proceeding to find unrealistic and isolated answers to the legal question by ignoring the social context. In following this approach I know that I am not undermining the role of the law in regulating the problem of corruption. To the

¹⁰ Violaine Lemay, “La propension à se soucier de l’Autre : promouvoir l’interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile” in *Au miroir des disciplines réflexions sur les pratiques d’enseignement et de recherche inter- et transdisciplinaires = Im Spiegel der Disziplinen: Gedanken über inter- und transdisziplinäre Forschungs- und Lehrpraktiken*, ed. Frédéric Darbellay & Theres Paulson (Berne: Peter Lang, 2011), 37.

contrary, I am trying to work towards its ultimate benefit by approaching the research question from a legal sociology perspective.

Attaining the desired objective with my research project requires that a comparative approach be followed. Roger Cotterrell argues that comparative law and legal sociology can be closely interrelated as interpretive methods; he disagrees with the presupposition that the positivist method will continue to dominate in both disciplines.¹¹

3. Comparative Law

In the beginning of my studies I thought that undertaking a structured comparative analysis of the law in Canada and Egypt would fill the gap and that an attempt to transpose to Egypt Canadian legal rules and legal experience would solve an important part of my research project. However, I found out that it is actually relying purely on the positive law and ignoring the presence of other laws and other factors that might clearly interfere in the enforcement of anti corruption mechanisms which constituted the real gap that needed to be filled in order to answer the research question. These other laws and factors must be taken into consideration in an attempt to achieve an improved respect for the rule of law as dictated by the state. I am convinced of Werner Menski's proposal of a "methodological approach that integrates the social and ethical elements of the law into a necessarily legal analysis to understand the pervasive role of law in its various social contexts."¹² Comparative law is vital to this research in order to make intelligible the variations in law's effectivity in its national context. Cotterrell explains that legal sociology can assist comparative law by allowing it to "observe and interpret the changing economic and social contexts of regulation."¹³ This notion is vital to the comparatist's work because separating the law from its social context is like detaching it from its identity and its *raison d'être*. Therefore, the question here will be how a comparison between the situation in Canada

and Egypt will from a structured comparative approach lead to a better understanding of variations of the law's effectivity as a function of the national context. Zweigert and Kötz assert that "legislators all over the world have found that on many matters good laws cannot be produced without the assistance of comparative law, whether in the form of general studies or of reports specially prepared on the topic in question."¹⁴

Since there are many attempts to fight corruption in Canada, greater access of information will moreover give me a clearer picture for the purposes of the comparison. Therefore, comparative law enlarges the scope of the study, proposing an improved understanding and better solutions to the studied research subject. Scholars explain that "Comparative law is an *'école de vérité'* which extends and enriches the 'supply of solutions' and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the 'better solution' for his time and place".¹⁵ Since my main objective can be summarized in one simple phrase - namely, finding a better solution for improving and enhancing the enforcement mechanism to fight corruption in an attempt to limit these eroding phenomena -no better approach could be proposed. According to Legrand,

*[...] un droit s'inscrit inéluctablement dans une culture juridique. Pour vraiment connaître l'état du droit relativement à un quelconque problème, il est requis d'en analyser les soubassements culturels en se rappelant aussi que "toute culture est imprégnée de droit jusque dans ses assises."*¹⁶

A comparative study will be employed in order to understand variations in the application of the law, while remaining conscious of the ethnocentrism problem inherent in the study of foreign law. Scholars as Legrand explain that a certain degree of ethnocentrism is inevitable: "*un ethnocentrisme a minima rest inevitable, car le juriste ne peut tout simplement se reinventer de part en part.*"¹⁷ Meanwhile, an important part of finding a solution to the problem of ethnocentrism is being aware of it. Accordingly, the main objective of adopting a comparative

11 Roger Cotterrell, "Seeking Similarity, Appreciating Difference: Comparative Law and Communities" *WG HART LEGAL WORKSHOP SERIES 4* (2002), 43.

12 Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context : The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 15.

13 Cotterrell, *supra* note 13 at 38.

14 Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* (New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1998), 15.

15 *Ibid* at 15.

16 Pierre Legrand, *Le droit comparé* (Paris: Presses universitaires de France, 2009), 5.

17 Pierre Legrand, *Comparer les droits, résolument* (Paris: Presses universitaires de France, 2009), 216.

study is to improve legal understanding and knowledge while taking into consideration the Other. Therefore I need to undertake a hermeneutic interpretation of the text while being reflexive in order to understand myself and my prejudices, so that I can work on them to better understand the foreign legal system studied in its own social context in order to attain the desired results.

Conclusion

As I am aware of the complexity of the problem of corruption and its ambiguity, a structured comparative study to examine the effectivity of the law will help unveil the reasons why there is remarkable difference between the enforcement of the law in Egypt and Canada. Examining each legal system in its social context while being aware of the problem of ethnocentrism will help me to formulate realistic findings and propose practical reforms.

Apprendre à se méfier de ses réflexes méthodologiques et savants



MANI ALLAMEHZADEH

Ayant obtenu une licence en droit civil de l'Université d'Ottawa et une maîtrise en droit de l'Université Laval, Mani Allamehzadeh poursuit ses études doctorales à l'Université de Montréal. Son principal domaine d'intérêt est la procédure civile.
» mani.allamehzadeh@umontreal.ca

RÉSUMÉ

L'analyse du droit requiert bien souvent du chercheur juriste de sortir du cadre strictement positiviste comme approche au droit. L'interdisciplinarité est un moyen efficace d'y parvenir. Par contre, il importe d'éviter les écueils inhérents à une telle activité. Le défi consiste notamment à cesser d'agir en juriste lorsque la question posée n'exige pas une telle approche.

TABLE DES MATIÈRES

Devenir juriste	96
1. Par-delà le positivisme	96
2. Réflexes de juristes	97
3. Apprentissages du doctorant	97
Conclusion	98

Devenir juriste

Toute personne qui se lance sur le chemin des études juridiques se fait une certaine idée du droit, de la loi et de la justice. Ces représentations nourrissent le désir des étudiants de continuer dans cette voie.

Pour ma part, c'est galvanisé par ces symboles que j'ai débuté mes études en sciences juridiques à l'Université d'Ottawa, où j'ai obtenu une licence en droit civil. J'ai atteint les objectifs de ce programme : apprendre le droit positif québécois et canadien et devenir apte à le mettre en relation avec des faits observés.

À terme, je peux dire que la candeur qui caractérisait ma perception des sciences juridiques et de la profession d'avocat s'était altérée : première prise de conscience épistémologique. Dès lors, le droit, la loi et la justice avaient pris une toute autre consonance.

Suite à mes études en droit civil, j'ai suivi la formation professionnelle de l'École du Barreau du Québec. Ainsi, j'ai effectué un stage de six mois à Dubaï, aux Émirats arabes unis, dans le domaine du droit de l'immigration, mais aussi en droit des affaires et en droit civil, ce qui m'a permis, pour la première fois, de mettre en application mes acquis positivistes. Après être devenu membre du Barreau du Québec, j'ai continué à œuvrer dans ces domaines.

J'aurais pu continuer à exercer l'honorable profession de juriste et à appliquer les acquis pragmatiques obtenus durant ma formation professionnelle. Mais tel n'a pas été mon choix.

1. Par-delà le positivisme

Durant ma pratique, j'ai eu la chance de pouvoir côtoyer les « clients » et directement faire face à leurs revendications particulières. Cela m'a conduit à réfléchir sur le rôle de l'avocat. Pourquoi les personnes font-elles appel à ces derniers? La vocation de cette pratique n'est-elle pas de régler les litiges, les problèmes; et si c'est le cas, quelle est la manière la plus efficace d'y arriver?

Mon expérience sur le terrain m'a mené à conclure qu'au-delà de la loi et du droit, les relations interpersonnelles et la psychologie en général jouent un rôle primordial dans les différends et par conséquent, dans leurs résolutions. Deuxième prise de conscience épisté-

mologique : les sciences sont indissociables; on ne saurait être un avocat efficace en ne faisant appel qu'à des qualités liées à la connaissance du droit positif.

C'est ainsi que j'ai entamé des études de deuxième cycle, cette fois dans la capitale québécoise, à l'Université Laval. Mes intuitions étaient claires et je n'en ai pas démordu. Je voulais faire une recherche sur l'incorporation de la psychologie en droit civil québécois. Je n'étais alors pas tout à fait conscient de la tâche qui m'attendait.

Tout d'abord, trouver un directeur ou une directrice de recherche a été difficile car les éminents professeurs de la faculté de droit ont eu comme réflexe de dire : « mais je ne suis pas psychologue ». Ainsi, cela prend une grande dose d'ouverture d'esprit et d'humilité pour accepter de faire différemment, de s'éloigner de sa zone de confort. J'ai trouvé en la professeure Sylvette Guillard, une telle personne.

Après le début de mes études de deuxième cycle, il a été question à Québec de réformer le code de procédure civile. Cela a pris forme, tout d'abord dans une « proposition » et ensuite, dans un avant-projet de loi¹. Ce texte me confortait dans mon intuition initiale de me diriger vers l'interdisciplinarité droit/psychologie : j'avais senti l'importance que prendrait l'incorporation de la psychologie –en l'occurrence la psychologie sociale– en droit civil québécois. Récemment, la *Loi instituant le nouveau code de procédure civile*² a été adoptée par l'assemblée nationale du Québec. Ce nouveau code met de l'avant en droit civil québécois les « modes privés de règlement de différends ».

C'est donc avec une grande fierté que j'ai obtenu le grade de maître en droit, suite à une excellente réception de mon mémoire de maîtrise, intitulé « Organisation légale de la médiation extrajudiciaire en procédure civile québécoise : Concordance avec la théorie psychosociologique de l'engagement »³. Et pourtant, malgré ce qui précède et comme nous allons le voir, mes réflexes

1 Gouvernement du Québec, *Avant-projet de loi instituant le nouveau code de procédure civile*, Assemblée nationale, deuxième session, trente-neuvième Législature, 2011.

2 *Loi instituant le nouveau code de procédure*, LQ 2014, c.1.

3 Mani Allamehzadeh, *Organisation légale de la médiation extrajudiciaire en procédure civile québécoise : Concordance avec la théorie psychosociologique de l'engagement*, (mémoire de maîtrise : Université Laval, 2013) (non-publié) [En ligne : <http://theses.ulaval.ca/archimed/meta/30156>], (consulté le 01/06/2014).

de juristes sont restés profondément ancrés dans mon approche des différents questionnements. Il n'est pas si simple de les changer.

2. Réflexes de juristes

Quels sont ces réflexes de juristes? Avant de les dénombrer, il faut souligner qu'ils nous influencent non seulement dans le cadre de l'exercice de notre profession, mais également dans toutes les autres sphères de notre vie. Ce moule que nous avons profondément intégré est la matrice que l'on utilise inconsciemment pour faire face aux questions et dilemmes que nous vivons quotidiennement. Nous l'utilisons tous les jours pour structurer notre pensée et élaborer notre rhétorique.

L'enseignement du droit, comme celle de toute autre discipline, dessert une fonction historique qui lui est propre⁴. En l'occurrence, la formation des juristes soutient l'acquisition d'habiletés professionnelles qui serviront à l'administration de l'État de droit et de l'appareil juridique. Sous sa forme moderne occidentale, elle est caractérisée par une neutralité axiologique, notamment mise de l'avant par Kelsen dans sa théorie pure du droit⁵.

Le juriste est donc formaté dans une situation donnée à épilucher les sources formelles du droit en fonction de la hiérarchie décrite dans la pyramide de Kelsen (constitution, loi, jurisprudence, coutume) et ainsi, nourrir sa rhétorique. Il le fait, sans trop se poser de questions, car cette façon de faire est élevée aujourd'hui au grade de paradigme dominant. Par contre, un travail de réflexivité⁶ nous permet de rendre sa valeur épistémologique propre à cet exercice.

Le défi reste, pour les doctorants en droit, de cesser d'agir en juriste lorsque la question posée n'exige pas une telle approche. Pour ma part, les réflexes de juristes étant

bien ancrés, je suis tombé dans ce piège et continuerai parfois de répondre à ce chant des sirènes. Mais il est possible, suite à un travail d'introspection réflexive, de relever ce défi et de ne pas tomber dans ce panneau.

Remettre en question les préceptes qui fondent les limites de notre pensée, qui la structurent et la développent requiert la plus grande mobilisation des ressources intellectuelles qui soit. Toutefois, rien n'est plus gratifiant, pour un scientifique, que d'y parvenir.

3. Apprentissages du doctorant

Dans son article intitulé « L'avenir du droit et des juristes : trois scénarios »⁷, le professeur Jean-Guy Belley met de l'avant deux défis auxquels font face les membres de la communauté juridique. Le premier défi y est décrit comme celui de la *lucidité épistémique*. « Ce devoir de réflexion lucide sur la culture juridique nous incombe en particulier comme professeurs de droit puisque nous prétendons au statut d'intellectuels plutôt que d'idéologues, puisque nous avons pris le pari de la libre connaissance plutôt que celui de l'obscurantisme ou du dogmatisme »⁸. Le deuxième défi est de « maintenir une solide conscience critique à l'égard de l'usage professionnel et social du droit »⁹. Ainsi, il reviendrait à la communauté juridique de s'assurer que le « capital symbolique du droit » n'est pas approprié par un seul groupe ou sous-groupe social¹⁰.

Dans le cadre de mes recherches doctorales, je prends donc le pari de relever ces deux défis : effectuer une réflexion lucide sur la culture juridique et garder une conscience critique aiguë vis-à-vis l'usage du droit. Voici les questions de recherche :

1. Quelle a été l'évolution de la culture juridique des praticiens du droit au Québec, de la révolution tranquille à nos jours?
2. À l'aune des derniers développements en droit de la procédure civile, assistons-nous à la naissance d'une nouvelle culture juridique?

4 Voir notamment, Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law* (Hampshire / Burlington : Ashgate Publishing Company, 2002) et Sylvio Normad, *Le droit comme discipline universitaire: une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval* (Sainte-Foy, Québec : Presses de l'Université Laval, 2005).

5 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (Boudry-Neufchatel : Éditions de la Baconnière, 1953 et 1988).

6 Le séminaire intitulé « Méthodologie du droit et Interdisciplinarité » offert par la professeure Violaine Lemay à l'Université de Montréal m'a entraîné vers cette prise de conscience.

7 J.-G. Belley, « L'avenir du droit et des juristes : trois scénarios », *Rev. gen. droit*, 30, n° 3 (1999) 520.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 *Idem.*, à la page 521.

Une analyse juridique strictement positiviste ne pourrait convenir à l'étude d'un champ semi-autonome telle que la culture juridique. D'où le choix, derechef, de l'interdisciplinarité (droit/histoire et droit/sociologie). « L'interdisciplinarité constitue la manière la plus spontanée de projeter le juriste au-delà du texte. Quelle que soit la discipline à laquelle on recourt, elle suppose inévitablement le passage de l'étude du *quoi* à celle du *comment* ou du *pourquoi* »¹¹.

De plus, dans le contexte de la réalisation d'une étude lucide sur la culture juridique québécoise, le mariage avec d'autres disciplines que le droit (s'agissant de l'histoire ou de la sociologie) ne peut qu'alimenter la profondeur de la réflexion : « [...], l'ouverture à d'autres méthodes de travail et éventuellement la multiplication des contacts avec d'autres disciplines ne peuvent que contribuer au renouvellement des connaissances sur l'évolution de la culture juridique »¹².

Bref, cette étude ne sera pas positiviste, c'est-à-dire que le droit positif n'aura qu'une valeur relative, fonction de son apport à la trame de la culture juridique québécoise. Cette approche va nous permettre de nous mettre à l'abri de la « posture de certitude » des juristes « impropre à la discussion ou à l'échange intellectuel »¹³. Mais, ce n'est qu'après un travail minutieux de réflexivité que l'on peut éviter le piège susmentionné et ne pas mettre en branle nos réflexes de juristes lorsque la question posée n'est pas une question juridique.

Conclusion

Certains ont cru que la terre étaient plate... il en était ainsi. Pourtant, c'est un paradigme facilement réfutable et réfuté. Apprendre à désapprendre : tout un défi.

Il est très difficile de remettre en question ce que l'on croit savoir, de se remettre en question, car cela nous pousse vers l'insécurité. Mais de l'autre côté de l'océan, il y a un monde de trésors à découvrir! N'ayons pas peur,

doctorants, de larguer les amarres, de faire face à nos frayeurs et d'aller explorer de nouveaux mondes. Bien sûr, il est plus simple de faire ce que l'on a toujours fait, mais le métissage engendré par l'aventure de l'interdisciplinarité n'est-il pas plus grand que l'isolement savant?

11 P. Noreau, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi », *C. de D.* 52 (2011) 671, à la page 696.

12 S. Normand, « L'histoire de l'imprimé juridique : un champ de recherche inexploré », *R.D. McGill*, 38 (1993) 145.

13 « Le juriste dit le droit et ne doute pas. Aussi, confronté au juriste, le philosophe ou le politologue craint toujours d'être pris en défaut de précision ou de clarté; sinon en défaut de certitudes. Nous voilà alors piégés par notre propre discours [...] » : Noreau, *supra* note 11 à la page 690.



**DROIT ET MORALE
INTERDISCIPLINAIRE**

Le Juge vecteur de la moralisation du droit du travail

De l'intuition d'un rôle créateur à une connaissance critique



DJAMILA MONES

Née en Allemagne, élevée en France par une mère française et un père afghan, venue au Canada pour écrire en droit comparé, l'interdisciplinarité et le croisement des savoirs ont toujours été au cœur de ma vie personnelle et intellectuelle. C'est aussi en ce sens que je conçois la recherche ; un carrefour de rencontres savantes. À cela s'ajoute ma passion pour le droit du travail dans toute son ambivalence – un droit aux confins des sciences sociales, de la morale et de l'organisation marchande des rapports de production - qui m'a conduit à travailler pendant 3 ans pour une organisation syndicale.
» monesdjamil@gmail.com

RÉSUMÉ

S'interroger sur l'influence croissante de la règle morale dans les relations d'emploi, manifeste tant dans le contrat individuel (objectifs professionnels sous forme de « valeurs ») que dans des accords collectifs (RSE), devient particulièrement intéressant lorsque ce processus est conduit par le Juge, a priori simple « bouche » du droit. Avec la flexibilisation et la fondamentalisation du droit, celui-ci mobilise des « valeurs » internationales (conventions de l'OIT), mais aussi des règles morales de droit privé (bonne foi, loyauté) dans le rendu de ses décisions. Je veux donc observer le rôle « créateur » du Juge dans un contexte mondialisé, et dans une perspective comparée. Mon travail analysera l'impact de la moralisation sur les relations de travail, dans deux systèmes juridiques cousins historiquement. Ce travail devra me permettre de comprendre les mutations profondes qui sont à l'oeuvre dans le droit du travail contemporain.

TABLE DES MATIÈRES

1. Entre passion du droit du travail et défis universitaires: la délicate construction de mon identité savante	102
2. De la distanciation d'une dogmatique purement positiviste à une production de connaissances relevant du paradigme alternatif	102
3. Perspectives de recherche doctorale : analyser les impacts de la moralisation du droit du travail par le canal judiciaire	103

1. Entre passion du droit du travail et défis universitaires: la délicate construction de mon identité savante

Une surprise : en 2013, je me retrouvais diplômée Juriste de Master 2 Recherche en droit du travail. Ce n'était pas évident. Quelques années plus tôt, en 2008, passionnée par les sciences politiques, j'échouais à l'Institut d'Études Politiques de Paris et me retrouvais, par hasard, en droit. Je me rappelle d'un livre d'introduction au droit que je lisais l'été précédant mon entrée à l'Université. L'auteur interrogeait les rapports de la règle de droit à la Justice et à la morale. Première révélation vite éclipsée par trois années à Paris I-La Sorbonne, où malgré quelques cours de sociologie ou d'histoire du droit, je ne retrouvais plus la flamme initiale qui m'avait animée ; sans compter que tous mes élans critiques et - à l'époque, je ne le savais pas - interdisciplinaires étaient immanquablement frappés de la mention « hors sujet ».

C'est encore une fois par hasard qu'un lumineux professeur de droit du travail, à la fin de ma troisième année de licence, me redonna le goût du droit. Ce coup de foudre véritable pour la matière, les questions sociales qu'elle soulevait et l'immensité des défis à relever, qui devaient passer par des recherches sociologiques ou économiques, m'a conduit à pousser les portes des syndicats français, jusqu'à y être embauchée. Le travail syndical cumulé à l'étude universitaire fût périlleux : d'un côté on me trouvait trop formelle, peu synthétique ; de l'autre on me trouvait trop « engagée » et trop « critique ». Ce double défi me donna en réalité des clés de lecture du droit que je ne soupçonnais pas - sur son efficacité et sa mobilisation par les acteurs sociaux.

Ce n'est qu'en dernière année de Master 2 Recherche « Droit social et relations professionnelles », dans une tout autre Université (Paris Ouest Nanterre la Défense), que mon amour du droit du travail s'est enfin retrouvé dans ma vision critique du droit, telle que je la pratiquais au quotidien. La philosophie d'enseignement y a été radicalement différente, franchement enivrante, et pleine de révélations intellectuelles. Mon tuteur, M. Emmanuel Dockès, m'a soutenue pour l'écriture d'un mémoire critique, qui plaidait pour l'institution d'un véritable droit au refus pour le salarié. Sa réussite et les propositions de thèse qui s'en suivirent m'ont conduite à abandonner le monde syndical - un temps du moins - pour l'écriture doctorale. Les possibilités de thèse en

cotuelle achevèrent de me convaincre : partir pour écrire, redécouvrir de nouveaux champs du droit et de nouveaux territoires.

Voilà en quelques lignes mon identité savante : une profonde volonté de comprendre le droit, son essence, son rôle et son évolution dans les grandes mutations sociales ; mais aussi une perception du droit, avant tout comme d'un « outil » entre nos mains, qu'il faut manier avec prudence et qui exige un certain doigté. On me reprochera de sortir du carcan positiviste, mais je ne prétends pas m'en défaire totalement. Pour comprendre le droit, il faut bien sûr le connaître ; et pour le manier et travailler à sa création ou sa re-création, il faut en savoir les finesses. Car « le propre du juriste savant, c'est tout à la fois de s'accommoder du droit positif, dont l'État lui dicte peu ou prou sa mission, et de travailler à le transformer ». Mes rapports à la méthode positiviste en sont ils pour autant apaisés ?

2. De la distanciation d'une dogmatique purement positiviste à une production de connaissances relevant du paradigme alternatif

Comme je le soulignais plus haut, mes années de droit furent difficiles, et conflictuelles. Si l'Université Paris I-Panthéon La Sorbonne m'a donné un bagage savant très dense, elle m'a aussi convaincue - à force d'acharnement pédagogique - que ma critique du droit était hors de propos. Je n'étais donc pas juriste pour ceux qui l'enseignaient. Je l'étais en revanche aux yeux de tous les autres, et notamment en milieu professionnel, où mes réflexes méthodiques positivistes reprenaient le dessus. La prise en compte de la relativité de mes méthodes de travail comme juriste, de ma dogmatique, m'est vite apparue : la plupart de mes contacts (privés ou professionnels) n'étaient pas juristes, et aux arguments formels que je leur opposais (sources codifiées, arguments de docteurs), on invoquait devant moi des statistiques, des idéaux politiques, des arguments philosophiques. J'ai vite saisi l'immense chance que nous avions. Par la pluralité de nos approches nous étions semblables à une équipe de construction sur un chantier : à l'un la menuiserie, à l'autre la pose du carrelage, au troisième les fenêtres... Nous n'avions pas les mêmes méthodes de travail, puisque nous ne voulions clairement pas faire la même chose. Nous voulions certes tous une « maison » - image d'une connaissance holistique -, mais chacun ne pouvait qu'en construire une parcelle.

Et c'est véritablement en ce sens que je conçois la production d'une connaissance bonne - comme un carrefour. C'est pourquoi l'approche interdisciplinaire sera une composante essentielle de ma recherche. Mon sujet revendique de plonger dans ce qui fait l'essence même du droit, pour en comprendre la mécanique interne dans une perspective évolutive. Je me rattacherai donc en partie au type philosophique de recherche, qui devrait me permettre de produire une représentation conceptualisée, dans le champ juridique, des rapports entre morale et droit dans les relations de travail, tels que saisies par le Juge - dont les rôles et les méthodes diffèrent en common law et droit civil. Il s'agit donc d'ajouter (et non de détériorer) à la pratique du droit. Mon but est d'ainsi parvenir à une meilleure compréhension de mon propre modèle de réflexion, en le confrontant à d'autres méthodologies scientifiques, mais aussi de rendre mon projet plus légitime en l'articulant avec d'autres pans de la connaissance. Les questionnements choisis dans la thèse - quels sont les rapports entre règle morale et règle de droit en droit du travail ? Quelles sont les implications théoriques et philosophiques du Juge dans la moralisation du droit ? - conduisent nécessairement à ce dialogue avec d'autres disciplines que le droit positif. C'est pourquoi j'ai choisi d'entamer mes recherches par la lecture d'ouvrages philosophiques (Hegel, Spinoza) et de théorie du droit (réalistes américains) afin d'asseoir mes analyses sur un socle théorique solide.

Reste que mon attachement à la dogmatique juridique sera toujours présent - par le repérage des sources formelles du droit du travail. C'est pourquoi les risques sont inhérents à la démarche : une dilution dans le philosophique pur, un détachement du droit positif et de sa pratique ; un mélange des méthodes dangereux. Les risques de « colonisation » d'une discipline par une autre ne sont pas absents. Chaque discipline a ses méthodes, ses finalités, et son acceptation de la connaissance bonne. Pour aboutir à un dialogue serein, il faudra donc avant tout faire preuve d'« humilité épistémologique quant aux préconceptions théoriques de l'Autre disciplinaire »....

Plus en avant, et dans la suite logique de ce constat, il me semble utile de reconnaître l'inévitable subjectivité du chercheur sur l'objet étudié (ne serait-ce que parce qu'il en choisit les frontières et l'angle de vue). En outre, parce que l'écriture en droit reste discursive et non objectivée par des formules mathématiques, le travail de recherche en droit est nécessairement producteur de valeurs. La glose juridique n'étant pas science, ce constat aura valeur de précaution vis-à-vis du lecteur.

Il me permettra aussi de rappeler le pouvoir virtuel du chercheur - sur son objet -, et donc d'amorcer une recherche consciente et prudente.

Enfin, je souhaite conduire ma thèse en droit comparé - France, Québec - ce type de démarche combinant les exigences auxquelles je veux m'astreindre pour parvenir à une bonne connaissance, faite de la rencontre à l'altérité, méthodologique, mais aussi juridique et humaine.

De là, mon modèle de type savant en est nécessairement le paradigme alternatif, auquel appartiennent les juristes « engagés » dont je revendique l'attachement. Parce que je veux aller au-delà des frontières positivistes du droit, pour en saisir les enjeux véritables et les évolutions profondes, je donnerai à mon travail de recherche une architecture particulière qui se distinguera des thèses de droit positif. Je m'oppose en effet à l'approche positiviste de la recherche en droit, qui fait du travail juridique une science d'observation, désengagée et extérieure à l'objet qu'elle prétend étudier. Selon moi, non seulement le juriste ne peut ni ne doit être extérieur au droit (il faut accueillir une vision critique du droit), mais encore le droit ne peut être considéré comme extérieur aux sciences sociales (une vision pluraliste peut seule rendre compte de la réalité de la régulation des relations de travail). Le juriste doit non seulement faire œuvre de prudence intellectuelle à l'égard de l'objet juridique, mais encore œuvrer à la modulation du droit aux mutations sociales. Pratiquement, je privilégierai donc dans ce travail de recherche une approche normative externe, de manière à distinguer ce que la loi contraignante dit, de ce que j'estime devoir être la loi. Ma compréhension du droit ne se fera plus seulement à partir d'autres normes de droit, à partir d'autres textes d'autorité. Elle s'émancipera de ses dogmes, au moins dans sa partie critique.

3. Perspectives de recherche doctorale : analyser les impacts de la moralisation du droit du travail par le canal judiciaire

Le droit du travail s'est historiquement construit autour des *valeurs* de protection de l'individu, de sécurité et de dignité personnelle. Premièrement, mon intuition est qu'il s'opère un renversement du recours à *la règle morale*, à ces *valeurs*, dans les relations de travail. La pratique judiciaire semble exemplaire à cet égard ; ainsi le Juge, afin d'assouplir - d'adapter - ses décisions, mobi-

lise des notions « morales » insérées dans le corpus de droit : la raisonnable ou la proportionnalité de l'action, la bonne foi, la loyauté ou le respect de l'éthique, etc. À ce panel de notions, aux frontières des valeurs (non normatives) et du droit pur, s'ajoutait l'ensemble des règles internationales de droit du travail (conventions de l'O.I.T), qui sont avant tout des références humanistes à vocation universaliste, mais qui tendent à prendre une place prédominante. Dans la dernière phase de son développement, la règle morale *lato sensu*, serait donc désormais explicitement mobilisée dans les relations de travail.

Ensuite, une interrogation survenait : dans quelle mesure cela modifie-t-il la teneur et la force contraignante du droit ? Cette *moralisation du droit du travail* assoit-elle une nouvelle forme de subordination juridique - plus lâche, moins saisissable - ou au contraire dilue-t-elle les relations de travail dans des liens d'autorité et de légitimité, plutôt que de subordination de droit ? Cela permet-il un assouplissement salutaire, ou bien une distorsion voire un contournement de la règle de droit positif ? Enfin, une remarque méthodologique, qui tient à l'embrassement de l'interdisciplinarité. En écrivant mon premier projet de recherche, l'interdisciplinarité ne s'est pas imposée *consciemment*. Elle a été une réaction à l'immensité des connaissances que j'ambitionnais d'assimiler avec cette thèse. Mais ne pouvant pas *tout lire, tout connaître et tout écrire*, il allait falloir choisir et clarifier, sérier et connecter.

Dès lors, discuter en cours d'interdisciplinarité a été salutaire. J'ai mis le doigt sur un problème implicite que me posait mon projet : comment aboutir à une connaissance bonne en mobilisant une méthodologie valide ? Comment sérier mes questions de manière à ne pas *frauder* dans mon cheminement vers la connaissance ? Mon choix de l'interdisciplinarité a dès lors été évident, et immédiat. Ce qui relevait de l'impensé est devenu la colonne vertébrale de mon sujet. Ce qui était un obstacle intellectuel est devenu une clé de travail serene. Faire du droit pur n'avait jamais été une option, que ce soit dans ma scolarité ou ma brève expérience syndicale ; il aurait été absurde qu'il en soit autrement pour l'écriture de ma thèse.

En ce sens, je rejoins Marie-Claire Ponthoreau pour laquelle l'interdisciplinarité est une approche qui vise « à nouer un dialogue et un échange de connaissances entre les disciplines ». C'est cette notion de *dialogue*, de *carrefour de rencontres*, que j'ai évoqué plus haut, qui est centrale, selon moi, dans la conduite de recherches interdisciplinaires. Et comme c'est le cas hors du cadre universitaire, tout dialogue suppose une découverte de

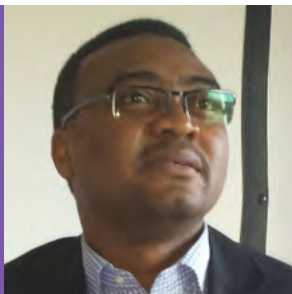
l'altérité en toute humilité, une redécouverte de soi avec patience. C'est pourquoi cette définition, simple, a attiré mon attention. Elle s'applique particulièrement à mon objet de recherche, à double titre. D'abord, elle reflète le travail de dépassement de mes présupposés qui sera le mien dans un travail comparé. Ensuite, elle s'inscrit dans mon travail de redécouverte du droit comme discipline, via l'adoption d'un point de vue différent sur son objet - le point de vue philosophique. Parce que les disciplines ne reposent pas sur les mêmes méthodes, ne répondent pas des mêmes objectifs - institutionnels et sociaux - c'est bien la notion d'échange et de dialogue qui est au cœur de la pratique interdisciplinaire.

Au bout du compte, ma recherche doctorale doit, bien sûr, aboutir à l'obtention du titre de docteur en droit. Ce n'est pas le titre de docteur en philosophie que je brigue ; et c'est pourquoi mon objet, le droit du travail et son évolution interne, telle que saisie par le Juge, devra rester au cœur de mes réflexions. Mais surtout, je crois que ce sujet est porteur parce qu'il me permettra - et peut-être à d'autres, lors d'échanges ultérieurs - de revenir sur les fondements historiques et idéologiques du droit du travail. En m'interrogeant sur les mutations internes qui le traversent, sur les normes qui le fondent et les règles qui en perturbent le cours, je me propose de travailler sur les fonctions et le rôle du droit du travail, en mobilisant les apports de la philosophie. Tels sont, aujourd'hui, les bénéfices de connaissance attendus (et sans doute déraisonnables!) pour la communauté des juristes travaillistes.

Pour toutes ces raisons, ce séminaire d'interdisciplinarité a été extrêmement enrichissant. En m'invitant à redéfinir ma méthode et mes objectifs, en me conduisant à clarifier les enjeux d'une recherche interdisciplinaire, ce cours a été l'un des plus structurants que j'ai eu l'occasion de suivre. La pratique interdisciplinaire est sans aucun doute une nécessité intellectuelle, pour qui veut comprendre en profondeur et de manière holistique une problématique qui l'assaille. Le monde de la connaissance n'est pas sectarisé. Il serait absurde que le monde de la recherche le soit de manière aussi dogmatique. Voilà donc mes conseils à d'autres chercheurs, qui je pense s'y retrouveront : savoir être libre dans ses questionnements, curieux intellectuellement, mais cohérent méthodologiquement. Car à mon sens, à défaut de légitimité intellectuelle c'est notre pensée qu'on n'entend plus.

Droit de l'Église et droit de l'État

Les vertus d'une vigilance critique destinée à articuler des rationalités différentes sans jamais les confondre



ÉRIC ARNAUD NASSARAH

Originaire du Bénin, en Afrique de l'ouest, Éric Arnaud Nassarah est prêtre de l'Église catholique. En plus de sa formation initiale en philosophie et en théologie, il a fait un DEA en droit privé fondamental, une maîtrise en droit des affaires et une licence en droit privé. Il est candidat au doctorat en droit à l'Université de Montréal sous la direction du Professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens.
» eric.nassarah@umontreal.ca

RÉSUMÉ

Le dépositaire du secret sacramental se place-t-il dans une situation de non-dénonciation de crime? L'avènement d'un nouveau rapport controversé entre responsabilité pénale et secret sacramental oblige à une recherche de solution pour concilier les positions respectives de l'État et de l'Église sur la problématique du secret sacramental aux prises avec les nouvelles exigences légales de dénonciation. Résoudre l'énigme suppose une prise de conscience à l'effet qu'il faut plus d'atouts et d'outils que ceux précédemment acquis dans les facultés de droit. Être conscient du problème est une chose, mais savoir où chercher les solutions en est une autre. L'article illustre comment réflexivité et maturité épistémologique conduisent, finalement, à une interdisciplinarité potentiellement garante d'une sortie d'impasse.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	106
1. Le positivisme est à la fois indispensable et insuffisant	107
2. L'interdisciplinarité s'invite au secours du positivisme	108
3. La vigilance rassemble en elle les vertus cardinales de l'interdisciplinarité	110
Conclusion	111

Introduction

Mon identité de prêtre a fortement marqué mes études en sciences juridiques et m'a presque toujours mis dans une dynamique de relecture des dispositions du droit canonique à la lumière de la loi étatique en perpétuelle mutation. C'est ainsi que je projette de réfléchir, cette fois-ci, sur l'avenir du secret professionnel notamment le secret sacramentel dans une démarche comparative entre les dispositions du code canonique et celles du droit positif québécois. Tout est parti de mon éthique du ministère sacerdotal qui n'a pu s'empêcher de s'interroger face à la condamnation de prêtres et d'évêques, par des tribunaux civils, pour refus de révéler le secret sacramentel: la loi étatique fait-elle du prêtre le complice de ceux et celles qu'il confesse? L'exercice dans les règles de l'art, du ministère de la confession, fait-il de lui un délinquant? Sa responsabilité pénale est-elle engagée en cas de non-dénonciation de crime?

Il y a, à n'en point douter, un conflit qui s'est subtilement installé dans l'interaction entre deux droits aux fondements bien distincts : le rapport traditionnel entre responsabilité pénale et secret sacramentel a laissé place à un nouveau rapport controversé. La modernisation, la nécessité d'adaptation de la justice au besoin grandissant de la société en sécurité, le scandale de la pédophilie cléricale, le pluralisme religieux, la menace de la paix mondiale par un certain radicalisme religieux sont autant de facteurs qui ont contribué à changer le discours du droit étatique sur le secret sacramentel. Encore appelé secret de confession ou secret de confessionnal ou sceau de la confession, le secret sacramentel est le secret dont le prêtre devient dépositaire au cœur du sacrement de confession. Le sacrement de confession quant à lui est : « l'acte par lequel un pénitent¹ va reconnaître devant Dieu, par l'intermédiaire d'un prêtre², les péchés³ qu'il a commis afin d'en obtenir le pardon

1 Selon le *Petit Larousse illustré*, 1976, le pénitent est la personne qui confesse ses péchés au prêtre : Pierre Larousse, *Petit Larousse illustré*, 1976 (Paris : Librairie Larousse, 1976).

2 Le prêtre est appelé en ce moment confesseur. Et le confesseur, dans son sens le plus courant, s'applique au ministre du sacrement de pénitence et de réconciliation. Cf. *Théo, nouvelle encyclopédie catholique* (Paris : Droguet-Arant / Fayard, 1989).

3 Selon le *Petit Larousse illustré* 1976, *supra* note 1, le péché est la transgression de la loi divine. Dans *Théo, nouvelle encyclopédie catholique*, *supra* note 2, il est défini comme un «refus de l'amour de Dieu» ou «un manque de foi» et est révélé par le pardon de Dieu. Aujourd'hui la notion de péché a

et de faire réparation au moyen d'une pénitence qui lui est imposée »⁴. Autrefois la divulgation de ce secret sacramentel était sujette à la poursuite en justice. Aujourd'hui, c'est plutôt la rétention de l'information criminelle qui est susceptible d'engager la responsabilité pénale du confesseur. Ce nouveau rapport qui s'est établi entre la responsabilité pénale et le secret sacramentel, et ceci inversement au cas du secret de l'avocat,⁵ ne s'accorde pas avec le discours de l'Église pour qui le secret sacramentel doit demeurer un droit absolu passible d'excommunication en cas de violation⁶. L'Église ne voudrait certainement pas que le sacrement de confession devienne le refuge des criminels qui, une fois leur forfait commis, viennent y soulager leur conscience. Elle ne voudrait pas que le sacrement de confession contribue à l'insécurité de la population et au trouble de l'ordre public. Dans le même temps, elle ne voudrait pas non plus que le sacrement de confession soit «saboté» ou «sacrifié» sur l'autel du droit et de l'émotion. La controverse est évidente et la recherche de solution impérieuse. Comment résoudre l'énigme du secret sacramentel dans une société à double vitesse qui cherche à concilier transparence absolue et dignité humaine? La première appelant à la divulgation de l'information au détriment de la dignité humaine et la seconde, à sa rétention, au préjudice de la sécurité de l'individu voire de l'ordre public.

La problématique est plus complexe surtout qu'elle se situe dans un environnement où le droit étatique s'assujettit le droit religieux. Celui-là «définit différents droits pour différents groupes de la population étant

presque disparu. Cette problématique de la désuétude de la notion de péché est abordée par Pierre Rémy dans son ouvrage *Et le péché qu'en dire?* Il affirme cependant que la notion de péché est en train de reprendre de l'importance et qu'il va falloir chercher comment la présenter de nos jours pour qu'elle redevienne assimilable et crédible : Pierre Rémy, *Et le péché qu'en dire?* (Paris : Centurion, 1979). Quant à nous, nous pensons qu'il est même possible qu'on puisse établir un lien entre le fait que, selon les mots de Pierre Rémy, la théologie qui véhicule la doctrine du péché est suspecte et la tendance à la relativisation du secret de confession.

4 Gregory J. Zubacz, *Le secret sacramentel et le droit canadien*, traduit par Jean Pelletier (Montréal : Wilson & Lafleur, 2010), xxiii.

5 L'article 39 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* RLQR c P-34.1 du gouvernement du Québec exempte clairement l'avocat de l'obligation de déclaration qui pèse désormais sur les dépositaires de secret professionnel.

6 Cf. canon 1388-1 du *Code de droit canonique*.

entendu que quels qu'ils soient, ils dépendent tous de l'ordre juridique étatique »⁷. Cette approche de pluralisme juridique que Mireille Delmas-Marty, dans son ouvrage, *Le pluralisme ordonné*,⁸ qualifie de pluralisme de sujétion, n'augure pas d'une heureuse sortie de crise. Mais l'approche des sciences sociales qui valorise, non pas la domination d'un ordre juridique sur d'autres, mais la diversité de sources de normativité, et que Jean-Guy Belley, repris par J. Vanderlinden, décrit comme l'« existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques »⁹ s'offre comme le cadre théorique idéal pour une recherche de solution appropriée à la problématique.

Dans le cadre de ce projet, les objectifs de recherche sont donc de vérifier s'il est possible, à partir d'une rationalité juridique stricte et conforme aux règles de base de la discipline du droit, de soutenir: 1) que même si la culpabilité du confesseur s'établit pour non-dénonciation de crime eu égard au secret dont il est dépositaire, que la Constitution canadienne et certains autres principes fondent sa non-imputabilité, 2) qu'on peut porter secours et assistance à la victime sans porter atteinte à l'intégrité et à la dignité du coupable et donc qu'on peut sécuriser la société sans sonner le glas du sacrement de la confession; mieux que la confession, contrairement à la connotation négative que certaines circonstances ont contribué à lui donner, peut aider à la protection de l'ordre public ou social, 3) que la recherche et la punition du coupable ne sauraient constituer la seule voie de soulagement ou la seule «voix» de guérison intégrale de la victime, 4) que les arguments qui justifieraient la protection juridique du privilège prêtre-pénitent sont sinon analogues du moins plus plausibles que ceux qui fondent actuellement la préservation du privilège avocat-client¹⁰, 5) et enfin de proposer une redéfini-

tion conciliante de la notion du secret sacramentel. En somme, il s'agit de revisiter l'obligation de déclaration faite aux prêtres afin de parvenir à une conciliation de points de vue, surtout qu'au niveau du droit positif québécois, encore indécis, quelque chose est encore possible¹¹. Mais la grande question demeure : comment y parvenir?

À mon avis, il va falloir d'abord commencer par éviter le chemin le moins approprié (1), ensuite retrouver le chemin le plus approprié (2) et enfin y marcher délicatement (3).

1. Le positivisme est à la fois indispensable et insuffisant

Pour répondre à ma problématique, je me demandais si je pouvais dire autant sinon davantage que Gregory J. Zubacz. En effet, dans son ouvrage, *Le secret sacramentel et le droit canadien*, qui est devenu pour moi un précieux outil de référence, il s'est consacré, à faire un état général de la situation, sans vouloir forcément «remuer» la partie immergée de l'«iceberg», ainsi qu'on peut le présumer à travers ces mots qui finissent son ouvrage : « *Il est à espérer que la présente étude aura servi à dresser une carte marine permettant d'éviter les écueils et de ne pas tomber de Charybde en Scylla lorsque surgissent les questions intéressantes de l'Église et l'État concernant le secret de la confession et sa place dans le droit canonique. Il reste à savoir où ce voyage nous mènera.* »¹²

.....

pénitent à suivre un traitement, ou à prendre des mesures pour protéger la victime de tout danger supplémentaire, ou, le cas échéant, se constituer prisonnier auprès des autorités compétentes. Dans ce cas, le principe qui justifie le secret de la confession est analogue au secret entre avocat et client. L'avocat, particulièrement en raison du privilège avocat-client, est en mesure d'encourager un fugitif à se constituer prisonnier. Il ne s'agit pas ici de mettre sur le même pied le privilège avocat-client et le privilège prêtre-pénitent. Il est plutôt question de démontrer qu'il existe, dans ce genre de situation, un argument incontestable sur lequel peut se baser la confidentialité au confessionnal et qui peut se comparer à la relation avocat-client en ce qui concerne les fugitifs » : *supra* note 4, p. 237.

11 Voir *supra* note 5 : Au Québec, la reconnaissance du privilège prêtre-pénitent d'une part et les dispositions sur la déclaration obligatoire d'autre part créent un conflit de lois sans précédent, qu'aucune juridiction jusqu'à présent n'a résolu de façon certaine et déterminée.

12 Zubacz, *supra* note 4, 253.

7 J. Vanderlinden, «À la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique», 7 (2005) *Revue de la common law en français*, 342.

8 Cf. Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné* (Paris : Seuil, 2006).

9 Vanderlinden, *supra* note 7, 346.

10 Voici en substance ce que pense Gregory Zubacz d'un rapport qu'on pourrait établir entre le secret du prêtre et celui de l'avocat et que nous trouvons très pertinent: « On ne doit pas sous-estimer l'influence d'un confesseur sur un pénitent, car elle est vraiment énorme. Un confesseur occupe une position unique en regard de la vulnérabilité spirituelle du pénitent, et la plupart des pénitents vont se soumettre à un confesseur et suivre ses conseils et ses suggestions. De toute façon, il peut exhorter fortement un

En effet, son questionnement était de savoir si les communications entre un prêtre et un pénitent sont à l'abri de la divulgation au Canada. J'étais conscient qu'il me fallait poursuivre son œuvre et aller au-delà de cette interrogation. C'est-à-dire découvrir où le voyage, qu'il a nommé, mène. Mais je n'étais pas moins conscient que le juriste n'était que la bouche de la loi, son serviteur, que son état d'âme critique était inopportun et que son jugement de valeur n'était pas le bienvenu. Du moins, c'est de cela que je me suis laissé convaincre pendant toutes mes années de formation dans un système marqué par une quasi-absence de réflexivité¹³ et où tous devraient regarder et marcher dans la même direction, celle dans laquelle nous a mis Kelsen. Ce dernier a « fait du juriste un serviteur fidèle du pouvoir étatique : son rôle, unique, est de décrire l'état de droit tel qu'il ressort de l'examen des seules sources reconnues par le pouvoir étatique : lois adoptées par le parlement de l'État, jurisprudence des tribunaux étatiques, écrits des auteurs de doctrine spécialisée sur le seul droit étatique, coutume lorsqu'avalisée formellement par le droit étatique.»¹⁴ C'est à cela qu'on pourrait assimiler ce qu'a fait Gregory Zubacz, ce qui déjà est gigantesque et fort louable et ne fera de moi qu'un « nain juché sur l'épaule d'un géant ». Et donc, si je ne peux aller plus loin que Gregory Zubacz, comme lui-même l'a si bien souhaité dans la conclusion de son livre, à quoi bon faire une thèse sur la question? Mes doutes et mes interrogations, en l'occurrence sur la méthodologie à adopter, ont pris naissance à cette étape de mon cheminement. Et je les trouve fondés et légitimes si mon ambition est de marcher sur le chemin de la vraie connaissance, car, comme le souligne si bien Walter Kasper, la méthodologie est un « rappel à l'atten-

13 Ce n'est pas Kelsen mais plutôt nous qui avons manqué de réflexivité. Kelsen au contraire « ... sa carrière durant, il n'a cessé de discourir sur la nature de la méthode juridique, ... Il a tellement bien argumenté, en fait, que notre communauté épistémique a décidé de le suivre massivement. La méthode qu'il proposait dans sa *Théorie pure du droit*, en 1934, est devenue la façon standard de procéder : nous n'avons même plus à justifier son emploi, car elle nous semble aller de soi », Violaine Lemay et al., « L'interdisciplinarité comme instrument d'efficacité accrue en matière de protection des minorités par le droit : jeunesse chômeuse et femme musulmane face aux périls du sens commun », dans : *La mobilisation du droit et le pluralisme communautaire*, dir. Eugénie Brouillet (Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 2012), 175, à la page 176.

14 Violaine Lemay, « H14-Directives supplémentaires et gabarit de soutien pour la rédaction de l'article final... » (Université de Montréal : DRT 7002 Séminaire de thèse: Méthodologie du droit et interdisciplinarité, Hiver 2014), 4.

tion sur la route que la vérité parcourt avec nous»¹⁵. Il ne serait donc pas sage de s'aventurer sur un terrain pareil sans une méthodologie appropriée.

Certes, il est évident que la mobilisation et l'interprétation de sources formelles¹⁶ couvriront une bonne partie de ma thèse, notamment celle qui portera sur le droit positif applicable au secret sacramentel. Seulement, elles ne pourront suffire à couvrir tout mon questionnement, car ma motivation n'est pas de « faire connaître fidèlement le droit positif du pouvoir étatique ou supraétatique tel qu'interprété et mis en œuvre par les autorités habilitées à le faire »¹⁷. Mon questionnement est de type philosophique. Je suis à la quête de l'éthiquement acceptable ou du « humainement meilleur »¹⁸.

Les valeurs épistémologiques ainsi liées à mon questionnement dépassent les limites du positivisme et m'obligent à me frayer un chemin neuf, si je veux produire de la nouvelle connaissance en droit.

2. L'interdisciplinarité s'invite au secours du positivisme

La découverte de l'interdisciplinarité a été la lumière dans la nuit de mes doutes et l'indicateur du chemin de salut. En effet, j'y ai compris plusieurs choses, à la limite révolutionnaires, entre autres la possibilité, maintenant offerte, de partir du paradigme dominant et l'assortir d'une autre perspective c'est-à-dire d'une discipline universitaire autre que le droit. Ce recours à des disciplines universitaires autres que le droit pour soutenir sa problématique de recherche, dont je n'avais aucune connaissance, c'est ce que les théoriciens appellent l'« interdisciplinarité ».

Remarquons que la place primordiale du paradigme dominant demeure. Il ne s'agit donc pas de « condamner cette méthode positiviste qui nous a tous formés à la base et qui nous unit, ni même de vouloir la remplacer. »¹⁹ Une telle façon de faire créerait une catastrophe intellectuelle ainsi que le prévoit Caillosse quand il af-

15 Walter Kasper, *Renouveau de la méthode théologique*, traduit par A. Liefoghe (Paris : Cerf, 1968), 11.

16 Il s'agit là de la méthode positiviste.

17 Lemay et al., *supra* note 14, 4.

18 Cf Lemay, *supra* note 14, 5.

19 Hein Kötz, cité par H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue Internationale de Droit Comparé* 52, no. 3 (2000), 503, à la page 506.

firme : «autant les cloisonnements disciplinaires apparaissent souvent sclérosants et contre-productifs, autant la volonté naïve de les abolir serait proprement insensée : elle laisserait voir un territoire intellectuel déstructuré et dépourvu de toute consistance»²⁰. En conséquence, à l'intérieur de la discipline du droit, il n'y a point d'interdisciplinarité sans positivisme. Puisqu'il s'agit d'une remise en cause qui part du positivisme ou, pour utiliser simplement les mots de Horatia Muir-Watt, de «démanteler l'illusion projetée par le positivisme d'une légalité univoque et autosuffisante, d'une réponse unique et indiscutable pour chaque problème juridique qui se pose et de démasquer sa ruse, celle de faire croire à la neutralité du discours officiel qui sert pourtant à légitimer un seul point de vue en occultant d'autres»²¹. Par conséquent, faire de la place à d'autres points de vue, cela est possible; établir des liens nouveaux entre le droit et d'autres disciplines, même opposables, sans les confondre, cela n'est pas moins possible. Tout cela, c'est l'interdisciplinarité qui peut le rendre possible. C'est pourquoi je suis pleinement d'accord avec Violaine Lemay quand elle affirme que l'interdisciplinarité « est un mouvement de va-et-vient entre deux univers scientifiques aux frontières bien définies et aux us méthodologiques clairement distincts.»²² Ce mouvement de va-et-vient produit des éclairs, telles des lucioles, pour laisser entrevoir des choses dissimulées comme Violaine Lemay elle-même a su l'expliquer dans un autre de ses ouvrages: « l'interdisciplinarité permet à la justice de «voir» ce qui, autrement, lui échapperait. Elle lui permet de prendre en compte ce qui doit l'être pour qu'un droit égalitaire soit respecté dans les faits»²³.

Le positivisme par moment s'étouffe de ses propres limites et s'essouffle de son isolement. Par moment, il a besoin de changer son costume d'apparat. L'interdisciplinarité est le chemin qu'il pourrait emprunter pour sortir des liens sclérosants dans lesquels il s'est enfoncé, pour descendre dans les sentiers qui lui sont difficiles d'accès ou interdits, mais qui le tentent ou lui

tendent la main. L'interdisciplinarité permet au positivisme de faire peau neuve sans se renier et se dénier. Elle ne déconnecte donc pas le chercheur de sa base. Elle ne rompt pas les liens du chercheur avec le positivisme et le droit. Et si elle doit façonner un spécialiste, ce n'est point des disciplines externes complémentaires sollicitées, mais bien du droit.

C'est dans cette logique que l'interdisciplinarité permet d'acquérir «la liberté d'expression scientifique : celle d'oser poser des questions qui ne peuvent l'être à partir de sa seule discipline»²⁴ et d'oser avancer des hypothèses, en supposant par exemple que même si la responsabilité pénale du confesseur pour non dénonciation de crime pouvait être établie, par rapport au secret sacramental, elle ne lui serait cependant pas imputable pour des raisons constitutionnelles et même philosophiques et théologiques bien fondées.

Pour parvenir à bout d'un tel questionnement, je ne peux qu'interroger l'histoire, que dialoguer avec la philosophie et avec la théologie. En effet, la partie de ma thèse qui traitera des rapports qui ont existé et qui existent entre l'État et l'Église aura trait à l'histoire. Et ainsi, en partant de différentes approches historiques telles une analyse des transformations des normes ou des institutions au fil du temps, la recherche d'explications théoriques et la détermination graduelle de la portée effective de la loi²⁵, j'essaierai de voir si la séparation de plus en plus prononcée entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel c'est-à-dire entre l'État et l'Église, a un lien avec la remise en cause au plan juridique du principe de l'inviolabilité du secret sacramental affirmé par le code de droit canonique ou si la modification de la législation sur le secret sacramental est l'expression d'un malaise entre la société et l'Église, malaise dont l'État ou le législateur s'est fait le porte-parole. La dernière partie de ma thèse qui, dans une démarche de recherche de solution, tentera de conjuguer et d'harmoniser les valeurs épistémologiques respectives du droit étatique et du droit canonique ne peut occulter

20 Jacques Caillosse, «La sociologie politique du droit, le droit et les juristes» (2011), 187, à la page 204.

21 Muir-Watt, *supra* note 19, 509.

22 Violaine Lemay, «La propension à se soucier de l'Autre : promouvoir l'interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile», dans *Au miroir des disciplines/ Im Spiegel der Disziplinen. Reflexions sur les pratiques d'enseignement et de recherches inter- et transdisciplinaire / Gedanken über inter- und transdisziplinäre Forschungs- und Lehrpraktiken*, dir. Frédéric Darbellay et Theres Paulsen (Berne : Peter Lang, 2011), 25, à la page 29.

23 Lemay et al., *supra* note 13, 3.

24 Lemay, *supra* note 22, 25.

25 Par exemple : lorsque l'application d'une loi est rare, cela pourrait présumer de la volonté des acteurs de justice d'éviter un heurt. La rareté de la jurisprudence portant sur la loi en question pourrait être donc un signe révélateur d'une certaine tolérance qui suppose que le législateur lui-même est conscient du malaise que cause la loi et de la gêne à l'appliquer. Et seule une mobilisation des sources formelles jurisprudentielles de la règle de droit en question et leur analyse historique peuvent permettre de faire une statistique des condamnations et de parvenir à un tel constat. D'où le recours aux méthodes historiques.

d'une part la philosophie et d'autre part la théologie²⁶, source du droit canonique, promoteur du droit naturel. En somme, je dépasserai largement les limites du paradigme dominant kelsénien. J'aurai, par le fait de l'interdisciplinarité, « à conjoindre ce que la disciplinarité enseigne à disjoindre »²⁷. Cette conjonction ne sera réussie que si elle fait preuve de sagesse.

3. La vigilance rassemble en elle les vertus cardinales de l'interdisciplinarité

Comment protéger mes convictions religieuses sans mettre en péril ma culture juridique et comment confronter le droit positif étatique et la théologie sans heurter les sensibilités individuelles et sans prendre parti?

Par rapport à ces interrogations, trois appréhensions perturbent ma quiétude et ralentissent mon ardeur de chercheur : la première est celle du « mélange des genres »²⁸, la deuxième est liée au caractère dogmatique des deux disciplines principales que je confronte et la troisième est relative à l'impartialité dans les analyses et critiques.

Le danger du « mélange des genres » contre lequel Violaine Lemay met en garde²⁹ est réel et facilement advenu dans un travail comme celui auquel je voudrais m'adonner. De façon plus précise, « importer des réflexes indus de juriste en droit canon et importer des réflexes indus

de prêtre en droit étatique »³⁰ serait, non seulement, le résultat d'une vigilance manquée, mais également l'en-torse la plus douloureuse que je causerais à l'interdisciplinarité. En effet, il est impérieux pour tout prétendant à ce « nouveau mouvement intellectuel complémentaire »³¹ naissant de ne pas assimiler l'interdisciplinarité à de la ratatouille. Dans ce mariage qu'on souhaite, pour le moins, réussi et harmonieux, chacun des « conjoints », tout en s'accommodant raisonnablement, devra garder son identité propre; dans une fusion sans confusion. Même si les deux disciplines travaillent au bien-être humain, chacune possède sa méthode propre, son genre particulier, sa raison singulière, ce que Violaine Lemay appelle sa propre « dignité savante »³², qu'il ne faut pas bafouer et mélanger avec celle de l'autre.

Quant au caractère dogmatique du positivisme et de la théologie, il ne fait aucun doute qu'il me faut plus que de la vigilance. Le positivisme a autant d'avis péremptoirs que la théologie de positions catégoriques. Déjà, trouver de la place pour une remise en cause dans la doctrine juridique positiviste ne sera pas facile. Y ajouter le cas de la théologie, avec sa renommée multiséculaire de dogmatique rend mon travail plus périlleux. Et pourtant il va me falloir d'un côté remuer les principes fondamentaux de l'Église, sans courir le risque de tomber dans l'hérésie, et de l'autre, brouiller les pistes du positivisme sans courir le danger d'être indexé par les collègues juristes comme « fumiste », « incompetent », « dangereux »³³ pour la science juridique. Mais si le risque et le danger sont le prix à payer, il faut bien y sacrifier, car la recherche de la vérité ne saurait se faire sans une certaine remise en cause.

Comment bâtir mon analyse en posant les deux disciplines sur un pied d'égalité? Comment remettre mon esprit à neuf au départ de cette confrontation? Car « quand il se présente à la culture scientifique, l'esprit n'est jamais jeune. Il est même très vieux, car il a l'âge de ses préjugés »³⁴. En préjugés, mon esprit de théologien est plus âgé que mon esprit de juriste. Comment le libérer ou le vider de tant de préjugés au départ, pendant et

26 Un à-propos sur la théologie chrétienne et sa méthode : la théologie est autant une croyance qu'une science. Elle se définit avant tout comme un discours sur Dieu (theo-logos). Mais un discours rationnel qui a son origine dans la foi. Par là il se différencie d'un simple discours philosophique sur le phénomène religieux. Parce que rationnel, il peut être considéré comme une science au sens profane du terme et donc comme une discipline. En effet, il s'appuie sur la Révélation pour interpréter, élaborer et ordonner, en un corps de connaissances, les principes de la religion chrétienne. Sa méthode ainsi définie est fondée de façon classique sur la dogmatique et l'apologétique. Mais face aux mutations présentes, il est plus que clair qu'une revisite s'impose pour une méthodologie adaptée en vue d'une pratique concrète de la foi.

27 Lemay, *supra* note 22, 32.

28 *Ibid.*, 28.

29 *Ibid.*

30 Violaine Lemay, « Retour R9 », (Université de Montréal : DRT 7002 Séminaire de thèse: Méthodologie du droit et interdisciplinarité, Hiver 2014), 2.

31 Lemay, *supra* note 22, 28.

32 Violaine Lemay, « H2014- Syllabus », (Université de Montréal : DRT 7002 Séminaire de thèse: Méthodologie du droit et interdisciplinarité, Hiver 2014), 1.

33 Lemay, *supra* note 22, 28.

34 Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique* (1983) cité par Lemay et al., *supra* note 13, 2.

à la fin de mon cheminement scientifique? Éviter à tout prix un discours apologétique en faveur de la théologie serait l'attitude la plus intellectuellement objective et honnête qu'on attendrait de ce travail. Faire autrement porterait atteinte au caractère scientifique de mon travail et entamerait la notoriété, en construction, de l'interdisciplinarité. Je sais que toute la délicatesse de mon projet se trouve dans ce défi, celui auquel est confronté tout juriste face à ses passions. Le risque est vraiment grand de former « un couple mal assorti »³⁵ avec l'État et l'Église, le droit étatique et le droit canonique, le positivisme et la théologie, au sujet du secret sacramentel, et ce, en plein 21^e siècle.

leitmotiv de ma recherche. Il fut au début et sera à la fin de mon parcours. Et pour sa réalisation, l'interdisciplinarité sera largement et grandement de la partie.

Conclusion

Pour réfléchir sur l'interaction entre les dispositions canoniques et celles du droit étatique québécois portant sur le secret sacramentel, je partirai du positivisme. Mais afin de couvrir tout mon questionnement, qui du reste est en partie philosophique, je vais tantôt nager dans les eaux du positivisme dans le respect du principe de neutralité axiologique, tantôt je vais sillonner les « ruelles philosophiques » du monde théologique. Ainsi je vais devoir établir un pont entre les fondements théologiques du secret sacramentel et le droit étatique. Je vais également toucher à l'influence historique des différentes lois et événements survenus au fil du temps sur l'actuelle législation étatique portant sur le secret sacramentel.

En somme, j'utiliserai de l'interdisciplinarité qui pour moi rime incontestablement avec réflexivité et maturité épistémologique. Mais également avec l'humilité, car ni mon baccalauréat en théologie sacrée ni mes descentes dans les méandres de la théologie et de l'histoire ne devront faire naître en moi une quelconque prétention au titre de théologien ou d'historien avéré. La mesure dans l'accommodement, la délicatesse dans la critique et l'équité dans le jugement seront les vertus d'une vigilance critique destinée à articuler des rationalités différentes sans jamais les confondre. Je voudrais produire de la nouvelle connaissance en droit.

Toute ma prière est qu'elle soit de la bonne et contribue à faire cohabiter pacifiquement l'Église et l'État dans la lutte pour la protection des droits de l'homme. Tel est le

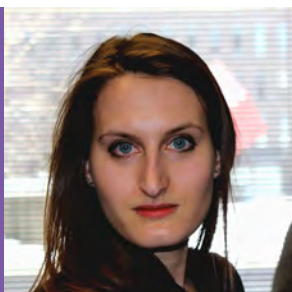
35 Violaine Lemay, « Du couple droit et passions : les amours oubliés de la raison juridique », dans *Passions sociales*, dir. Bernard Valade, Antigone Mouchtouris et Éric Letonturier (Paris : Le Manuscrit, 2014), 1.

LES CHANTIERS DE LA RECHERCHE EN DROIT

INTERDISCIPLINARITÉ SAVANTE
ET PRATIQUE PROFESSIONNELLE

Les pourparlers pré-contractuels

De l'opportunité pour un doctorant français de s'affranchir du paradigme dominant de type kelsénien



SARAH BARRY

Inscrite depuis fin 2012 en cotutelle de thèse entre l'Université de Montpellier et l'Université de Montréal, Sarah Barry est doctorante et auxiliaire de recherche en droit des contrats à l'Université de Montréal. Elle travaille sur les pourparlers pré-contractuels dans une approche comparatiste. Sarah est titulaire d'une Licence en droit et d'une Maîtrise en science politique européenne obtenues en France et en Angleterre.
» sarahbarry@outlook.fr

RÉSUMÉ

J'aborderai dans cet article la prise de conscience, à la lumière de mon projet de thèse sur les pourparlers pré-contractuels, de la différence du rapport du chercheur à la méthode entre la France et le système général de la common law. J'insisterai sur la difficulté pour un français, travaillant dans le domaine du droit privé notamment, de s'affranchir du paradigme dominant et de l'utilité sans conteste du droit comparé pour ce faire d'une manière diplomatique.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	114
1. La découverte pour un doctorant français de la différence de culture juridique entre les États de droit civil comme la France et les États de common law comme le Canada	114
2. Le choix cornélien du doctorant français face à ces conceptions méthodologique et épistémologique différentes	115
Conclusion	116

Introduction

Il est souvent difficile pour un doctorant de se détacher du fond de sa recherche afin de prendre du recul et de se regarder penser. Prendre conscience de la manière dont on règle les problématiques méthodologiques et épistémologiques auxquelles nous sommes confrontés exige d'être réflexif et de faire preuve d'une maturité épistémologique certaine. Pour ma part, je n'ai jamais été amenée à me poser ces questions pourtant centrales. C'est pourquoi, j'ai décidé dans cet article d'aborder la question de savoir comment, par l'intermédiaire de mes recherches sur les pourparlers pré-contractuels, sujet de ma thèse, j'ai réalisé la liberté de recherche qui m'était offerte en arrivant au Québec. Mais également, la réalisation de la difficulté de se saisir de cette liberté en ayant recours à d'autres théories que le positivisme de type kelsénien lorsque l'on provient de la France. A cette fin, nous verrons en quoi le droit comparé apparaît comme la solution toute trouvée permettant de transcender le paradigme dominant de manière douce lorsque l'on se confronte à des États de droit civil comme la France.

1. La découverte pour un doctorant français de la différence de culture juridique entre les États de droit civil comme la France et les États de common law comme le Canada

France ou la sacralisation du paradigme dominant. Durant le premier et le deuxième cycle d'études en droit, je n'ai eu que très peu de cours sur la théorie du droit et l'épistémologie juridique. Seul le positivisme de type kelsénien et le jus-naturalisme ont été abordés. Ainsi, comme l'a indiqué Geoffrey Samuel, « the way law is taught in many law faculties in Europe is not different from the way it was taught in medieval times »¹. Arrivée au doctorat, la situation reste inchangée. L'étudiant français est peu encadré dans son cheminement doctoral. Cet état de fait est une incitation implicite à ne pas sortir du paradigme dominant. En effet, à moins de faire preuve d'une curiosité intellectuelle forte, le doc-

torant ne sera pas poussé à transcender le paradigme dominant afin de se tourner vers d'autres théories. Pire, s'il envisage de le faire, il devra faire face à des pressions méthodologiques fortes. Les étudiants français sont donc, à mon sens, placés comme l'a évoqué Horatia Muir-Watt dans des « carcans conceptuels sclérosants »². Cet attachement au paradigme dominant se retrouve dans tous les pays européens de droit civil mais c'est en France qu'il reste le plus fort.

D'un point de vue méthodologique, choisir de rester dans le paradigme kelsénien³ implique de se contenter de faire un repérage et une description des sources formelles du droit étatique (Constitution, lois, coutumes, décrets, jurisprudence), sans pour autant apporter une vision critique vis-à-vis des éléments trouvés. Cette approche méthodologique n'est pas pleinement pertinente. En matière pré-contractuelle, aucune disposition explicite n'existe pour définir par exemple ce qu'est une faute pré-contractuelle, ou la nature de la responsabilité engagée en cas de rupture fautive des négociations et ce, malgré des projets de réforme du droit des obligations tendant vers un changement à ce niveau⁴. D'autre part, la « machine positiviste » kelsénienne ne prend que très peu en compte le rôle des acteurs juridiques et sociaux comme la doctrine. D'après Michelle Cumyn en effet, « Kelsen a plutôt choisi de définir le système juridique indépendamment de ses acteurs »⁵. Or, ces derniers jouent un rôle important dans le domaine des pourparlers pré-contractuels en militant en faveur d'une prise en charge dans le Code civil français de cette phase dans la vie des contrats pour plus de sécurité juridique. Enfin, l'intérêt de poursuivre ses études au troisième cycle est de s'affranchir d'une application pratico-pratique du droit qui conduit autrui à associer souvent le juriste à un « plombier de luxe » comme l'a indiqué Jean-François Gaudreault-DesBiens. L'intérêt d'une thèse de doctorat est de comprendre l'état du droit existant et d'en apporter une vision critique en propo-

1 Geoffrey Samuel, « Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists? », *Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists?* (2009), 456.

2 Horatia Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé » *RIDC* 3 (2000), 503

3 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley, University of California Press, 1967).

4 Pierre Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, (Paris: La Documentation française, 2006); François Terré et Lionel Andreu, *Pour une réforme du régime général des obligations: les autres sources des obligations, le régime général des obligations, la preuve des obligations* (Paris: Dalloz, 2013).

5 Michelle Cumyn, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques: réflexions sur la systematicité du droit », *Les Cahiers de Droit*, 52 (2011), 359.

sant notamment des réformes possibles ou en militant pour plus de cohérence du système juridique et ce, dans l'intérêt des justiciables. Il est donc de ce fait nécessaire de dépasser dans le cadre des recherches doctorales une analyse purement kelsénienne pour explorer de nouveaux horizons méthodologiques et épistémologiques.

Une telle prise de conscience n'aurait pu avoir lieu sans un départ vers le Québec et une confrontation à une culture juridique et de recherche différente.

Canada ou la liberté de recherche à travers l'interdisciplinarité. J'ai vécu dès mon arrivée au Québec, ce que Geoffrey Samuel a appelé une « révolution épistémologique »⁶. Comme toute révolution, cette révolution épistémologique fut un choc et a conduit à différents déclics. J'ai réalisé qu'il existait une autre manière de faire de la recherche et que la liberté de recherche était plus forte au Canada. C'est de cette prise de conscience et de cette révolution intellectuelle dont nous parlerons désormais.

Les défenseurs de l'interdisciplinarité ont milité pour une sortie progressive du paradigme dominant aux alentours du XX^{ème} siècle. Ils ont lutté et luttent toujours contre le « fétichisme de la loi écrite et codifiée »⁷. Toutefois, cette contestation méthodologique et épistémologique s'est peu répandue en France. Dans la grande majorité, les chercheurs sont réticents à faire preuve d'une ouverture méthodologique. Ou s'ils le font, ils le feront en moyenne dans une mesure plus limitée que des chercheurs d'origine anglo-saxonne. C'est à propos que Geoffrey Samuel a dit : « an epistemological model of law formulated by a jurist from the civilian tradition might not match one conceived by a common lawyer »⁸.

Dans ce contexte, la décision de monter une cotutelle de thèse entre la France et le Québec s'avère pertinente car elle permet de faire du « tourisme légal » et de voir comment le monde de la recherche fonctionne ailleurs. Grâce à ce système, les doctorants bénéficient d'une plus grande liberté. Toutefois, l'interdisciplinarité peut constituer un risque si elle est mal employée. Il faut donc, avant de sortir des sentiers battus, s'assurer qu'il soit nécessaire à des fins intellectuelles de le faire et baliser le parcours méthodologique et épistémologique au maximum pour ne pas faire de la mauvaise science et du mauvais droit comme l'a déclaré Violaine Lemay.

6 Samuel, *supra* note 1, 456.

7 Muir-Watt, *supra* note 2, 510.

8 Samuel, *supra* note 1, 436.

2. Le choix cornélien du doctorant français face à ces conceptions méthodologique et épistémologique différentes

Interdisciplinarité et risque. Découvrir la méthode interdisciplinaire offre un nouvel espace de liberté que les étudiants-chercheurs souhaitent employer dans leur travail. Ce fut mon cas. J'ai souhaité adopter une approche externe du droit⁹ en me tournant vers l'économie, l'histoire, et même la psychologie. Toutefois, un recadrage des idées et de la méthode a été nécessaire. L'interdisciplinarité peut représenter un risque si elle est mal employée.

Nous restons des juristes, inscrits en doctorat de droit à la Faculté de droit. Nous devons éviter de devenir étranger à notre propre discipline, le droit, et remettre en cause le sérieux de l'analyse juridique. Nous partons du constat que faire de l'interdisciplinarité est très intéressant en tant que tel. Mais la question à se poser lorsque nous sommes placés à la croisée de chemins comme ce fut le cas est la suivante : la méthode interdisciplinaire est-elle pertinente appliquée à mon sujet de recherche ? Il ne faut pas y recourir juste pour dire qu'on en fait ou pour la beauté du mot.

Cette question revient à se questionner sur l'opportunité d'avoir recours à d'autres domaines scientifiques. Avoir l'opportunité de s'extraire du paradigme dominant ne signifie pas pour autant qu'il faille nécessairement le faire. Cela signifie se poser la question de savoir si on veut passer le cap ou pas. C'est savoir qu'on peut le faire si cela s'avère pertinent pour faire de la bonne science juridique. Enfin, l'opportunité nécessite de s'interroger sur l'intérêt stratégique de sortir du positivisme traditionnel. Le problème se pose surtout pour les doctorants français. Si je sors de ce paradigme et fais preuve d'originalité méthodologique, cela va-t-il être accepté par mes pairs universitaires ? Le défi mérite d'être tenté si et seulement si cela est pertinent c'est-à-dire, si l'interdisciplinarité permet de mieux comprendre, analyser et critiquer le droit positif.

Ce choix nécessite un degré certain de réflexivité et d'avoir prédéterminé ses valeurs épistémologiques. Après réflexion, remise en cause et projection, il m'est apparu peu pertinent dans mon domaine d'expertise

9 Jack M. Balkin and Sanford Levinson, "Law & the Humanities: An Uneasy Relationship", *Daedalus* 135, no. 2 (2006), 161-162.

de m'affranchir du paradigme dominant. Comme l'a déclaré Marie-Claire Ponthoreau, il existe certains domaines pour lesquels l'interdisciplinarité est nécessaire et d'autres pour lesquels il s'agit d'une « curiosité intellectuelle »¹⁰. Je me place donc dans mon étude des pourparlers pré-contractuels dans la deuxième catégorie et n'aurai recours à des théories autres que le positivisme juridique que lorsque cela sera nécessaire pour analyser un arrêt ou comprendre les propos d'un article. Je n'irai toutefois pas plus loin dans la méthode interdisciplinaire. Toutefois, mon appréhension du positivisme juridique ne peut être purement kelsénienne.

Le droit comparé comme dépassement méthodologique diplomatique du paradigme dominant. Rester dans le paradigme dominant tel que théorisé par Kelsen dans son ouvrage de référence, n'est pas pleinement satisfaisant. Ayant fait une maîtrise en science politique, je ressens le besoin d'appréhender mon sujet de recherche d'une manière critique. Par ailleurs, ce qui m'a motivé à faire une thèse de doctorat est de lier la théorie juridique à la pratique. Je souhaite m'intéresser aux effets concrets du droit sur les justiciables.

Il va falloir pour ce faire s'affranchir légèrement du paradigme dominant. Mais comment faire pour y arriver sans pour autant donner l'impression à mes pairs universitaires de sortir de manière drastique du paradigme dominant ? La lecture de l'article au titre provocateur d'Horatia Muir-Watt sur le rôle subversif du droit comparé ainsi que les propos de Marie-Claire Ponthoreau sur l'articulation des savoirs fut une révélation et la solution toute trouvée à un problème méthodologique me bloquant dans mon cheminement doctoral.

Ces auteures considèrent en effet que le droit comparé est une voie de connaissance critique du droit. Il permet d'

insuffler dans le raisonnement juridique « classique » des influences nouvelles provenant de modes de pensées alternatifs et à maintenir une source permanente de questionnement, qui manque en France. Le développement du droit comparé pourrait constituer, dans ce pays comme dans tous les systèmes européens, un équivalent à ces courants contestataires, en ce sens que la comparaison des droits serait une source d'interrogation, de réflexion, et d'ouverture aussi bénéfique¹¹.

10 Marie-Claire Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* (Paris: Economica, 2010), 229.

11 Muir-Watt, *supra* note 2, 509.

Pour Madame Ponthoreau, « la comparaison des droits porte en elle le message (...) de l'interdisciplinarité »¹².

De nombreux auteurs, surtout des spécialistes du droit comparé partagent ce point de vue. Hein Kötz conçoit sa discipline comme « l'antidote à une foi non critique dans le discours doctrinal »¹³, René David considère que le droit comparé permet de dévoiler « la part d'hyperbole, de préjugé et de fiction »¹⁴ que comporte la théorie classique du droit. De la même manière, Geoffrey Samuel écrit que « raising the status and role of comparative legal studies would be another means of alleviating the limiting effects of the authority paradigm »¹⁵.

Le recours au droit comparé est d'autant plus intéressant qu'il va me permettre de mieux comprendre mon droit national et que mon sujet de thèse est restreint comme l'a très bien dit le professeur Rémy Cabrillac, Professeur à l'Université de droit et de Science politique de Montpellier, également mon co-directeur de thèse, « l'objet d'étude relativement restreint et précis, la phase des négociations pré-contractuelles, permet d'autant mieux une comparaison pertinente que cette notion factuelle ne recèle pas des acceptions différentes selon les pays, même si certaines particularités méritent d'être relevées »¹⁶.

Le droit comparé sera donc la manière diplomatique de poursuivre un travail de recherche en droit privé qui respecte à la fois les exigences françaises mais aussi canadiennes et québécoises qui ne sont pas toujours facilement conciliables mais qui fait l'intérêt des cotutelles de thèse entre ces deux zones géographiques.

Conclusion

Bien que les doctorants français découvrent une liberté de recherche en s'établissant en Nord Amérique, et notamment au Québec, il est important de bien réfléchir à la pertinence et à l'opportunité de s'affranchir du paradigme dominant de type kelsénien. Parfois, en fonction de son sujet de recherche comme les pourparlers pré-contractuels, il n'est pas nécessaire de le faire. Tou-

12 Ponthoreau, *supra* note 10, 227.

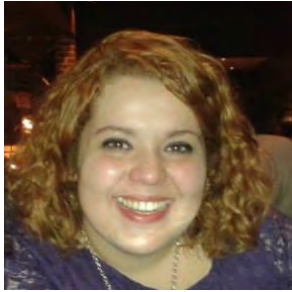
13 Muir-Watt, *supra* note 2, 506.

14 *Ibid.*

15 Samuel, *supra* note 1, 458.

16 Rémy Cabrillac *Les pourparlers pré-contractuels: regard comparatiste dans une perspective européenne* (Montréal: Les Éditions Thémis, 2012), 8.

tefois, rester dans le paradigme dominant ne signifie pas pour autant se priver d'avoir recours à la théorie du droit comparé. Cette dernière permet, de manière dynamique et subversive, comme l'a souligné Horatia Muir-Watt, tout en continuant d'évoluer au sein d'une étude purement positiviste de repérage des sources formelles du droit, de prendre de la distance vis-à-vis de son droit national et de mieux le comprendre. Cette combinaison du paradigme dominant avec le droit comparé est dans mon cas, la solution qui me permettra d'atteindre mes objectifs tout en respectant mes valeurs épistémologiques.



Un conte de fée doctoral

PAR

Karima Smouk,
candidate au doctorat en droit

Il était une fois une jeune juriste internationale en herbe dans un monde numérique et technologique hostile.

Un beau jour, alors qu'elle était stagiaire dans un cabinet d'intelligence économique et stratégique, on lui confia un dossier traitant de la cyberdéfense française. Elle découvrit alors l'existence d'un livre s'intitulant « Le droit international et la cyberguerre ». Or, les pages de ce livre étaient vides. Surprise, elle se prit au jeu et décida de relever le défi inattendu de les compléter.

C'est ainsi que débuta le conte doctoral de Karima...

Convaincue de tenir entre ses mains un livre d'une grande valeur intellectuelle et académique, elle persuada un homme de devenir son mentor en France puis un autre au Québec. Elle commença ensuite sa quête recherchant et lisant tout ce qu'elle trouva au sujet de ce livre. Elle assista aux nombreuses conférences afin de s'imprégner des grandes idées autour de ce sujet si contemporain et si riche.

Lorsqu'elle arriva au Québec pour s'enrichir d'une autre culture académique, elle constata qu'elle avait emprunté tout ce temps un raccourci. Les grands sages de l'UdeM lui conseillèrent vivement de prendre la route certes sinueuse, mais essentielle de l'introspection méthodologique.

Malgré le doute qui emplit son cœur, elle enfila ses chaussures de randonnée réflexive et reprit sans perdre de temps son chemin.

Sur sa route, elle croisa d'abord la fée Kelsen. Imposante et âgée, la fée lui tendit une plume et dit ces quelques mots : « Karima, ta mission doctorale sera périlleuse. Il te faudra du courage positiviste pour l'achever. Cette plume te sera indispensable pour accomplir tes objectifs. Grâce à elle, tu feras ce que tout bon juriste fait, collecter et retranscrire la norme juridique. Que la pyramide et le positivisme t'accompagnent jusqu'au bout ! » Elle comprit dès lors qu'elle ne pourrait se passer de cette plume pour écrire ce livre et reprit aussitôt son chemin.

*
* *

Quelque temps plus tard, alors qu'elle demeurait pensive suite à sa rencontre avec la fée Kelsen, elle tomba nez à nez avec une fée bien étrange. Celle-ci était méconnue du monde magique des juristes. Elle se nommait la Fée Alterna.

Apercevant la plume dans les mains de la jeune juriste, elle s'écria « Je vois que tu as déjà rencontré la Fée Kelsen ! Quel bougre celle-là ! Elle veut toujours être la première des fées, la seule, l'unique ! Comme si rien d'autre ne pourrait être utile à une juriste comme toi ! Or, je ne vois pas à quoi te servira cette plume si tu ne trouves pas d'encre !! Peux-tu me dire, toi, comment tu complèteras ces pages vides avec une plume sans encre ?? Et bien, *c'est impossible, en effet ! Nul besoin de réfléchir longtemps. Certes, cette plume te sera fort utile, mais tu auras aussi besoin de cette fiole d'encre que je te confie. Cette encre est magique. Faite à partir de pigments récupérés dans les plantes des jardins de la Sociologie, de l'Histoire et des Sciences Politique et Militaire, sa pigmentation imprégnera avec vigueur et indélébilité chacun des mots que tu coucheras sur les pages de ce livre. Sois forte et pluridisciplinaire, ma chère, ta quête en sera bien plus riche !* ».

*
* * *

La jeune juriste avait donc une plume positiviste et une encre interdisciplinaire. Mais était-elle prête à compléter les pages de ce livre ? Non ! Aucune des fées ne lui avait précisé comment les utiliser. En effet, elle découvrit que si la plume positiviste semblait facile à utiliser, le simple fait de la tremper dans la fiole d'encre ne suffisait pas à celle-ci pour l'absorber. La plume semblait montrer une résistance à l'encre comme si l'encre n'était pas compatible.

*
* * *

La jeune juriste continua son chemin en espérant trouver la solution à ce problème quand soudain le temps s'arrêta et une prêtresse apparut.

Cette dernière lui dit d'une voix rassurante : « Bonjour Karima ! Ne sois pas inquiète, tu es sur la bonne voie ! Assieds-toi donc ! Je vais te raconter une histoire, celle de l'encre interdisciplinaire. Il fut un temps où cette encre était rejetée par une grande partie de la communauté juridique. La Fée Kelsen avait une influence très importante d'antan. Il faut que tu comprennes que les juristes n'ont connu que le pouvoir de la Fée Kelsen pendant des décennies. C'est elle qui produisait toutes les plumes et toutes les fioles d'encre. L'encre était dès lors puisée dans l'arbre de la Théorie pure du Droit.

Puis un jour est arrivée la Fée Alterna et d'autres sources alternatives de pouvoir de connaissance. Pour autant, il a été très difficile à la Fée Alterna de s'imposer. Elle a souvent dû affronter le plus grand nombre. Elle a parfois été tentée de retourner vers la pensée dominante. Mais c'est avec détermination qu'elle a tout fait pour fabriquer à l'insu de tous l'encre interdisciplinaire.

La raison pour laquelle tu ne parviens pas à utiliser cette encre provient du fait qu'il te faut d'abord voyager dans les jardins à partir desquels cette encre a été faite. Il te faudra parfois danser une « **sorte de ballet intellectuel aux mouvements dont la grâce effective dépendra de [ta] capa-**

cité de jugement »¹. Mais attention, en aucun cas, tu ne deviendras une savante dans ces jardins. Gouter à leurs fruits ne fera pas de toi une experte. Cela t'aidera seulement à faire le lien entre ces jardins et à comprendre en quoi les fruits de plusieurs jardins a priori incompatibles peuvent composer la même encre. La magie de cette encre réside dans le fait que les pigments ne se mélangent pas, mais ils s'associent. Voilà pourquoi elle est indélébile ! Je te laisse maintenant poursuivre ton chemin. N'oublie pas de récolter les fruits de chaque jardin ! Bon courage à toi ! ».

La jeune juriste connaissait désormais les secrets de cette encre. Elle savait alors quel chemin emprunté pour parvenir à ses fins et compléter ce livre. La prêtresse lui avait confié un plan qui indiquait la localisation de chaque jardin ainsi qu'un panier.

Sur l'emplacement de chaque jardin, une flèche lumineuse était imprimée.

Curieuse, elle toucha la flèche sur le jardin de l'Histoire. Soudain, le plan se changea en parchemin indiquant « *De l'Histoire est né le droit international humanitaire. L'Histoire te sera donc forcément nécessaire.* »

Elle toucha ensuite la flèche sur le jardin de la Science politique et s'afficha : « *La politique est de mise en tant de guerre tant elle guide le cœur des décideurs* ».

Elle toucha ensuite la flèche sur le jardin de la Science militaire et s'afficha : « *Si la guerre est une mise en scène de stratégies, la science militaire en est la vie* ».

Elle termina enfin par le jardin de la Sociologie lorsque s'afficha : « *C'est dans une nouvelle société que tu t'en vas quérir tes idées* ».

C'est ainsi que la jeune juriste débuta son périple dans le monde parallèle de la recherche interdisciplinaire. Nul ne sait comment et quand elle parviendra à compléter ce manuscrit. Une chose est sûre : son aventure ne faisait que commencer...

1 Violaine Lemay, « La propension à se soucier de l'Autre: promouvoir l'interdisciplinarité comme identité savant nouvelle, complémentaire et utile » dans *Au Miroir des disciplines. Im Spiegel der Disziplinen: Réflexions sur les pratiques d'enseignement et de recherche inter- et transdisciplinaires. Gedanken Über Inter- Und Transdisziplinäre Forschungs- Und Lehrpraktiken*, dir. Frederic Darbellay, (Berne: Peter Lang, 2011).

Remerciements spéciaux de la rédaction

Elizabeth Steyn et Marian Kaldas, corédactrices en chef de la revue *Les Chantiers de la recherche en droit*, aux côtés de leur fondatrice, Violaine Lemay, tiennent à remercier toutes les personnes qui ont contribué au succès de ce numéro. Elles n'ont épargné ni leurs efforts, ni leur temps, et elles ont souvent généreusement partagé leurs connaissances. Nous leur exprimons notre profonde gratitude.

Les corédactrices désirent remercier tout spécialement:

La fondatrice et la responsable scientifique de la revue, la professeure Violaine Lemay. Ce projet, qu'elle a fondé au bénéfice des doctorants de l'Université de Montréal, nous a permis de réaliser un légitime désir de jeunes chercheurs: celui de devenir auteurs, de se préparer au milieu universitaire de façon pratique et de faire face à cette dure loi du monde universitaire, qui s'impose encore et toujours: *publish or perish*. L'implication et les efforts de la professeure Lemay sont depuis le début nécessaires à la continuation de la revue, mais aussi à son succès croissant.

-Le doyen de notre Faculté, le professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens. Sans son soutien, la naissance en droit du volet des Chantiers, en Faculté de droit, en 2013, n'aurait jamais vu le jour. Nous nous savons chanceuses d'avoir, à la tête de notre institution, un juriste si ouvert à l'innovation et si soucieux de travailler à l'avancement de la recherche en droit. Ce numéro bénéficie, en plus, de sa généreuse participation personnelle à un entretien centré sur les nouveaux besoins de la recherche. Nous prenons acte, avec gratitude, des conseils importants qu'il livre aux nouvelles générations de chercheurs (relatives entre autres à l'importance de l'interaction avec la société, à la spécificité du savoir juridique par rapport à celui des autres disciplines, etc.).

La vice-doyenne à l'administration et à la réforme des études de premier cycle, la professeure France Houle. Grâce à l'ouverture d'un stage au premier cycle destiné à soutenir la rédaction en chef des Chantiers, la professeure Houle a créé une opportunité nouvelle et permis que les étudiants entre cycles différents s'entraident et communiquent à travers une tâche universitaire pédagogiquement utile à tous. Bravo et merci pour cette initiative des plus appréciées!

Irène Ghaly, première stagiaire de premier cycle ayant participé à l'aventure éditoriale des Chantiers. Bien qu'assez jeune et novice en droit, par définition, elle nous a pourtant fourni une aide précieuse, notamment en matière de révision linguistique. Nous la remercions aussi pour la bouffée de jeunesse qu'elle a aussi partagée avec nous! Nos remerciements s'adressent aussi à Florian Martin-Bariteau, qui a travaillé d'arrache-pied pour créer une mise en page professionnelle.

La vice-doyenne aux affaires externes et aux communications, la professeure Marie-Claude Rigaud, pour sa générosité et pour les précieux crédits photographiques accordés.

Il ne nous faut pas oublier chacun des membres de notre très spécial comité de lecture, trié sur le volet. Nous remercions chacun pour son généreux souci pédagogique, pour la façon constructive dont il a accepté de communiquer ses avis experts, aidant de cette façon les jeunes auteurs à développer leur habileté d'écriture dans un contexte moins dur et concurrentiel que le contexte habituel. Que chacune de ces personnes reçoive pour cela l'expression de notre profonde gratitude: le doyen sortant Benoit Moore, l'honorable juge David Cameron j.c.q., le professeur émérite Ejan Mackaay ainsi que l'ensemble des très compétents juristes suivants (professeurs, docteurs en droit et/ou chargés de cours): Nicolas Vermeys, Julie Biron, Konstantia Koutouki, Doris Farget, Yenny Vega Cardenas, Yan Senechal, Alexandra Law, Samia Amor, Élise Panier, Joao Velloso, Sarah WOODLEY-Charbonneau, Sandy Lamalle, Armin Boroumand.

Enfin, nous remercions tous les auteurs qui, en tant que chercheurs de la relève, contribuent par définition au renouvellement de la recherche. Nous les remercions chaleureusement pour leur ouverture d'esprit et pour leur souplesse face aux exigences inhérentes à une révision par les pairs qu'ils expérimentaient, pour la plupart, une première fois.

**LES
CHANTIERS
DE LA
RECHERCHE
EN DROIT**

**INTERDISCIPLINARITÉ SAVANTE
ET PRATIQUE PROFESSIONNELLE**